



FACULTAD DE DERECHO

**Análisis constitucional de la
suspensión o renuncia de cargos
electos derivada de
procedimientos penales en curso**

Autor: Iván Gabriel Bértolo Suárez

**5º E-3 Analytics
Derecho Constitucional**

Director: Borja Sánchez Barroso

**Madrid
Junio
2022**

ÍNDICE

1. LISTADO DE ABREVIATURAS	3
2. RESUMEN Y ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	5
4. RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO. PLANTEAMIENTO GENERAL	7
4.1. Concepto	7
4.2 Fundamento de la renuncia	7
4.3 Renuncia en el ámbito parlamentario	10
4.4 Renuncia en el ámbito local	13
5. 2. MARCO JURÍDICO	16
2.1 Causas de inelegibilidad	19
2.1.1 Inelegibilidad en la Administración Electoral	21
2.2.2 Inelegibilidad en función del ámbito	21
2.2 Causas de indignidad	23
2.3 Causas de Incompatibilidad	25
6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. RESOLUCIONES Y DICTÁMENES	27
3.1 Conversión de la causa de inelegibilidad en causa de incompatibilidad	27
3.2 Sentencia del Tribunal Supremo 438/2019 del 1 de abril	32
3.3 Informe sobre inelegibilidad sobrevenida	36
3.4 Pérdida de la condición de concejal	38
7. ACTUACIONES POLÍTICAS	40
8. CONCLUSIONES	42
9. BIBLIOGRAFÍA	44

1. LISTADO DE ABREVIATURAS

ART	Artículo.
CE	Constitución Española.
CP	Código Penal.
F.J.	Fundamento Jurídico.
JEC	Junta Electoral Central.
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOREG	Ley Orgánica de Régimen Electoral General.
ROF	Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea

2. RESUMEN

La renuncia o cese en el cargo público derivada de un procedimiento penal en curso ha sido objeto en los últimos años de enfrentamientos políticos desde los partidos. Algunos, han incluido códigos de conducta que prohíben o cesan de inmediato a aquellos diputados, senadores, alcaldes o concejales desde el momento en que se les imputa o investiga por delitos que tienen que ver directamente con su actividad pública. Otros, los mantienen al margen amparados en la presunción de inocencia e independencia judicial, alegando que hasta que no exista sentencia firme no se pronunciarán al respecto.

Sin duda, entran en juego aspectos más de responsabilidad social y éticos que puramente jurídicos, pues no existe un respaldo normativo claro y concreto, dejando en manos de la labor interpretativa jurisdiccional la decisión final de cuándo procede cesar en el cargo público ante un procedimiento penal en curso. En la práctica, los partidos políticos suelen optar por “apartar” o dejar en un segundo plano al investigado mientras se resuelve el juicio, para así no tener que tomar una decisión en falso que pueda contravenir sus propios intereses.

Palabras clave: renuncia, imputan, sentencia firme, políticos, labor interpretativa jurisdiccional.

ABSTRACT

The resignation or dismissal from public office as a result of ongoing criminal proceedings has been the subject of political confrontations between parties in recent years. These parties have included codes of conduct that prohibit or immediately dismiss deputies, senators, mayors or councillors from the moment they are charged with or investigated for crimes directly related to their public activity. They keep them on the sidelines under the presumption of innocence and judicial independence, claiming that until there is a final judgement they will not rule on the matter.

Aspects of social and ethical responsibility rather than purely legal ones come into play, as there is no clear and concrete regulatory backing, leaving it up to the interpretative work of the courts as to when public office must be terminated in the face of an ongoing criminal proceeding. In practice, political parties opt to "set aside" or leave the person under investigation in the background while the trial is being resolved, so as not to have to take a false decision that might contravene their own interests.

Key words: resignation, charged, final judgement, politicians, jurisdictional interpretative work.

3. INTRODUCCIÓN

El sistema procesal penal español, es esencialmente garantista y se configura alrededor de una serie de constructos que se recogen en sus leyes fundamentales: La Constitución, la Ley orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El principio recogido en el art. 24.2 CE en el que todo investigado en un proceso penal tiene derecho a ser tratado como inocente hasta que una sentencia firme establezca su condena, y el de la doble instancia penal como instancia de control, que se incorpora a nuestro ordenamiento por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se configuran como garantías fundamentales del proceso penal.

Nuestro Tribunal Constitucional considera que “La presunción de inocencia opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero constituye a la vez una regla de tratamiento¹”, es decir, tiene una doble dimensión: por una parte, como regla de tratamiento, en donde el investigado ha de ser tratado como si fuese inocente hasta que una condena firme lo condene, y por otra parte opera a su vez como regla de juicio. A diferencia del proceso civil donde el juzgador ha de considerar que los hechos alegados deben de ser probados por

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995 del 26 de julio

quien los sostiene, en el proceso penal el juez parte de la inocencia del investigado, de modo que, en caso de que la parte acusadora no pruebe su acusación, prevalecerá siempre su inocencia.

Bajo esta concepción, se abre ahora el debate con el marco jurídico actual de la necesidad o no de dimisión inminente ante procesos penales de los cargos públicos, en concreto de los electos.

Y es que aunque la formulación clásica del art. art. 6.2 de la LOREG exigía en todo caso que para que alguien fuera declarado inelegible a un cargo público, este debería estar condenado por sentencia firme, la reforma introducida por la de LO 3/2011, de 30 de enero ha incluido la ilegibilidad para los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo o incluso por delitos contra la Administración Pública... cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo, añadiendo que las causas de inelegibilidad lo serán también de incompatibilidad.

Es este precepto lo que ha producido problemas y divergencias jurídicas, al introducir la posibilidad de ser inelegible por ser condenado por sentencia no firme, esto es, la imposibilidad de una persona de presentarse a un cargo público ante la pendencia de un recurso contra una sentencia condenatoria, y es utilizado como fundamento dispositivo para argumentar la defensa de la necesidad de dimisión o cese cuando el proceso penal esté en proceso, pero no haya aún una sentencia firme. Lo cual resulta cuando menos problemático si pensamos en cómo se puede cohonestar su derecho a la presunción de inocencia, cuando se está de alguna manera anticipando los efectos de una sentencia que todavía no es firme y que por lo tanto puede ser revocada.

¿Cómo se puede despojar a un cargo público del ejercicio de su función en esta situación sin conculcar el derecho fundamental de los ciudadanos al acceso a los cargos públicos consagrado en el art. 23 de nuestra Constitución?

Es lo que trataremos a lo largo de este trabajo. La jurisprudencia se ha encargado de ir matizando estos aspectos y finalmente, se da un tratamiento particular a cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias propias de cada uno de ellos.

4. RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO. PLANTEAMIENTO GENERAL.

4.1 Concepto

Debemos entender por cargo público representativo aquel que ejerce las funciones de representación de índole política, “directamente de elección popular”, es decir, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.²

El artículo 23 CE garantiza el derecho a la participación política, de forma directa o por medio de representantes, además del acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Los criterios para el acceso y cese forman parte del denominado “status” del cargo público, que se ha ido delimitando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La doctrina se suma al afirmar que este precepto ampara el acceso a los cargos de elección directa como puedan ser diputados, senadores, diputados autonómicos y concejales además de encargarse de otra dimensión, aquella que trata las cuestiones que puedan atañer a la elección de cargos de forma indirecta como son los alcaldes, diputados provinciales o senadores autonómicos.

El derecho que alberga el artículo 23.2. CE es un fiel reflejo del principio base de la democracia, por cuanto la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado³. Como consecuencia, el derecho de acceso y cese del cargo público hace referencia así a los de representación política.

4.2 Fundamento de la renuncia

² Sentencia del Tribunal Constitucional 10/983 F.J.2º párrafo cuarto, de 21 de febrero.

³ Artículo 1 de la Constitución española.

El derecho a la renuncia de un cargo público forma parte, sin duda, del derecho de acceso al mismo, previsto en el artículo 23.2 CE y establecido también por el Tribunal Constitucional en pronunciamientos como la STC 81/1994 en su fundamento jurídico segundo.⁴

Por tanto, el marco constitucional de la renuncia se centra en este artículo, donde podemos encontrar el fundamento para el derecho de acceso de los ciudadanos en términos de igualdad a los cargos públicos y también la renuncia a continuar su desempeño. Esta protección constitucional se concibe y expande a lo largo de todo el mandato representativo, comenzando con la elección y finalizando con el cese. Es un derecho configurado como remisión al legislador por el mismo artículo, al indicar “con los requisitos que señalen las leyes”⁵.

Se configura como “un derecho de configuración legal, como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto y, en su consecuencia, compete a la ley, comprensiva según se deja dicho, de los Reglamentos parlamentarios, de ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el estatus propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán ser titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, de defender ante los órganos judiciales el derecho que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público”⁶.

No es necesario afirmar que el legislador, en su función de mediación, se vincula por la CE y se encuentra obligado a respetar el contenido esencial del derecho por el mandato incluido en el artículo 53.1 CE. Este contenido esencial radica en el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, así como al mantenimiento en los mismos sin que se produzcan perturbaciones de naturaleza ilegítima, al igual que el cese libre en el cargo por medio de la expresión de un acto de voluntad disponible para ese representante.

⁴ Gutiérrez Rodríguez, F. J. (1999). Renuncia al cargo público representativo desistimiento y disciplina del partido. Una nueva solución jurisprudencial.

⁵ Artículo 23.2 de la Constitución española.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1988 F.J. 7º párrafo primero, de 20 de septiembre.

No obstante, una postura más precisa podría impulsar ese contenido esencial, no tanto en el acceso, mantenimiento o cese, como en la igualdad de oportunidades que conlleva el poder llevarlo a cabo.

Sin embargo, la jurisprudencia entiende que el acceso, permanencia y cese no supone el agotamiento del contenido del derecho, sino que engloba el ejercicio de las funciones inherentes sin limitaciones o restricciones sin fundamento. Viendo que se trata de un derecho de configuración legal, si la Ley o el Reglamento propusieran apartados de ese núcleo de naturaleza indisponible, se podrían declarar inconstitucionales, suponiendo un severo obstáculo al derecho fundamental del que ostenta el cargo público elegido de forma libre.

Bajo tal criterio se ha manifestado el Tribunal Constitucional cuando afirma que:

“...el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas supone también, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la ley que, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que ha de desempeñarse, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros...”⁷

Continuando con lo expuesto, resulta que las facultades y derechos que se le atribuyen al electo se configuran dentro del status propio del cargo, detallando el ámbito particular del mismo y procurando el efectivo ejercicio del derecho que se protege por el artículo 23.2 CE. En caso de una supuesta vulneración del mismo, ostentarán de forma primordial los mecanismos y los instrumentos que existen en la legislación para cada caso. Y todo ello, para que los órganos representativos no ignoren o restrinjan este derecho fundamental, con la consecuencia de que hacerlo podría conllevar a la anulación del acto por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1985, F.J. 3º párrafo noveno, del 6 de marzo.

4.3 Renuncia en el ámbito parlamentario

El Reglamento del Congreso y Senado conforman la renuncia ante la Mesa de la Cámara como una de las causas de pérdida de condición de parlamentario. Y de este modo, en el Reglamento del Congreso de los Diputados se determina que “el diputado perderá su condición de tal... por renuncia ante la Mesa del Congreso”.⁸

Las Asambleas legislativas autonómicas continúan este criterio y algunas de ellas, proceden a reforzar las garantías del acto de renuncia, exigiendo que ésta se realice de forma efectiva y personal ante la Mesa del Parlamento. El trámite se centra en una manifestación de voluntad de forma oral, con la posterior formalización escrita de la misma.

De forma excepcional se podrá admitir la renuncia “por escrito cuando resulte indubitada la imposibilidad del parlamentario para presentarla personalmente y hubiera prueba fehaciente de la veracidad de su fecha y firma”⁹ ¹⁰. Aragón, además, permite que la renuncia se realice bajo acta notarial¹¹. Por último, Cantabria exige una renuncia expresa y por escrito ante el Registro General de la Cámara¹², aceptando que la voluntad de abandonar el cargo se debe registrar en el documento de forma cierta y sin dudas de ningún tipo.

Se entiende, por tanto, que la renuncia a la condición de parlamentario no puede realizarse de forma tácita ni puede deducirse de circunstancias de hecho ni derivar de comportamientos o indicios de ninguna clase. Así, la renuncia se configura como un acto que incluye las características de un contrato jurídico realizado de forma unilateral y con las solemnidades exigidas, de naturaleza pública y que consiste en la emisión de un a voluntad oral y que se formaliza posteriormente por escrito. En los casos en que se exija que ésta se realice de forma personal, el Letrado Mayor de la Cámara que corresponda levantará acta

⁸ Artículo 22.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

⁹ CANO BUESO, J. La renuncia al cargo público representativo

¹⁰ Artículo 23.4 del Reglamento del Parlamento Vasco.

¹¹ Artículo 26 c) del Reglamento de las Cortes de Aragón aprobado en Sesión Plenaria celebrada el día 28 de junio de 2017.

¹² Artículo 22 d) del Reglamento del Parlamento de Cantabria.

donde se acredite que el renunciante se ha personado ante ese órgano y además ha manifestado la voluntad inequívoca de renuncia.

La renuncia tácita se puede contemplar, de forma excepcional, cuando un senador es a la vez diputado en una cámara territorial. Así lo establece el Estatuto de Autonomía de Andalucía, donde dispone que “en caso de designación de senadores que correspondan a la Comunidad Autónoma su mandato en el Senado estará vinculado a su condición de diputados en el Parlamento andaluz”¹³. En estos casos la renuncia al cargo parlamentario autonómico supone además la renuncia automática al cargo de senador, ya que la segunda condición es consecuencia directa de la primera. No obstante, estos supuestos pueden verse más como casos de renuncia de *opes legis*, ya que resultan ajenos a la voluntad del renunciante, en todo caso.¹⁴

Otro debate que se abre es si es posible deshacer la voluntad de la renuncia, esto es, si una vez manifestada la voluntad de renunciar se puede desdecir de la misma y volver al estado original. La STC 81/1994 de 14 de marzo resulta de importancia en este aspecto. La Mesa de la Asamblea de Cantabria considera que la renuncia es irrevocable y procede a la sustitución inmediata del diputado que había expresado su deseo de cese.

El conflicto surge a la hora de establecer si la solicitud de renuncia produce efectos de forma automática e inmediata o, al contrario, procede establecer un proceso y en ese caso, sí cabría la posterior revocabilidad de la misma.

El Tribunal se inclina por instituir una distinción entre cargos públicos de naturaleza representativa y no representativa, sin que pueda dudarse de la existencia de que un diputado se encuadra dentro de la primera categoría, que deriva de una elección popular, por medio del ejercicio del derecho de los ciudadanos a la elección libre de sus representantes¹⁵. Por tanto, la relación jurídica que se ha de establecer es la correspondiente al ciudadano como elector y el diputado que resulta elegido, dejando a un lado la intervención de cámara alguna.

¹³ Artículo 30.12 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

¹⁴ CANO BUESO, J. La renuncia al cargo público representativo.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983 de 9 de marzo.

Es decir, que no deben interferir en la determinación de si la renuncia es automática o no elementos o criterios que vengan impuestos por el Reglamento de la Cámara, por ejemplo, sino que en teoría debe ser un acto que responde a un hecho cuando se rompe la confianza que el ciudadano ha depositado en el elegido. En la práctica, ya observamos que influyen más otros intereses de naturaleza política.

El TC concluye que “La renuncia funciona, pues, con pleno automatismo, si es clara, precisa y terminante, incondicionada. En definitiva, se configura como lo que es, una declaración de voluntad por la cual el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo y lo abandona, negocio jurídico unilateral, no recepticio, sea cualquiera el motivo que la impulsara y, por ello, carente de destinatario. No se trata de un "acto de trámite", en expresión del Diputado dimisionario, cuya calificación sólo conviene a los que forman parte de un procedimiento. El efecto de tal declaración, la pérdida del cargo, se produce por la sola circunstancia de su exteriorización por escrito y su entrega, únicos requisitos exigidos legalmente. Lo dicho significa lisa y llanamente que, una vez perfeccionada así, la renuncia es irrevocable.”¹⁶

Otro supuesto sería aquel en que el diputado se siente condicionado o manifiesta su voluntad sin ser libre, basando ésta sobre un error de hecho o sin poseer todos los datos suficientes para poder ejercerla de forma libre. De este modo, se pasaría a realizar una ponderación de las circunstancias externas que pueden suponer un condicionamiento de la voluntad y que constituyen un verdadero vicio de la misma; esto se da ante casos de errores inexcusables o esenciales. Ejemplo de estos supuestos puede ser la renuncia planteada como consecuencia inmediata de la ejecución de una pena accesoria que conllevaría el cese en el cargo, donde el TC estima que : “una decisión equivocada, si lo fue aquella, (cuestión extramuros de esta Sentencia) no conlleva necesariamente su calificación como "error" con el valor que le da el Código Civil (art. 1.266) para invalidar el consentimiento, elemento propio de los negocios jurídicos bilaterales y no de los unilaterales, como el aquí contemplado, aun cuando el criterio rector sea extrapolable a esta situación. En resumen, siendo irrevocable la renuncia desde su presentación y no adoleciendo de vicio alguno,

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1994 F.J. 2º párrafo tercero, de 14 de marzo

resulta plenamente correcto desde la perspectiva constitucional el Acuerdo de la Mesa de la Asamblea Regional de Cantabria, que respeta en esta faceta el estatus del cargo público representativo y, por tanto, el derecho fundamental invocado como soporte del amparo.”¹⁷

Al hilo de esta renuncia por error nos planteamos el hilo conductor de este trabajo, donde se analiza el estatus y la necesidad de renuncia o cese cuando se encuentra iniciado un proceso penal y qué consecuencias y posturas se mantienen a nivel normativo y también político.

4.4 Renuncia en el ámbito local

La Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General establece en el artículo 164 el régimen aplicable a Diputados y Senadores e indica en su articulado el régimen para las elecciones municipales, estableciendo que en caso “de fallecimiento, incapacidad o renuncia... el escaño se atribuye al candidato o suplente de la misma lista a quien corresponda, atendiendo a su orden de colocación”¹⁸. Las leyes electorales correspondientes a las Comunidades Autónomas se pronuncian en el mismo sentido.

Como ya hemos anunciado, en el ámbito parlamentario esta renuncia se formula ante la Mesa de la Cámara que corresponda, mientras que en el ámbito local se dispone que: “El concejal, Diputado o miembro de cualquier entidad local perderá su condición de tal por las siguientes causas...4. renuncia, que deberá hacerse efectiva por escrito ante el Pleno de la Corporación”¹⁹.

Cuando ya se haya producido la misma, el nuevo miembro tendrá que presentar una certificación que será expedida por la Administración Electoral ante la Secretaría General y posteriormente, se incorporará al Grupo que le corresponda. Además, “cuando se presente escrito de renuncia... del cargo de diputado provincial, concejal, alcalde pedáneo u otro cargo

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1994 F.J. 3º párrafo segundo, de 14 de marzo.

¹⁸ Artículo 182.1 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General.

¹⁹ Artículo 9 del Reglamento sobre Organización y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales (ROF) de 28 de noviembre de 1986.

local, el pleno de la entidad local de la que forme parte tomará conocimiento de la misma remitiendo certificación del acuerdo a la Junta Electoral de Zona, durante el período de mandato de la misma y a la Junta Electoral General una vez concluido el mandato de aquella, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, indicando el nombre de la persona que, a juicio de la Corporación, corresponde cubrir la vacante”²⁰

La doctrina mantenida por la Junta Electoral Central acerca del debate sobre la renuncia del cargo de un concejal se centra en estos criterios: la renuncia se formula ante la Junta Electoral de Zona si se produce antes de la constitución del Ayuntamiento, o ante la propia corporación cuando ya se encuentra constituida la misma. Además, según la legislación vigente la renuncia al cargo debe ser aceptada por la Corporación municipal. No obstante, la propia JEC aclara que la aceptación expresa por parte de la Corporación municipal es “simple toma de conocimiento” por la misma, no pudiendo denegarse por ella dado el carácter voluntario y no obligatorio del cargo representativo; así, pues, la aceptación de la renuncia no es un acto disponible por la Corporación en cuanto es un simple acto de toma de conocimiento. No cabe que la administración electoral sustituya a la Corporación en el acto referido.²¹

Una vez planteadas las líneas generales sobre la renuncia al cargo que ha instaurado la JEC, pasamos ahora al análisis del foco del debate que radica en la “determinación del momento a partir del cual la misma cobra eficacia”²². Atendiendo a lo afirmado por la JEC esta renuncia de concejal se torna efectiva desde que el Pleno de la Corporación local tiene conocimiento de la misma.²³ En el ámbito local sí es viable el desistimiento de la renuncia, que ya vimos en el ámbito parlamentario con criterios más restrictivos. En el ámbito local, por su parte, se establece que “si el desistimiento se produce con anterioridad a la celebración del Pleno del Ayuntamiento, éste habrá de tomar conocimiento del referido desistimiento dejando sin efecto la toma de razón de la renuncia inicialmente formulada”²⁴

²⁰ Instrucción de 19 de julio de 1991, de la Junta Electoral Central, sobre sustitución de cargos representativos locales. Publicado en el BOE nº181 el martes 30 de julio de 1991

²¹ CANO BUESO, J. La renuncia al cargo público representativo.

²² CANO BUESO, J. La renuncia al cargo público representativo.

²³ Acuerdo de la JEC del 27/2/1990.

²⁴ Acuerdo de la JEC de 5/10/1989. // CANO BUESO, J. La renuncia al cargo público representativo.

El planteamiento dado por la JEC para la renuncia en el ámbito local se configuraba como un procedimiento complejo que exigía ciertos requisitos y además la intervención de dos partes; por un lado, la voluntad de renuncia al cargo por parte del titular del derecho y por otra, el traslado de esa intención al pleno de la corporación.

El Tribunal Constitucional, por su parte ha establecido “que la renuncia a los cargos públicos es -como regla- un derecho de su titular y a veces una exigencia ética, salvo cuando se trata de un oficio de los pocos que son irrenunciables por imperativo legal... La renuncia funciona, pues, con pleno automatismo, si es clara, precisa y terminante, incondicionada. En definitiva, se configura como lo que es, una declaración de voluntad por la cual el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo y lo abandona, negocio jurídico unilateral, no recepticio, sea cualquiera el motivo que la impulsara y, por ello, carente de destinatario.”²⁵

Esto a su vez se ve reforzado a través de alusiones a los principios generales del derecho, viendo que, “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público, ni perjudiquen a terceros.”²⁶ El Tribunal Supremo también se pronuncia sobre el tema, estableciendo que la renuncia que se efectúa puede ser expresa o tácita, como ya hemos visto anteriormente, pero debe constar de una forma clara y concisa, sin que provenga de expresiones dudosas o de extrema complejidad.

En estos mismos términos, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía mantiene que “la declaración administrativa del cese y vacante en la Corporación no es un acto administrativo con efectos retroactivos, lo que no cabría en interpretación rigurosa del artículo 57.3 de la Ley 30/1992 (ya derogada), sino que tal acto tiene naturaleza de acto de mera constatación reglada”²⁷. Por tanto, el acto de renuncia confiere por él mismo consecuencias a nivel jurídico, ya que otra interpretación en este sentido supondría dejar al

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1994 de 14 de marzo, Recurso de amparo ni 2.371/91.

²⁶ Artículo 6.2 del Código Civil.

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nº941 del 15/07/1996.

arbitrio de cada corporación local la fecha en que efectivamente se produzca la vacante y también la consecuente sustitución.

5. MARCO JURÍDICO.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la CE no realiza una determinación concreta acerca de lo que ha de entenderse por el derecho de acceso a cargos y funciones públicas, aunque sí le otorga un contenido fundamental encargándose de garantizar su acceso, procurando igualdad y cumplimiento de los requisitos del mismo.

Este mandato constitucional no es de forma general y tendrá que realizarse su desarrollo por medio de una ley electoral a la que hace mención el artículo 70 CE²⁸. También ha sido manifestado por el Tribunal Constitucional:

“El artículo 70 CE contiene efectivamente una reserva a favor de la ley electoral para la regulación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de Diputados y Senadores. El texto de este artículo, al decir que la ley electoral determinará..., no está simplemente dotando a esa ley de un contenido mínimo preceptivo, como puede ocurrir en otros casos en que se utiliza una dicción gramatical parecida. Está diciendo que esa materia solo puede ser regulada en la ley electoral. Lo demuestra el planteamiento que de la cuestión se hizo en el momento de discutir la CE, que fue la alternativa entre la tesis de que las causas de inelegibilidad e incompatibilidad estuvieran precisamente en la CE y sólo en ella en la medida en que suponen una restricción en los esquemas de la representación política y la tesis de que pudiera remitirse a la ley. La CE opta por establecer un elenco de causas fijo y remitir las restantes a la obra del legislador, pero no en cualquier ley, aunque a ésta se le dote del carácter de Ley Orgánica, sino precisamente a la Ley Electoral. La solución planteada por el artículo 70 se presenta como un punto intermedio entre las soluciones que ofrecen el derecho comparado y la historia del

²⁸ Art. 70 CE: la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso: a los componentes del Tribunal Constitucional; a los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del gobierno; al defensor del pueblo; a los magistrados, jueces y fiscales em activo; a los militares profesionales y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policía en activo y a los miembros de las Juntas Electorales.

constitucionalismo en nuestro país, que son, a saber, la de establecer en la propia CE las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros del Parlamento y la de remitir esta materia a la ley ordinaria”²⁹

En un sentido estricto esta reserva de ley solo afecta a la inelegibilidad de los miembros de las Cortes y no al resto de cargos electivos. No obstante, la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio (LOREG) estipula las causas de inelegibilidad de todos los procesos electorales que forman parte del régimen electoral general, siguiendo el criterio marcado por el Tribunal Constitucional³⁰ y además pone el énfasis en algunos elementos comunes, como ocurre en el artículo 6 de la LOREG, donde se recoge el derecho al sufragio pasivo con efectos para cualquier proceso electoral.

También cabe mencionar que las electorales autonómicas, en base en los Estatutos de Autonomía, pueden establecer algunas causas de inelegibilidad más, incluyendo alguna que comprenda capacidad electoral pasiva, como la exigencia en determinados territorios de ciudadanía autonómica para acceder al cargo, dato éste que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 60/1987 de 20 de mayo³¹. Por este motivo, las causas de inelegibilidad que se recogen en la CE al igual que en la normativa electoral pretenden impedir que en el procedimiento electoral influyan candidatos que utilicen el cargo público para lograr un beneficio o privilegio sobre los demás elegibles, con las consecuencias que se darían en el principio de igualdad de oportunidades plasmado.

El TC mantiene que las causas de inelegibilidad forman parte de los distintos elementos que conforman el derecho fundamental de acceso al cargo público y, por tanto, es necesario que éste se interprete de forma restrictiva. Al hilo de este argumento: “La elegibilidad es a tenor del art. 70.1 de la C.E. un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 72/1984, FJ. 3º párrafo primero, de 14 de junio.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983 de 25 de mayo.

³¹ STC 60/1987: “en el presente caso estos requisitos vienen dispuestos por el art. 4 de la Ley 2/1987 de 16 de marzo de la Asamblea legislativa de Extremadura, reguladora de las elecciones a este órgano, precepto en el que se determina que son elegibles quienes reúnan las condiciones para ser elector, cualidad esta última que aparece definida en el propio Estatuto de Autonomía extremeño.

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 esté incurso en causas de inelegibilidad, definidas en la C.E. y por remisión, en la Ley Electoral, interpretadas dentro del marco constitucional.”³²

Junto a las causas de inelegibilidad es necesario tener presente la otra vertiente referente a las causas de incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de varios cargos públicos. De esta forma, si las primeras poseen su fundamento en el campo del procedimiento electoral pretendiendo evitar una distorsión de la competencia electoral por una confrontación desigual entre candidatos; las segundas van encaminadas a que el cargo público desarrolle su función sin ninguna injerencia. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional: “La finalidad de las incompatibilidades de los titulares de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, que expresamente enumera la propia Carta fundamental y que, en su caso, detalla la correspondiente Ley Orgánica, es, según los casos, garantizar la separación de funciones o la transparencia pública en la correspondiente gestión o, incluso, la imparcialidad del órgano en cuestión. Pero la garantía de la imparcialidad no es la única finalidad constitucionalmente posible en el caso de las incompatibilidades de los empleados públicos.”³³

Por su parte, la LOREG, establece unas restricciones en el ejercicio del derecho al sufragio, comprendiendo tanto el activo como el pasivo. Éstas hacen referencia a:

- “Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento
- Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. (suprimida)
- Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare

³² Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983, F.J. 6º de 25 de mayo.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, F.J. 3º párrafo segundo, de 2 de noviembre.

expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio (suprimida)”.³⁴

La referencia a estos requisitos negativos han de ser entendidos desde el punto de vista de una sentencia judicial y, por tanto, tendrá que constar de la motivación del tribunal. El debate se centra en la privación del derecho de sufragio a condenados por sentencia judicial firme, pues hay sectores que entienden que esta limitación sólo debe operar cuando el hecho delictivo guarde relación con hechos que influyan de forma directa en lo acontecido y no en todas las ocasiones.

Concluyendo, puede ejercer el derecho a sufragio pasivo todo nacional español, que sea mayor de edad cuando se formalice la candidatura y que no incurra en ninguno de los requisitos mencionados en el artículo 3.

5.1 Causas de inelegibilidad

Como ya se ha indicado con anterioridad, el artículo 23 CE garantiza el derecho a la igualdad en el acceso al cargo público y para ello articula un sistema de inelegibilidades que garantice el mismo, limitando para ello el ejercicio de sufragio pasivo a las personas que ostenten algún cargo derivado del poder del elector.

Estas inelegibilidades son la garantía en el proceso derivada de la restricción del derecho de sufragio pasivo a personas que poseen ciertas particularidades y que puedan derivar en un socavamiento de ese equilibrio.

Estas cualidades son en concreto las causas de inelegibilidad, que pretenden como fin último evitar cualquier influencia en el proceso, cuando ésta provenga de un cargo y sea constitutiva de inelegibilidad. En concreto, para asegurar esa libertad del elector es necesario utilizar las reglas de elegibilidad que proporcionan el principio de igualdad.

³⁴ Artículo 3.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

La calificación de inelegible procede a tenor de la LOREG:

“Son inelegibles:

- a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.
- b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”.³⁵

En el supuesto en que la causa que motiva la inelegibilidad se diera con posterioridad a la terminación del trámite de inclusión de candidaturas, sólo se considerará como causa de incompatibilidad que analizaremos con posterioridad.

Para garantizar esta seguridad jurídica hay que realizar ciertos sacrificios como puede ser la limitación de un derecho fundamental. Se realiza de forma restrictiva, esto es, los derechos fundamentales pueden tener ciertas limitaciones, pero no en términos absolutos. Además, no podemos dejar a un lado que este derecho es de especial protección y, por tanto, goza de un procedimiento especial previsto en el artículo 53.2 CE mediante el recurso de amparo.

El acto de la inelegibilidad se circunscribe al acto electoral en su base, ya que supone un impedimento jurídico para formar parte del electorado pasivo. La CE, en su artículo 70.1 dispone el contenido mínimo y realiza una remisión a la LOREG para que desarrolle las causas de inelegibilidad e incompatibilidad.³⁶

³⁵ Artículo 6.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

³⁶ LLEÓ DE NALDA, I. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad en el sistema electoral valenciano.

5.1.1 Inelegibilidad en la Administración Electoral

- Los presidentes, vocales y secretarios de las Juntas Electorales.
- El director de la Oficina Central del Censo Electoral.
- Los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los subdelegados del gobierno y las autoridades similares con distinta competencia territorial.

Esta inelegibilidad parece ser la más justificada, ya que no podría garantizarse un adecuado procedimiento electoral si los encargados de interpretar las normas fueran elegibles en las mismas.

5.1.2 Inelegibilidad en función del ámbito

La LOREG contiene las normas específicas de inelegibilidad para las elecciones legislativas (diputados y senadores), para las Elecciones municipales y Diputaciones Provinciales e incluso para el Parlamento Europeo. La regulación sobre los Parlamentos Autonómicos se recoge en los propios Estatutos de Autonomía o normativa de desarrollo.

Comenzamos con las causas de inelegibilidad de diputados y senadores. Existe reserva de ley en esta materia, contenida en el artículo 70 CE; por este motivo se declaró inconstitucional el Proyecto de Ley Orgánica sobre incompatibilidades de Diputados y Senadores. Así, la LOREG establece las causas de inelegibilidad de Diputados y Senadores que vienen descritas en el artículo 6 LOREG y en el artículo 70.1 CE y que son:³⁷

1. Quien ejerza funciones o cargos conferidos por un Estado extranjero.
2. Quedan excluidos los Presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades autónomas, así como aquellos cargos de libre designación de esos Consejos y los miembros de instituciones autonómicas que por mandato estatutario o legal se elijan por la Asamblea legislativa correspondiente.
3. Nadie puede presentarse de forma simultánea al Congreso y Senado.

³⁷ Artículo 154 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

Por otro lado, para poder ser elegible en unas elecciones municipales no es necesario poseer la nacionalidad española, sino que basta con ser residente en España y cumplir con los siguientes requisitos³⁸:

- Ser ciudadano de la UE o ser nacional de un Estado donde se reconozca a los españoles el derecho de sufragio pasivo por medio de un Tratado.
- Reunir los requisitos para ser elegibles en España.
- Ser elegibles en su país de origen.

También, será inelegible para el cargo de alcalde o concejal el que incurra en algún supuesto del artículo 6 LOREG, donde se recogen las causas generales, o el que cumpliendo con los requisitos resulte deudor de la Corporación Local y se haya expedido mandamiento de apremio por resolución judicial. Para que se dé causa de inelegibilidad es necesario que el mandamiento de apremio se dicte por resolución judicial firme y no basta con que exista una resolución administrativa³⁹.

De igual forma que para ser candidato a concejal, el artículo 202 LOREG establece la inelegibilidad para el Diputado Provincial de los deudores de la Corporación, ya sea de forma directa o subsidiaria y siempre que exista mandamiento de apremio por resolución judicial.

Esta causa de inelegibilidad se basa más en un carácter sancionador que en procurar el buen funcionamiento de la institución. Con esta medida se pretende exponer una desigualdad entre ciudadanos, garantizando el pago de sus impuestos, por medio de la privación de un derecho en aras de mantener la igualdad como bien jurídico máximo de protección. La opinión más extendida en cuanto a esta norma es que responde más a criterios de honestidad y dignidad, ya que parece obvio que alguien que debe un importe al Ayuntamiento, indirectamente lo debe al resto de la ciudadanía y, por tanto, no puede ser representante de la misma.

³⁸ Artículo 177 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

³⁹ Artículo 177, apartado 2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General // Dictamen 728/2019 de la Consejería Jurídica Consultiva de la Comunidad Valenciana, consideración III

El artículo 210 bis LOREG se encarga de la regulación del sufragio pasivo en lo referente a las elecciones comunitarias, en concreto al Parlamento Europeo. Aquí tampoco se exige la nacionalidad española, sino que basta con la residencia efectiva en el territorio.

En relación a las causas de inelegibilidad para el Parlamento Europeo son las mismas que concurren para el caso de diputados o senadores. Es decir, al desempeñar funciones o cargos remunerados por un Estado extranjero, cuando el ejercicio de estas funciones sea causa de inelegibilidad en ese Estado Miembro de origen.

5.2 Causas de indignidad

Aunque forman parte de las causas de inelegibilidad vamos a tratarlas en un apartado distinto, ya que presentan ciertas diferencias con las anteriores. Se encuentran recogidas en el artículo 6.2 LOREG y derivan de una condena por sentencia firme.

Ésta supone la privación del condenado del derecho de sufragio pasivo, basado en un cierto reproche de índole moral por los actos cometidos y que supone como consecuencia una condena para el mismo.

La LOREG prevé dos cláusulas. La primera contiene la suspensión temporal del derecho de sufragio pasivo durante el período en que se ejecute la pena. La segunda supone un listado de delitos que suponen, de forma automática, la inhabilitación para ejercer el derecho a sufragio pasivo. En este apartado, la voluntad del interesado no puede impedir esta inhabilitación, a diferencia de lo que sucede con lo previsto en los apartados 1 y 3 del citado artículo.⁴⁰

Esta disposición entra en conflicto con el Código Penal, ya que fue redactado cuando estaba vigente la anterior legislación y la imposición de penas accesorias poseían carácter

⁴⁰ Artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

automático. Sin embargo, la nueva previsión penal establece la obligación del órgano jurisdiccional a la imposición de alguna de las penas accesorias previstas para las privativas de libertad que sean menores a 10 años.⁴¹

El Tribunal Constitucional ya estableció que lo contenido en el artículo 6 de la LOREG no era un listado de *numerus clausus* en cuanto a los supuestos de inelegibilidad y, por tanto, habrá que aplicar los que deriven de las penas que se recogen en el CP⁴². De esto se deriva que las causas de inhabilitación previstas por el CP son tan válidas como las que se establecen en la LOREG.

En concreto, en la LOREG se dispone que: “por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo”.⁴³

Además, el CP también recoge esta limitación en el artículo 44, al prever la inhabilitación especial para el sufragio pasivo mientras dure la condena. El artículo 56.2 CP lo establece como una pena accesoria en aquellos casos en que la pena de prisión sea menor a 10 años.

La razón de atribuirle este carácter de pena accesoria hay que buscarla en que la naturaleza de la misma se haya en los delitos electorales que poseen su propia regulación, por lo que es lógico que este tipo de penas se apliquen a delitos que se cometan contra la Administración Pública.⁴⁴

La doctrina se ha encargado interpretar el alcance del artículo 137 LOREG en cuanto al alcance de la indignidad en el acceso a cargos públicos de delitos electorales, pues no queda claro si esta inelegibilidad opera como pena principal o accesoria.

⁴¹ Artículo 56 del Código Penal.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1993 de 20 de mayo.

⁴³ Artículo 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁴⁴ BERNAL VALLS, J. Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal. Revista General de Derecho. N.º 652-653. Pág. 14-28.

Un sector doctrinal⁴⁵ considera que ha de entenderse como pena principal y la duración de la inhabilitación será igual que la pena privativa de la libertad. Esta opción no es la mantenida por la mayoría, ya que carece de un respaldo jurídico. Así, a tenor de lo previsto en el artículo 137 LOREG, la inhabilitación especial se configura como una pena accesoria.

Por último, el TC⁴⁶ afirma que “la causa de inelegibilidad que afecta a los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena [art. 6.2. LOREG] no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce cuando se suspende, sino por ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral”.

5.3 Causas de incompatibilidad

Al igual que sucede con los supuestos de inelegibilidad, las incompatibilidades suponen una limitación al derecho de sufragio pasivo. El TC⁴⁷ realiza una distinción en cuanto al momento en que se consagra el mismo, esto es, el acceso, permanencia y ejercicio del propio cargo. En cada fase se ejercitan distintos derechos o concretas competencias, a tenor de lo previsto en el artículo 23.2 CE. Así, la limitación del derecho de sufragio pasivo, vista desde una perspectiva de acceso a las distintas instituciones, se configuran por el sistema propio de inelegibilidad y en concreto, en lo que respecta a las incompatibilidades se organizan como límites del legislador en una visión de permanencia y ejercicio del cargo.

Esta incompatibilidad se podría definir como una dificultad jurídica para el desempeño de ciertos cargos, de forma conjunta. La naturaleza de este hecho radica en la misma influencia de naturaleza negativa que provoca el ejercicio a la vez de ambos derechos y que pueda repercutir de forma directa en el cargo público representativo. En este supuesto

⁴⁵ Encabezado por BERNAL VALLS, J. Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal. Revista General de Derecho. N.º 652-653. Pág. 14-28.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1993, F.J. 4º, párrafo primero, de 20 de mayo.

⁴⁷ STC 24/1983 de 6 de abril.

exacto, se deja de buscar una protección de libertad del elector a la hora de ejercer su derecho. Pues lo que se pretende es que exista una verdadera garantía de la libertad del que es elegido para el ejercicio de cargo público. En un inicio, las incompatibilidades se entendían como un proceso para evitar acumular junto al mandato parlamentario otro cargo público, teniendo como base el principio de separación de poderes.

Asimismo, los supuestos que se regulan como incompatibilidad resultan casi idénticos a los de inelegibilidad. Por su parte, la LOREG realiza una remisión a las causas de inelegibilidad, al indicar que “las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad”.⁴⁸ Se trata de causas sobrevenidas que impiden a la persona elegida cargo electo poder compatibilizar el mandato con los supuestos contemplados en el artículo 6.1 LOREG.

No obstante, la causa de la incompatibilidad se ha ido alejando del concepto tradicional para radicar ahora en la necesidad de incorporar verdaderos límites en cuanto al aumento de casos de corrupción, por lo que se pasa del ámbito público al privado.

Así, como ya hemos mencionado con anterioridad, para el TC no se pueden considerar estas causas como estrictas y cerradas, quedando abierta la puerta a la inclusión de otras, atendiendo al devenir de los hechos y desarrollo social. De este modo, se realizó una reforma en 1991 de la LOREG donde se incluían causas de incompatibilidad en el plano privado.

Nos centramos en lo previsto en el artículo 6.4 indicando que hacen referencia a incompatibilidad sobrevenida en la que pueda incurrir un electo y que pueda resultar ilegal de forma posterior a esa elección.

⁴⁸ Artículo 6.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. RESOLUCIONES Y DICTÁMENES

6.1 Conversión de la causa de inelegibilidad en causa de incompatibilidad. STC 155/2014

En primer lugar, lo dispuesto en el artículo 6.4 LOREG no puede desembocar en un error de interpretación que resulte contrario al resto de ordenamiento jurídico como el artículo 23.2 CE o la jurisprudencia del TC.

Las causas de inelegibilidad funcionan, como regla general, antes de la proclamación del cargo electo. Así: “los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”.⁴⁹

Por otro lado, también pueden existir algunas causas sobrevenidas de inelegibilidad que, debido a que afectan a la capacidad de obrar al tiempo en que se formaliza la candidatura, suponen la pérdida automática de ese mandato de representación.

Por último, se pueden aplicar de forma sobrevenida otras causas de inelegibilidad que llegan a convertirse en causas de incompatibilidad que se registrarán para cada tipo de proceso electoral. La LOREG, en este sentido establece una excepción : “en todo caso, serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, además de aquellos electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores que sean declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme”.⁵⁰ El propio término utilizado de “en todo caso” ya introduce que no toda inelegibilidad previa a la elección se tenga que convertir de forma necesaria en una causa de incompatibilidad. En los

⁴⁹ Artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁵⁰ Artículo 6.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

dos casos sí se exige que exista una sentencia judicial firme. Es decir, que no resulta imprescindible la existencia de sentencia judicial firme en el momento anterior de las elecciones para que se aprecie la causa de inelegibilidad, pero sí que resulta imprescindible cuando se trate de una inelegibilidad sobrevenida que en el marco jurídico se traduce en una causa de incompatibilidad.

Lo que caracteriza a estas causas de incompatibilidad es que su conjunto atribuye un derecho de opción a la persona que se encuentra ante esta situación de incompatibilidad, proporcionándole un plazo para que ejerza el derecho a elegir entre esos cargos que la ley prohíbe expresamente.

El TC se inclina por mantener este criterio al afirmar que “el cuadro de causas de incompatibilidad parlamentaria legalmente establecido impide a los representantes políticos que les sea de aplicación el desempeño simultáneo con el mandato parlamentario de los cargos, actividades o situaciones, ya sean públicas o privadas, declaradas incompatibles por la norma, si se trata de incompatibilidades funcionales, o la percepción simultánea de distintas retribuciones si la incompatibilidad es salarial pero no funcional, en los casos en que la acumulación de funciones con el mandato parlamentario sí se encuentre permitida por la norma jurídica”⁵¹.

Por este motivo, en el supuesto de miembros del Congreso de los Diputados, si un parlamentario electo incurre en causa sobrevenida de incompatibilidad se estipula que:

“Declarada y notificada la incompatibilidad, el Diputado incurso en ella tendrá ocho días para optar entre el escaño y el cargo incompatible. Si no ejercitara la opción en el plazo señalado, se entenderá que renuncia a su escaño”.⁵²

No obstante, cuando las inelegibilidades se configuran como elementos constitutivos de la capacidad electoral esta conversión no sería posible, pues nadie puede optar entre estar

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2014, F.J. 2º a), de 25 de septiembre.

⁵² Artículo 19.3 del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados.

condenado de forma penal o no estarlo. Acerca de esta condición de inelegibilidad no se da la posibilidad de optar ni formular de forma jurídica una causa de incompatibilidad.

A diferencia de lo que sucede con los casos de incapacidad electoral, las inelegibilidades que puedan convertirse en incompatibilidades no invalidan esa elección de forma intrínseca. Así lo asevera el TC al indicar que “de esta forma, los supuestos de inelegibilidad se transforman en causas de incompatibilidad por expresa previsión del legislador si, aun no concurriendo la tacha cuando el representante concurrió a las elecciones como candidato, una vez electo y, mientras ostente la condición de parlamentario, pretendiera acceder a algunos de los cargos calificados como inelegibles que, en ese momento, se transformarían en causas de incompatibilidad”.⁵³

En este sentido hay que mencionar que el derecho de sufragio pasivo se conecta de forma estrecha con la inelegibilidad y, por tanto, con el derecho electoral y el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y, sin embargo, la incompatibilidad se acerca más al derecho parlamentario que al electoral.

Retomando lo previsto en el artículo 6.2 LOREG es lógico afirmar que la inelegibilidad que se contiene no puede considerarse como transformable en causa de incompatibilidad una vez que ya se hayan celebrado las elecciones. De este modo, la condena penal, con independencia de si es firme o no se ha de entender como causa de inelegibilidad que se vincula a la capacidad electoral y como consecuencia jurídica, no se puede elegir entre las dos opciones.

Continuando con este criterio hay que reseñar que el artículo 6.2.b se introdujo tras la reforma de la Ley Orgánica 3/2011 de 18 enero que incluía en su preámbulo la pretensión de que aquellas personas condenadas por delitos de terrorismo y contra la integridad del Estado no formasen parte de ninguna candidatura electoral y tampoco pudieran resultar electos, cuando en ese momento aún no hubiera recaído sentencia firme condenatoria.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2014, F.J. 2º, de 25 de septiembre

Esta es una medida que se encuentra en el límite de lo constitucionalmente admisible y que resulta proporcionada cuando se utilice para evitar que personas sobre las que recae una sospecha de pertenecer a una organización ilegal puedan concurrir a unas elecciones o incluso acceder a algún tipo de ayuda pública.

Todo ello encuentra respaldo en nuestro marco jurídico además de en la jurisprudencia, dando mayor énfasis al sistema garantista que se prevé en la diversa normativa sobre la materia, como sucede en el Reglamento del Congreso y en el ROF donde se dispone que “el concejal, diputado o miembro de cualquier entidad local perderá su condición de tal por las siguientes causas:

- 1- Por decisión judicial firme, que anule la elección o proclamación”⁵⁴.

Es importante destacar los requisitos de sentencia firme y que anule la elección, ya que el artículo 8 ROF considera que si la sentencia penal es firme pero no anula la elección se procede a la suspensión de funciones, pero no conlleva la pérdida del cargo: “Quien ostente la condición de miembro de una corporación quedará, no obstante, suspendido en sus derechos, prerrogativas y deberes cuando una resolución judicial firme condenatoria lo comporte”.

Resulta de interés el pronunciamiento del Tribunal Supremo por cuanto aclara la competencia : “ Es la Junta Electoral la competente para todas las cuestiones relacionadas con la presentación y proclamación de candidatos a las elecciones al Parlamento Europeo, unos candidatos que lógicamente deberán cumplir los requisitos exigidos por la legislación española a estos efectos, entre ellas, y de acuerdo con el artículo 6.2 b, no haber sido condenados, aunque la sentencia no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo , contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de

⁵⁴ Artículo 9.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”⁵⁵.

De este texto podemos deducir que la inelegibilidad del artículo 6.2.b solo puede exigirse cuando concurren a las elecciones y se puede apreciar por la Junta Electoral competente. Inversamente, esta inelegibilidad del artículo 6.2.a engloba cualquier tipo de delito, aunque sólo produzca efectos si existe sentencia judicial firme.

Esta visión del Tribunal Supremo concuerda con lo previsto en el marco normativo y también con el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional. Así, las causas de inelegibilidad en lo que respecta a su delimitación del derecho de sufragio pasivo no pueden interpretarse de forma analógica o extensiva, como lo corrobora la jurisprudencia.

Por otro lado, los derechos fundamentales siempre se han de interpretar en el sentido más favorable para la eficacia del derecho, como se desprende en este caso: “es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en base de la legitimación del ordenamiento político han de recibir un tratado especialmente respetuoso y favorable”⁵⁶.

Se da una conexión entre los dos apartados del artículo 23 CE que fortalecen el contenido del derecho al ejercicio del cargo público representativo. El Tribunal Constitucional afirma que: “en el caso de los cargos y funciones representativas y, en general de los cargos y funciones cuya naturaleza esencial viene definida por la Constitución, los requisitos que señalan las leyes sólo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza y, por tanto, tanto las normas que los establecen como los actos de aplicación de éstas pueden ser traídos ante este Tribunal no sólo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación”.⁵⁷

⁵⁵ Auto de aclaración de 6 de abril de 2017 del TS, en relación a la Sentencia de 22 de marzo de 2017, donde se condenaba al Diputado Francesc Homs a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1987 F.J. 2º, de 25 de mayo

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, F.J. 2º párrafo octavo, de 15 de febrero.

El derecho contemplado en el artículo 23.2 CE no sólo engloba el derecho de acceso al cargo público representativo, sino que también contiene el de permanencia en el mismo, sin que sea cesado, salvo por motivos justificados y también a ejercer las facultades del mismo sin una perturbación ilegítima y siempre conforme a las leyes.

De todo esto se deduce que, si un cargo público es condenado penalmente por una sentencia posterior a las elecciones, pierde su capacidad electoral y será suspendido o privado de su condición de forma automática, a tenor del artículo 6.1.a LOREG, con la exigencia de que esta sentencia ha de ser firme.

El TS asevera que la inelegibilidad del artículo 6.1.b aplica como un impedimento al ejercicio del derecho de sufragio pasivo por aquel que se presente como candidato, lo que deriva en que su concurrencia o no se aprecie por la Junta electoral que se declare competente. Sólo en este caso es cuando la existencia de una condena penal produce un efecto limitativo en el ejercicio del derecho.

6.2 Sentencia Tribunal Supremo 438/2019 de 01 de abril

Con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo fija como doctrina la no elección para cargo público de los inhabilitados por sentencia penal, aunque la decisión no sea firme.

La Sala estima el recurso de casación planteado contra la sentencia sobre derechos fundamentales. Así, el TS considera que no se lesiona el artículo 23 CE, ya que la interrelación existente entre el artículo 6.2 y 6.4 LOREG opera sobre los condenados por delitos de rebelión, terrorismo o contra la Administración Pública, aunque la sentencia no sea firme y se imponga una pena de inhabilitación especial para cargo público, con independencia del que sea.

Esta incompatibilidad se basa en la existencia de una sentencia penal no firme, analizando la jurisprudencia constitucional en el ámbito, en especial en lo que refiere a las

instituciones insulares y finaliza con la equiparación entre el cargo de alcalde y el de consejero Insular, ya que “ambos pueden considerarse cargos locales”. Hace mención a que la condición de cargo público conlleva una actuación social ejemplar y que nuestra legislación en este sentido es comparable al resto de países europeos.⁵⁸

Sobre la base de esta condena penal, el Pleno del Cabildo, a instancia de los criterios fijados por la Junta Electoral Central establece la inelegibilidad del condenado, aun cuando la sentencia no era firme, sin entrar a limitar la extensión de los cargos que establece la sentencia de naturaleza penal.

El debate central tuvo lugar en torno a la interpretación de la causa de inelegibilidad o incompatibilidad que se contiene en el artículo 6 LOREG y poniéndolo en relación a otras normas como el Código Penal⁵⁹ y doctrina constitucional.

Con este pronunciamiento se delimita el alcance de la pena de inhabilitación para cargo público, restringiéndolo al ámbito municipal. El Tribunal Supremo realiza una interpretación más extensiva, apartándose de lo dispuesto por el Juzgado de lo Penal.

La opinión doctrinal mayoritaria se inclina por establecer una clara relación entre deber y ética, por lo que no es admisible que una persona condenada por cierto tipo de delitos con pena de inhabilitación opte a otro cargo distinto, entendiéndose que ésta abarca a todo tipo de cargos públicos. Ya no sólo por ejemplaridad a nivel social, sino también por el riesgo plausible de reincidencia, aunque éste sea mínimo. Las condenas penales de inhabilitación no suponen ni pretenden una reinserción del autor, por lo que permitirle actuar desde otro ámbito público puede resultar contraproducente.

⁵⁸ Sentencia Tribunal Supremo 438/2019 de 01 de abril

⁵⁹ Artículo 42 del Código Penal

En la sentencia se defiende “que la inelegibilidad hay que vincularla a la condena por delito de inhabilitación, que es la especial para empleo o cargo público y además contextualizarla en los términos previstos en la legislación penal”.⁶⁰

En cuanto a la conexión que se realiza con otras normas, destaca el artículo 42 CP de donde se puede deducir dos efectos directos de la aplicación de la pena, como son la privación definitiva del empleo o cargo y la imposibilidad de tener un empleo de las mismas características sobre las que recae la inhabilitación.

La sentencia recoge que los delitos contra la Administración Pública poseen en común la ruptura voluntaria de aquellas obligaciones que hubieran sido contraídas por servidores públicos. En concreto, la interpretación sobre las causas de inelegibilidad que se realiza no es del todo acertada, ya que se intenta restringir la inelegibilidad sólo a ciertos cargos públicos y no a todos, como ha de entenderse en sentido amplio.

Se detalla también que son múltiples sectores donde se actúa y donde pueden intervenir varias entidades que configuran la administración local, partiendo de procedimientos de legalidad o supuestos que se admiten de forma legal los Ayuntamientos y, por ende, realizando una participación sobre los mismos.

Además, advierte de la interpretación errónea realizada por el Tribunal canario acerca de la doctrina de derechos fundamentales del Tribunal Constitucional, donde ya quedaba delimitada la figura de cargo público que consta en el artículo 23.2 CE⁶¹.

Sostiene que la cuestión a debatir sentaba su base sobre el error del tribunal canario donde se realiza una equiparación de los consejeros de los Cabildos con los alcaldes y por tanto se aplicaban las causas de inelegibilidad a ambos cargos, ya que los dos formaban parte de la Administración local.⁶²

⁶⁰Sentencia Tribunal Supremo 438/2019, F.J. 3º a) de 01 de abril.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2012, F.J. 3º de 29 de octubre.

⁶² Sentencia Tribunal Supremo 438/2019 de 01 de abril

El Tribunal considera que la interpretación del artículo 6 LOREG ha de hacerse en relación a lo previsto en el Código Penal, la propia sentencia, así como en base a doctrina y jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En relación al acto administrativo que se impugna es necesario resaltar que lo que se está controlado es la actividad administrativa prevista en el artículo 103 CE y no el sometimiento a la legalidad o el respeto a los derechos fundamentales marcados dentro de la Constitución, Código Penal o demás normativa.

Es un acto administrativo que centra su ser en el contenido de una sentencia penal donde el Ministerio público expresa su condena por un delito de prevaricación junto a la imposición de una inhabilitación. La referencia que se realiza en la LOREG “a los términos previstos en la legislación penal”⁶³ se ha de entender como una remisión general a la norma penal en relación a los tipos penales existentes, sin que se tenga que reducir o limitar la extensión de la inelegibilidad a ciertos cargos públicos sobre los que se establezca pena de inhabilitación especial.

Por último, vamos a tomar en consideración el último párrafo del Fundamento Jurídico Quinto de la STC 153/2014 de 25 de septiembre, donde se desestima el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Gobierno de Canarias en relación a la Ley Orgánica 2/2011 de modificación del régimen electoral general.

Es obvio que “la singularidad del hecho o fenómeno insular explica el especial tratamiento que a las islas se dispensa en los respectivos textos estatutarios (art. 143.1CE). De igual forma que la isla no sustituye a la provincia en el archipiélago, tampoco las instituciones a las que corresponde la administración de las islas pueden ser caracterizadas

⁶³ Artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

como trasunto de las Diputaciones provinciales, sino como entes específicos por expresa voluntad del poder constituyente plasmada en el artículo 141.4 CE”.⁶⁴

A la vista de lo expuesto, se puede admitir que en el archipiélago canario el cargo local incluye al Cabildo, con independencia de que éstos también puedan ser considerados como órgano autonómico, como se desprende de la legislación planteada con anterioridad.

6.3 Doctrina sobre la inelegibilidad sobrevenida derivada del caso Torra

El Acuerdo 2/2020 de la Junta Electoral Central solicitó la retirada del ejercicio del cargo de Diputado a Joaquín Torra, previamente condenado a pena de inhabilitación especial por sentencia no firme, haciendo uso de lo previsto en el artículo 6.2.b LOREG e indicando que se trataba de un supuesto de inelegibilidad sobrevenida.⁶⁵

Además, se instaba a la Junta Electoral Provincial a que promoviera la declaración de la vacante, por suscitar su candidatura suficientes dudas acerca de la legalidad en el marco del derecho constitucional y procesal.

Esta situación procesal se utiliza por la JEC a la hora de argumentar su intervención y se basa en la aplicación de lo previsto en el artículo 6.2 b LOREG, realizando una aplicación algo extensiva de la norma y que no coincide con la doctrina constitucional. Este informe se centra en la competencia de la JEC desde dos puntos de vista: el temporal y el material. La aplicación del artículo 6.2.b LOREG en relación al artículo 6.4 que menciona el Acuerdo se establece fuera del marco temporal que se le atribuye a la administración electoral y que se sustenta en una distinción entre incompatibilidad por inelegibilidad y la parlamentaria, que no se recoge ni en la ley ni tampoco en la doctrina.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2014 de 25 de septiembre, donde se desestima el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Gobierno de Canarias en relación a la Ley Orgánica 2/2011 de modificación del régimen electoral general.

⁶⁵ RIDAO MARTÍN, J. Comentario al Informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los efectos del Acuerdo de la Junta Electoral Central 2/2020 en relación a la inelegibilidad sobrevenida del diputado Joaquín Torra.

Así, esta doctrina ha configurado el derecho de participación como la unión de tres derechos independientes como son: participación política, acceso a cargos públicos y acceso a la función pública.

En lo que respecta a este caso, queda claro que la privación de la condición de diputado se establece por un camino distinto al previsto legalmente y que puede llegar a perturbar el derecho de participación política, según entiende la JEC. Todo ello, debido a que el Tribunal Supremo no había resuelto el recurso planteado y que, por tanto, no se puede establecer de forma clara una retroactividad de los actos.

La LOREG no atribuye a la administración electoral competencias de naturaleza residual que les permitan resolver cuestiones que no le sean previamente reservadas. Aunque se entendiera conferida por lo previsto en el artículo 8.1 LOREG, que permite a la Administración electoral la finalidad de garantizar la transparencia y objetividad en el proceso electoral, no quedaría sustanciada debido a los recursos electorales.

Otro motivo por el que la Junta Electoral Provincial también carecería de competencia sería que estos órganos se constituyen sólo para el proceso electoral y como mucho con las competencias que se le deleguen en relación a otros procesos anteriores, pero que no se cumplen en éste.

Como ya se ha mencionado, el acuerdo de la Junta Electoral mantiene que el artículo 6.2 LOREG no se relaciona con las causas de incompatibilidad contempladas en el artículo 160. De este modo, lo que se mantiene es la diferencia entre incompatibilidad funcional en el ámbito parlamentario y aquellas incompatibilidades por inelegibilidad, que se centran en el ámbito electoral.

En concreto, la LOREG dispone que “la calificación de inelegible procederá respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el mismo día

de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de elecciones”.⁶⁶

Continúa el informe indicando que lo previsto en el artículo 6.2 b LOREG no se contempla en el derecho de la UE ni tampoco en ninguno de los Estados miembros, reafirmando la idea de que “una sentencia penal no firme no determine que una persona sea declarada inelegible”. Hace referencia a la constitucionalidad del precepto, con especial referencia al carácter lesivo que puede suponer para los derechos fundamentales y no sólo al de sufragio pasivo, sino que además puede atañer a la presunción de inocencia.

La conexión existente entre el nuevo artículo 6.2 y el preexistente 6.4 fue fruto de cierta imprevisión del legislador, que creó una causa de incompatibilidad sobrevenida de naturaleza discutible y que hace referencia a una causa de “inelegibilidad sobrevenida”.

Concluyendo, se considera que no puede certificarse que se trate de una causa de inelegibilidad sobrevenida, cuando ya se encuentre finalizado el procedimiento electoral, postura mantenida por la JEC, sino que ha de entenderse como una causa de cese o pérdida de la condición de diputado, que ha de reconocerse en sede judicial y que se ejecuta por medio de los procesos parlamentarios que se prevean de forma reglamentaria.⁶⁷

6.4 Pérdida de la condición de concejal

En este caso, nos vamos a centrar en una la consulta planteada ante la Junta Electoral Central por un Ayuntamiento acerca de la pérdida de la condición de concejal existiendo una sentencia firme de condena con privación de libertad que se encuentra en suspenso, además de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

⁶⁶Artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁶⁷ RIDAO MARTÍN, J. Comentario al Informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los efectos del Acuerdo de la Junta Electoral Central 2/2020 en relación a la inelegibilidad sobrevenida del diputado Joaquín Torra.

El debate se centra aquí en determinar si resulta de aplicación el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 20 de julio de 2016, nº 208 ya que se encuentra en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad.

A tenor de lo previsto en la LOREG “resultan inelegibles los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena”.⁶⁸ Asimismo, esta causa prevista de inelegibilidad puede producir ciertos efectos cuando el tribunal que juzgue acuerde dejar en suspenso la ejecución de la misma.

Se basa la JEC en una sentencia previa del Juzgado de lo Penal de Burgos donde se citaba el artículo 6.2 LOREG y viendo que son inelegibles los condenados por sentencia firme y que las causas de inelegibilidad también lo son de incompatibilidad.

Según la Junta, el Pleno del Ayuntamiento que realiza la consulta tiene que hacer constar esta incompatibilidad y proceder en primer lugar a declarar la vacante de alcalde y concejal, comunicando a la Junta Electoral Central para que se retire la credencial y se asigne al que tenga derecho.

Con esta decisión se demuestra que los supuestos de inelegibilidad que se contienen en el artículo 6.2 LOREG se convierten en causas de incompatibilidad sobrevenida al aplicar el apartado 4 del precepto. Aunque no se trata de una causa ordinaria de incompatibilidad que compete dirimir a la Cámara, sino que se permite al parlamentario poder renunciar al cargo declarado como incompatible y poder así continuar con el cargo de diputado. Se resume lo dispuesto en el precepto en “la ausencia lisa y llana de capacidad jurídica para ser elegible, y en tal medida destinatario de la voluntad del cuerpo electoral en el ejercicio de su función electiva”⁶⁹.

Por otro lado, la causa sobrevenida opera como un caso de incompatibilidad productora de un impedimento para asumir ese cargo electivo o cese, si ya se hubiera

⁶⁸ Artículo 6.2.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, F.J. 4º, párrafo sexto, de 22 de julio.

accedido al cargo. Esto es, aunque el legislador lo designe como causa de inelegibilidad, según el TC se ha de entender como un supuesto de incapacidad electoral absoluta que puede suponer el cese en el cargo⁷⁰. En este caso no existe posibilidad de renuncia al cargo incompatible, sino que lo que se da es la pérdida del cargo como consecuencia directa de la propia condena penal. Así lo demuestra la Junta Electoral Central en que “las incompatibilidades funcionales son de ámbito parlamentario y de competencia parlamentaria, pero la incompatibilidad por inelegibilidad es propia del ámbito electoral y de competencia de la administración electoral”.⁷¹

A nivel jurisprudencial, el TC se manifiesta en relación a las consecuencias sobre la inelegibilidad que puede conllevar la suspensión de la condena a privación de libertad afirmando que “en tal sentido conviene dejar bien sentado que la causa de inelegibilidad que afecta a los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce formalmente cuando se suspende, sino por ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral. En consecuencia, no depende ni puede depender de la situación personal del condenado, libertad o prisión”⁷².

7. ACTUACIONES POLÍTICAS

En la actualidad todos advertimos que en la práctica política parlamentaria habitual supone que el partido político sea el que mediante su grupo parlamentario establezca las directrices de actuación generales e individuales de los diputados y senadores. Las grandes transformaciones que se han dado durante el último tiempo de democracia han supuesto que el mandato de los diputados no corresponda con un interés popular, sino que obedezca a un interés partidista, como podemos apreciar de forma clara en los sistemas electorales con listas

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983, F.J. 5º, de 25 de mayo.

⁷¹ Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 enero de 2020.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1993, F.J. 4º de 20 de mayo.

cerradas, aunque exista una prohibición constitucional del mandato imperativo, por el que cualquier persona puede acceder a ese cargo público.

Desde un ámbito jurídico-constitucional la titularidad del mandato reside en el diputado en base a los principios de representación democrática que se consagran en la Constitución. No obstante, si atendemos a ésta desde un punto de vista material, la denominada democracia de partidos atribuye la actividad tanto dentro como fuera del Parlamento del diputado de una forma individualizada con respecto al partido que pertenece, causando un cambio en el mandato representativo que se predica inicialmente en la Constitución.

Todas estas afirmaciones se prueban cuando sucede un caso de conflicto y el representante se niega a acatar las directrices marcadas previamente por el partido. En ese momento se produce una quiebra de confianza clara entre el cargo y el partido, por ejemplo, al romper la disciplina de voto que haya sido indicada con anterioridad o cuando decide abandonar el partido en el que concurrió a las elecciones.

Es en estas circunstancias cuando es necesario que se produzca la reimplantación del orden normativo por medio del mandato representativo que es el que se encuentra regulado en la Constitución. En concreto, la jurisprudencia se ha encargado de delimitar los poderes que ostenta el partido frente al cargo electo en aras de garantizar una efectiva representatividad popular, evitando aquellos excesos y abusos que supondría un abuso ilegítimo del mandato imperativo. Así se ha dejado plasmado en diversos pronunciamientos del Alto Tribunal⁷³ donde ante conflictos como los ya mencionados se dictamina el concepto constitucional de representación, a la vez que cierta validez en la relación elector-elegido como única potestad jurídica ciertamente vinculante.

Así se recoge que “tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de

⁷³ Como en la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983 de 4 de febrero y la sentencia del Tribunal Constitucional 10/1983 de 21 de febrero.

pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior”.⁷⁴

La interpretación y aplicación de este precepto supuso la interposición de recursos de amparo de los que derivan las citadas sentencias. Éstas sentaron jurisprudencia en torno al examen de legitimidad del cese del cargo público si resulta expulsado del partido.

Finalmente, lo que el Tribunal se plantea es si cabe dentro de nuestro marco normativo supremo una organización de representación donde los propios representantes puedan resultar privados de su función por una decisión que directamente no corresponde a los electores.

El Tribunal Constitucional en estos recursos de amparo se inclina por admitir que puedan permanecer en el cargo siempre que sea voluntad de los electores, y de forma supletoria del propio elegido que pueda renunciar al cargo por medio del uso del acto de voluntad unilateral.⁷⁵

8. CONCLUSIONES

Del estudio planteado acerca de la renuncia o cese del cargo público cuando se encuentre incurso en un proceso penal hay que diferenciar si existe sentencia firme o no. En el primer caso, parece obvio admitir que tiene que renunciar de forma inmediata, máxime cuando la pena lleve implícita la pena accesoria de inhabilitación para desempeño de cargo público, entendiéndolo éste de forma amplia y en todas las esferas de administración territorial. La sociedad contemporánea reclama que empleos y cargos públicos de base representativa no puedan ser ocupados por sujetos que hubieran sido objeto de inhabilitación especial tras una condena penal.

⁷⁴ Artículo 11.7 de la Ley 39/1978 de 17 de julio de Elecciones Locales

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983 de 9 de marzo y la sentencia del Tribunal Constitucional 10/1983 de 21 de febrero

Por lo tanto, el debate se centra en la necesidad de dimisión o cese cuando el proceso penal esté en proceso, pero no haya aún una sentencia firme. En estos casos, entran en juego aspectos más éticos y morales, derivados de la legitimidad del propio cargo o de exigencia social. No hay que olvidar que el cargo público se desempeña por elección popular, que deposita en el diputado, concejal... la confianza y si ahora éste se ve envuelto en un procedimiento penal por corrupción, prevaricación o cohecho parece “poco digno” continuar en el cargo, ya que se produce un quebrantamiento de esa confianza planteada. Por lo tanto, pocas dudas pueden albergarse respecto de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la ciudadanía. Por ello sí es exigible una cierta ejemplaridad social. En este sentido en los últimos años, los partidos políticos, casi obligados por la presión social han ido incorporando en sus protocolos Códigos de Conducta que regulan estos casos y que, en la mayoría de ellos, apartan a aquellas personas que se ven envueltas en ciertos procesos penales, donde el delito derive directamente de su actuación o desempeño de funciones.

Uno de los problemas se deriva de la literalidad de la LOREG, que dispone que "las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad"⁷⁶ y ello abre la puerta a considerar que no solo se despoja de la posibilidad de una persona a presentarse a elecciones sino a que pueda perder tal condición una vez elegido por los ciudadanos públicos.

Aquí encontramos en conclusión dos posturas doctrinales: una que postula que en todo caso las causas de inelegibilidad son de incompatibilidad para seguir desarrollando el cargo una vez elegido en ejercicio del mismo, lo que provoca que los condenados en primera instancia a la pena de inhabilitación para empleo o cargo público deben dejar inmediatamente el cargo en virtud de máxima jurídica “in clans non fit interpretatio”, la condena mediante sentencia aunque esta no haya adquirido firmeza por un delito contra la Administración Pública a la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público hace incurrir en el condenado en causa tanto de inelegibilidad como de incompatibilidad para el ejercicio del cargo público.⁷⁷

⁷⁶ Artículo.6.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁷⁷ Informe jurídico de la Secretaría General del ayuntamiento de Cerceda, la Coruña 001/2019

La otra postura doctrinal que estima que no siempre las causas de inelegibilidad son de incompatibilidad abocando inexorablemente al abandono del cargo, entendiendo que la interpretación es la que más se ajusta al art. 23.2 CE que garantiza al titular la permanencia en el cargo y que si por sentencia recaída después de celebradas las elecciones es condenado perderá su capacidad electoral según exige el art. 6.1 a) LOREG solo cuando la sentencia sea firme. Es decir, es imprescindible, tal como exige el citado artículo y, en consonancia con el mismo, el art. 9.1 del ROF, que la sentencia sea firme.

Este debate ha dado lugar a numerosa casuística jurisprudencial, y en definitiva es esta labor jurisprudencial la que está sentando las bases sobre la idoneidad o no de continuar en el cargo en los distintos supuestos. En los últimos años, los partidos políticos, casi obligados por la presión social han ido incorporando en sus protocolos Códigos de Conducta que regulan estos casos y que, en la mayoría de ellos, apartan a aquellas personas que se ven envueltas en ciertos procesos penales, donde el delito derive directamente de su actuación o desempeño de funciones.

No obstante, a nivel jurídico es necesario realizar un mayor esfuerzo de regulación, en primer lugar, a nivel administrativo intentando evitar que se pueda llegar a cometer el delito y, en segundo lugar, a nivel penal reforzando el control y penas para estos casos, ya que la sociedad no deja de reclamar un mayor castigo al cargo público, debido a la propia naturaleza del mismo.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1 Legislación

- Constitución Española (1978)
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim)
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Reglamento del Congreso de los Diputados

- Estatuto de Autonomía de Andalucía
- Reglamento sobre Organización y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales (ROF) de 28 de noviembre de 1986.
- Código Civil
- Código Penal
- Ley Orgánica 3/2011 del 18 de enero
- Ley 39/1978 de 17 de julio de Elecciones locales
- Reglamento del Parlamento Vasco
- Reglamento de las Cortes de Aragón
- Reglamento del Parlamento de Cantabria

9.2 Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995 de 26 de julio
- Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 de 18 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 10/983 de 21 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1994 de 14 de marzo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1988 de 20 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1982 del 11 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1985 de 6 de marzo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983 de 9 de marzo
- Acuerdo de la Junta Electoral Central del 05/10/1989
- Acuerdo de la Junta Electoral Central 27/2/1990
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nº 941 del 15/07/1996
- Sentencia del Tribunal Constitucional 72/1984 de 14 de junio

- Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983 de 25 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1987 del 20 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989 de 2 de noviembre
- Dictamen 728/2019 de la Consejería Jurídica Consultiva de la Comunidad Valenciana
- Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1993 de 20 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1983 de 6 abril
- Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2014 de 25 de septiembre
- Auto de aclaración del 6 de abril de 2017 del Tribunal Supremo en relación a la sentencia del 22 de marzo de 2017
- Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1987 de 25 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990 de 15 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo 438/2019 de 1 de abril
- Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2012 del 29 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2014 de 25 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999 de 22 de julio
- Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020
- Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1993 de 20 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1983 de 21 de febrero
- Instrucción de 19 de julio de 1991, de la Junta Electoral Central, sobre sustitución de cargos representativos locales. Publicado en el BOE nº181 el martes 30 de julio de 1991

9.3 Obras doctrinales y recursos de Internet

- BERNAL VALLS, J. “Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal”. *Revista General de Derecho*. Nº 652-653. Pág. 14-28
- CAAMAÑO, F. “Informe jurídico sobre la eventual conversión de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2.b de la LOREG en causa de incompatibilidad y sus consecuencias jurídicas”
- - CANO BUESO, J. “La renuncia al cargo público representativo”. Disponible en: [La renuncia al cargo público representativo – Dialnet https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo)
- CORAO ANADÓN, C. “Restricciones al sufragio pasivo: Causas de inelegibilidad e incompatibilidad”. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/32381?ln=es>
- GUIMERÁ FERRER-SAMA, R. “Pena de inhabilitación para empleo o cargo público: el Tribunal Supremo fija su extensión”. Disponible en: <https://blog.sepin.es/2019/04/extension-pena-inhabilitacion-cargo-publico/>
- LLEÓ DE NALDA, I. “Causas de inelegibilidad e incompatibilidad en el sistema electoral valenciano”. Disponible en: <https://revistes.gva.es/ojs/index.php/drets/article/download/72/65>
- POZO VILCHES, J. “La implantación de la segunda instancia penal”. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/01/04/la-implantacion-de-la-segunda-instancia-penal>
- RIDAO MARTÍN, J. “Comentario al Informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los efectos del Acuerdo de la Junta Electoral Central 2/2020 en relación a la inelegibilidad sobrevenida del diputado Joaquín Torra”. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/174998/1/705116.pdf>
- GUITIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. J. (1999). “Renuncia al cargo público representativo, desistimiento y disciplina del partido. Una nueva solución jurisprudencial”. *Revista Debates Constitucionales*, 1.
- Informe jurídico de la Secretaría General del ayuntamiento de Cerceda, la Coruña 001/2019

- Guíasjuridicas.wolterskluwer. “Presunción de inocencia”. Disponible en: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM0sztbLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZa pUt-ckhlQaptWmJOcSoAFDocejUAAAA=WKE>
- Derecholocal.es. “Pérdida de la condición de concejal por sentencia condenatoria a la pena privativa de libertad”. Disponible en: <https://derecholocal.es/criterio-novedoso/perdida-de-la-condicion-de-concejal-por-sentencia-condenatoria-a-la-pena-privativa-de-libertad>