

EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO DE PRESOS PREVENTIVOS¹

DANIEL SIMANCAS SÁNCHEZ

*Profesor Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

TRC, nº 52, 2023, pp. 451-470
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. Aproximación al derecho al sufragio pasivo: distinción entre titularidad y ejercicio del derecho. III. Prisión provisional y derecho al sufragio pasivo. IV. Del derecho al sufragio pasivo de un preso preventivo al Derecho electoral penitenciario. V. Propuesta para la regulación de una causa de inelegibilidad para presos preventivos.

I. INTRODUCCIÓN

Platón y Aristóteles convenían en que la decencia debía ser una cualidad necesaria para todo gobernante, puesto que, en caso contrario, la *polis* (y sus instituciones) correrían serio peligro. Si partimos de este razonamiento y lo transponemos a nuestros días, coincidiremos en que la democracia no puede construirse únicamente a partir del reconocimiento y la salvaguardia del acceso y ejercicio democrático del poder político, sino que precisa asimismo de mecanismos constitucionales o legales adicionales que impidan que personas abyectas ejerzan funciones representativas y pongan en peligro el correcto funcionamiento de las instituciones. Esta idea recorre un reciente informe monográfico de la Comisión de Venecia (a saber, *Exclusion of Offenders from Parliament*), en el que se aduce que el ejercicio del poder político por personas que han infringido gravemente la ley pone en peligro

1. Este trabajo fue presentado como comunicación en el XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (El Estado de Derecho en el Siglo XXI), celebrado en Cáceres en 2023 y seleccionado para su publicación por la Junta Directa de la Asociación.

la implementación del Estado de Derecho y, por tanto, la naturaleza democrática del Estado (Sánchez y Simancas, 2020; García Vitoria, 2023). Esta aserción bebe de la presunción de que aquellos que no están dispuestos a respetar las normas de una sociedad democrática *pueden* no estarlo tampoco a obedecer las normas constitucionales o internacionales sobre la democracia y el Estado de Derecho. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando pretende ocupar un cargo público representativo alguien que, siendo objeto de un procedimiento penal, no ha sido aún condenado y se encuentra, por ejemplo, en prisión provisional o rebeldía procesal? Este escenario sería tachado de rocambolesco si no fuera por las recientes experiencias con los líderes independentistas catalanes, que, hallándose en tales situaciones, concurrieron como candidatos a diversas convocatorias electorales (municipales, autonómicas, generales y al Parlamento Europeo), logrando el respaldo suficiente para acceder a dichos cargos. En este trabajo trataremos, por un lado, de presentar cómo se comporta nuestro ordenamiento cuando una persona en reclusión provisional decide presentarse a las elecciones; y, por otro lado, de estudiar si el impacto que el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por presos preventivos tiene para nuestro sistema aconseja la regulación de una causa de inelegibilidad.

II. APROXIMACIÓN AL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO: DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO

Es sabido que el ejercicio del derecho al sufragio pasivo corresponde a los ciudadanos que reúnen los requisitos de capacidad y no están incursos en ninguna causa de inelegibilidad (Arnaldo y Delgado-Iribarren, 2019; Besteiro y Abajo, 1997; Entrena, 1986; Fernández-Miranda, 1989; Pascua, 2014). Esta definición pone de manifiesto la existencia de dos categorías, interrelacionadas pero distintas, como son la capacidad electoral pasiva y las causas de inelegibilidad en sentido estricto. La primera ha sido entendida como una relación de elementos, inspirados todos en el concepto de ciudadano, cuya reunión determina el nacimiento de la titularidad subjetiva del derecho². Estos elementos son la nacionalidad española, la mayoría de edad y el pleno disfrute de los derechos políticos. En cambio, los supuestos de inelegibilidad suponen que el ciudadano en el que concurren, aun reuniendo todos los requisitos a los que se supedita tanto el nacimiento como la pervivencia del derecho, no pueda presentarse como candidato a las elecciones, proscripción que se fundamenta en la libertad de los electores y la igualdad de oportunidades de todas las fuerzas políticas en la contienda electoral

² Algunos autores condicionan la titularidad subjetiva del derecho a disponer de la nacionalidad española, por un lado, y, por otro, de una posición jurídico-política activa, en la que subsumen la mayoría de edad y el pleno disfrute de los derechos políticos, vid. Fernández-Miranda (1989: 241).

(Pascua, 2014). A diferencia de las causas de incapacidad, las de inelegibilidad no se proyectan sobre la titularidad del derecho sino sobre su ejercicio y pueden ser enervadas con un acto de voluntad. Si el ciudadano cesa en el desempeño de la función o cargo público que origina su situación de inelegibilidad, aquel podrá ser proclamado candidato y solicitar la confianza del cuerpo electoral. En suma, las causas de inelegibilidad convierten al elegible en inelegible en pro de un bien harto importante para el buen funcionamiento de toda democracia representativa, como es el desarrollo regular del proceso electoral³.

Es conocido también que la delimitación del ejercicio del derecho electoral pasivo no se detiene en la exigencia de las anteriores condiciones (capacidad electoral pasiva y no encontrarse incurso en ninguna causa de inelegibilidad). Las normas electorales requieren asimismo que el candidato se halle inscrito en el censo electoral. Esta exigencia trae causa de la conexión del art. 2.2 LOREG, que dispone que el derecho al voto requiere para su ejercicio no solo ser español y mayor de edad sino también hallarse inscrito en el censo electoral vigente, con el art. 6.1 LOREG, que recoge que el elegible deberá poseer en todo caso la condición de elector. La conexión entre los artículos definidores del sufragio activo (arts. 2 y 3 LOREG) y pasivo (arts. 6 y 7 LOREG) ha ido debilitándose como resultado de las diversas reformas practicadas sobre las causas de exclusión del sufragio activo. En su redacción original, el art. 3 LOREG señalaba que tanto los condenados en sentencia firme como los declarados incapaces para el ejercicio del derecho al voto y los internados en hospitales psiquiátricos con autorización judicial no eran titulares de este derecho (y, por consiguiente, quedaban fuera del censo electoral). Sin embargo, estas excepciones se encuentran hoy virtual (condenados en sentencia firme) o expresamente (internados en centros psiquiátricos y declarados incapaces) derogadas por el Código Penal de 1995 y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, respectivamente. Por tanto, la tácita remisión del art. 6.1 a los arts. 2 y 3 LOREG ha quedado reducida a los requisitos determinantes de la capacidad electoral activa (mayoría de edad y nacionalidad española), así como a la oportuna inscripción en el censo electoral.

El censo electoral ha sido tradicionalmente elaborado a partir de los datos remitidos por los ayuntamientos y los consulados, así como con los del Registro de Penados y Rebeldes. A tenor de dichos datos, la Oficina del Censo Electoral (OCE) realizaba las oportunas rectificaciones garantizando de resultas su carácter actualizado. Esta fue la forma de proceder hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995. La supresión de las penas de inhabilitación del derecho al voto puso fin a las remisiones mensuales de información del Registro de Penados y Rebeldes a las Delegaciones Provinciales de la OCE. Desde entonces, dado que

³ Para Aragón (2007: 83), el Derecho electoral puede definirse como “el conjunto de normas reguladoras de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, activo y pasivo, de la organización de la elección, del sistema electoral, de las instituciones y organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral y del control de la regularidad del proceso, y la veracidad de sus resultados”.

ningún español mayor de edad puede ser privado por sentencia del derecho al voto, el censo electoral se encuentra exclusivamente integrado de los datos de los padrones municipales de los ayuntamientos, así como de la relación de residentes de los consulados. La supresión de las penas de inhabilitación del derecho al voto hizo necesaria la modificación del art. 37 LOREG, que señalaba que “[...] los encargados del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunicarán a las Delegaciones de las Oficinas del Censo Electoral, mensualmente y dentro de los plazos fijados por la Oficina del Censo Electoral, cualquier circunstancia, de orden civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el censo electoral, referida al mes anterior” (art. 8 LO 3/1995, de 23 de marzo), pasando a disponer que “los encargados del Registro Civil comunicarán mensualmente a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral cualquier circunstancia que pueda afectar a las inscripciones en el censo electoral” (Santolaya, 2013). Empero, la modificación del contenido del precepto no ha afectado a su rúbrica, en la que se sigue leyendo “Actualización del Censo a cargo del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes”. La reforma de la LOREG se completaría con la ya derogada Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996, sobre nuevas técnicas de actualización censal, cuya Disposición Transitoria Primera precisaba que “[...] el Registro Central de Penados y Rebeldes dejará de enviar a la Oficina de Censo Electoral las comunicaciones de la información referida a los inhabilitados del derecho de sufragio”.

El origen del Registro de Penados y Rebeldes se remonta a los tiempos de Alfonso XII. Entonces, Fernando Calderón y Collantes, Ministro de Gracia y Justicia, puso todo su empeño en la creación de un doble registro donde constasen tanto los fallos ejecutorios de las sentencias condenatorias como los autos de sobreseimiento provisional, no así las sentencias absolutorias o los autos de sobreseimiento absoluto. Así, por Real Decreto de 2 de octubre de 1878, se terminaría poniendo en marcha un Registro Central de Procesados y otro de Penados, ambos situado en el Ministerio de Justicia y Gracia, con la intención de que nuestros tribunales, al igual que los de los países más avanzados de nuestro entorno, pudiesen consultar los antecedentes y las medidas cautelares de los procesados acudiendo a un registro centralizado, en lugar de dirigir peticiones de información a otros tribunales nacionales o extranjeros, como venían haciendo hasta ese momento. La configuración de este doble registro descansaba, en consecuencia, en satisfacer dos objetivos primordiales en todo proceso penal, cuales eran, y siguen siendo aún hoy, afianzar la presencia del procesado en el juicio mediante la oportuna adopción de medidas cautelares, así como garantizar la mejor aplicación de las normas penales en pro de la realización de los fines de las penas, valorando en su caso la reincidencia del penado⁴.

4 El Real Decreto de 2 de octubre de 1878 afirma que “el respeto debido a la libertad individual de los ciudadanos, compatible con el amparo y protección de los intereses permanentes de la sociedad; la

Ahora bien, es preciso decir que estos registros han sufrido cambios desde su establecimiento a finales del s. XIX. Prueba de ello hace precisamente el art. 38 LOREG, que no alude a dos registros autónomos para penados y rebeldes, sino a un único registro, el Registro de Penados y Rebeldes. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, en concreto desde el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, el Ministerio de Justicia dispone de un sistema de registros administrativos conformado por, entre otros, el Registro Central de Penados y el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes⁵: así, el primero se halla integrado por las resoluciones firmes que imponen una pena o medida de seguridad (arts. 2 y 9), mientras que el segundo recoge tanto penas o medidas de seguridad impuestas por sentencias no firmes como medidas cautelares acordadas por órganos judiciales penales que no son objeto de inscripción en otros registros (en concreto, del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género), requisitorias y autos de declaración de rebeldía (arts. 2 y 10).

Pues bien, respecto al asunto que aquí interesa, cabe extraer al menos dos conclusiones. La primera consiste en que, aunque el art. 38 LOREG haya hecho referencia al Registro de Penados y Rebeldes (y continúe haciéndola aún hoy), ello no se debe a la existencia de una causa de incapacidad electoral pasiva ni de una causa de inelegibilidad en sentido estricto que impida el ejercicio del derecho al sufragio pasivo (menos aún el activo) a los presos preventivos o rebeldes criminales, cuanto al resultado de la fusión de dos registros que en el momento de su establecimiento se encontraban separados (Registro Central de Procesados y Registro Central de Penados). La segunda va referida a que, si bien la desaparición de las penas de inhabilitación del derecho al voto provocaron el cese de la remisión mensual de información del entonces Registro de Penados y Rebeldes a la OCE, la Junta Electoral se encuentra habilitada para requerir dicha información a los nuevos registros de Penados o de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, a fin de impedir que un ciudadano, inscrito en el censo electoral pero aquejado de una causa de inhabilitación por sentencia penal

ejemplaridad y eficacia de las penas, que es tanto más fuerte, cuanto más estén de los delitos a que se apliquen, todo recomienda que las leyes de procedimientos contribuyen y se encaminen a obtener aquel importantísimo resultado". Por su parte, el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, comienza su preámbulo aludiendo al Real Decreto de 2 de octubre de 1878, y lo hace para recordar que este, que supuso un gran paso en la administración de la justicia, tuvo como misión dar cumplimiento a un doble fin jurídico esencial: "hacer posible la demostración de la reincidencia para la aplicación más justificada de los correspondientes preceptos del Código Penal" y "establecer las medidas cautelares necesarias que aseguraran la presencia del culpado".

5 El Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, justifica la creación del Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, señalando que "constituirá un instrumento de gran utilidad que permitirá al órgano judicial disponer de otros elementos de juicio, además de los ya existentes, a fin de ponderar sus resoluciones en las distintas fases del proceso penal", así como tener conocimiento sobre "la existencia de órdenes en vigor de busca y captura o de detención y puesta disposición, [con las que] valorar la existencia de riesgo de fuga en la resolución que decida sobre la prisión o libertad provisional del imputado".

condenatoria (firme o no), pueda presentarse a las elecciones. Esta facultad de la Junta Electoral, que no de la OCE, se complementa con la obligación de los candidatos de presentar un compromiso en el que declaren no estar incursos en ninguna causa de inhabilitación ni de inelegibilidad.

La inscripción censal como requisito para el ejercicio del sufragio pasivo se encuentra expresamente matizada en el art. 7.2 LOREG, donde puede leerse que aquellos que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren en las listas del censo electoral solo podrán serlo si realizan una solicitud en la que acrediten de manera fehaciente el cumplimiento de todas las condiciones para ser incluidos en el censo electoral. Se trata de evitar que alguien pueda quedar excluido de la competición electoral debido a un simple error censal, a pesar de reunir todos los requisitos para ser elector, figurar en el censo y ser proclamado candidato a las elecciones. El modo de subsanación de un posible error censal aparece definido en las Instrucciones 1/1999, de 15 de marzo, para las elecciones locales y europeas, así como 1/2000, de 20 de enero, para las elecciones generales, de la Junta Electoral Central (Arnaldo y Delegado-Iribarren, 2019). Aunque es conocido que estas instrucciones fueron dictadas con motivo de la desaparición de las penas de inhabilitación para el derecho al voto y el consiguiente cese de remisión de información del Registro de Penados y Rebeldes a la OCE, ambas contemplan que la no inscripción de un candidato en el censo electoral pueda ser remediada entregando la misma documentación que se exige para la presentación de las candidaturas⁶.

Estas disposiciones, que ofrecen una salida al incumplimiento de las condiciones para el ejercicio del sufragio pasivo no imputable al candidato, son tributarias del mandato del art. 9.2 CE, que exhorta a los poderes públicos a la remoción de todos aquellos obstáculos que frustren o dificulten la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante normas o interpretaciones favorables al ejercicio de los derechos. Ahora bien, lo anterior no puede servir para dar amparo a operaciones con las que esquivar el marco establecido

6 La Instrucción 1/1999, de 15 de marzo, de la Junta Electoral Central, señala, en el apartado segundo de su primera disposición, que “la inscripción en el censo o en el padrón municipal de habitantes, de los ciudadanos españoles, no es condición necesaria para ser candidato, por lo que pueden ser proclamados candidatos los ciudadanos españoles que no figuren incluidos en las listas del censo electoral o en el padrón municipal de habitantes, siempre que aporten los documentos antes referidos”. La del 1/2000, de 20 de enero, expone, en su disposición segunda, que “la inscripción en el censo no es condición necesaria para ser candidato, por lo que pueden ser proclamados candidatos que no figuren en las listas del censo electoral, siempre que aporten los documentos antes referidos”. Lo cierto, sin embargo, es que estas normas transponen el contenido de la Instrucción 1/1991, de 4 de abril, sobre documentación que debe acompañarse en la presentación de candidaturas y no obligatoriedad de estar inscrito en el Censo electoral para ser candidato, que recogía en su disposición segunda lo siguiente: “la inscripción en el censo o en el padrón municipal de habitantes no es condición necesaria para ser candidato en las elecciones locales; en consecuencia, pueden ser proclamados candidatos en las elecciones locales quienes no figuren incluidos en las listas del censo electoral o en el padrón municipal de habitantes siempre que con la solicitud acrediten poseer la calidad de elector y no estén incursos en ninguna de las causas de inelegibilidad previstas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”.

legalmente para el ejercicio del derecho electoral pasivo, toda vez que el precepto constitucional en el que pudieran engarzarse tales maniobras se ve antecedido por la máxima de que todos los ciudadanos y poderes están sujetos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

En esta línea se ha manifestado el máximo intérprete de la Constitución. Buen ejemplo de cuanto decimos es la STC 76/2021, de 15 de abril. En ella, el TC desestimó el recurso de amparo electoral presentado por los Sres. Cantó y Conde, en el que defendían la vulneración de su derecho de acceso a los cargos públicos tras ser excluidos de la candidatura del Partido Popular a las elecciones a la Asamblea de Madrid de mayo de 2021⁷. Los recurrentes fueron considerados inelegibles al no encontrarse inscritos en el padrón municipal de ningún Ayuntamiento de la Comunidad de Madrid, ni figurar, por tanto, en el censo electoral al momento de su cierre para la celebración de las elecciones autonómicas. El TC rechazó la pretendida aplicación al caso del art. 4.2 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid (precepto que reproduce la excepción del art. 7.2 LOREG), poniendo en valor los requisitos establecidos por el legislador autonómico para el ejercicio del derecho electoral pasivo: así, se sostuvo que de la normativa electoral madrileña “se deriva claramente en qué términos han de ejercerse los derechos al sufragio activo y pasivo [en las elecciones autonómicas], por lo que no ha lugar a desvirtuar o dejar sin ningún efecto las reglas establecidas por el legislador so pretexto de la invocación del principio de interpretación más favorable”⁸.

En suma, la jurisprudencia constitucional más reciente es clara en su oposición a dar cobijo a maniobras jurídicas apoyadas en el más valor de la efectividad de los derechos fundamentales con las que sortear las condiciones fijadas por el legislador para su ejercicio. La normativa reguladora de los derechos políticos autonomásticos en cualquier sociedad democrática, cuales son votar y poder ser votado, no aguanta interpretaciones favorables a su desempeño cuando estas resultan contrarias a disposiciones legales o transmutatorias de su sentido genuino. Porque tales disposiciones son resultado de un juicio de ponderación entre el ejercicio de un derecho y la salvaguardia de otros bienes constitucionales. En el caso resuelto por la STC 76/2021, este bien radicaría en la idiosincrasia de representantes y representados, y su realización se pretende a través de la inscripción en algún padrón municipal del territorio en el momento del cierre del censo electoral. El conflicto entre la más efectividad de los derechos fundamentales (art. 9.2 CE) y el respeto al imperio de la ley (art. 9.1 CE) trasciende al caso concreto, ya que constituye una de las principales aristas de la problemática que aquí se plantea: el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por presos preventivos.

7 La decisión del TC tuvo tres votos particulares discrepantes de los magistrados Ollero, Martínez-Varela y Montoya. Para un análisis crítico de la sentencia, se recomienda la lectura del trabajo de Garrote (2021: 483-497).

8 STC 76/2021, de 15 de abril, FJ 4 e).

III. PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

Es lugar común que la privación de libertad supone una injerencia intensa en el ejercicio de los derechos fundamentales. Aunque aquella se proyecta directamente sobre el derecho a la libertad personal, alcanza inevitablemente al ejercicio de otros derechos, especialmente a los llamados derechos de segunda generación, entre los que se encuentran los derechos políticos. Esto hace que el *status libertatis* sea concebido como una *prima conditio* para el ejercicio de esta categoría de derechos. Pero esta concepción no es incompatible con reconocer que el interno sigue siendo titular de estos derechos. El art. 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) es claro en este sentido, toda vez que dispone que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos y sus derechos no afectados por la condena, de tal manera que “podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del *derecho de sufragio*” (la cursiva es nuestra), salvo que su ejercicio fuese incompatible con el cumplimiento de la condena o el objeto de su detención. Esta disposición, que trae causa del art. 25.2 CE, donde se expresa que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales [...], a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”, no solo se refiere a los que se encuentran reclusos por sentencia firme, sino también a todos aquellos que se hallan en prisión provisional.⁹

En suma, pocas dudas ofrece que los presos preventivos son titulares del derecho al sufragio pasivo. Su ejercicio está condicionado, tal como se refiere en los citados preceptos, al respeto al objeto de la detención.¹⁰ De modo que la autoridad judicial a cuya disposición estuviera el preso preventivo (esto es, el juez de instrucción o, en su caso, el órgano enjuiciador) deberá ponderar la tutela del proceso penal, donde late el riesgo que se pretende enervar mediante la restricción de la libertad personal, con el ejercicio del derecho al sufragio pasivo, tanto en su dimensión de acceso como en la de desempeño de las funciones representativas. No obstante, los órganos judiciales no disponen de una previsión legal clara para,

9 Así, la STC 4/2020, de 15 de enero, señala que “el art. 3 LOGP extiende su mandato de optimización a los presos preventivos objeto de detención y, al mismo tiempo, establece un límite específico: el ejercicio de estos derechos no será posible cuando no resulte conciliable con la finalidad que ha justificado su privación de libertad” (FJ 5).

10 En este sentido, Martínez Escamilla (1998: 253) entiende que la disposición constitucional crea tres focos de restricción de los derechos fundamentales (a saber, fallo condenatorio, sentido de la pena y, por último, legislación penitenciaria, que configura el estatuto jurídico de los reclusos). Por otra parte, Reviriego (2012:40) nos recuerda que en los Textos constitucionales de nuestro entorno existen disposiciones similares a los arts. 25.2 CE y 3 LOPG, a saber, el art. 27.3 de la Constitución italiana, que consagra que “las penas no podrán consistir en un tratamiento contrario al sentido de humanidad y deben dirigirse a la reeducación del condenado”, así como el art. 30.5 de la Constitución portuguesa, que refiere que “los condenados a una pena o medida de seguridad mantendrán la titularidad de los derechos fundamentales, sin perjuicio de las limitaciones inherentes al sentido de la pena o de las exigencias de su respectiva ejecución”.

llegado el caso, autorizar un permiso de salida para, por ejemplo, la participación del interno en un mitin electoral. Por más que se exprese que los presos preventivos podrán ejercer sus derechos fundamentales siempre que no se contravenga el sentido de su detención, lo cierto es que la legislación penitenciaria establece solo dos tipos de permisos de salida -ordinarios y extraordinarios- y ninguno de ellos contempla entre sus supuestos de concesión el ejercicio del derecho al sufragio pasivo.

Los permisos ordinarios están previstos para preparar al interno para la vida en libertad (arts. 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario). Aunque no está legalmente vedada su concesión a presos preventivos, resulta *prima facie* incompatible con la finalidad de estos permisos y contradictoria con el mantenimiento de la medida cautelar. Parece que la salida del preso preventivo debería acordarse, en su caso, a través de un permiso extraordinario. Empero, esta categoría de permisos está reservada para dar respuesta a una necesidad excepcional del interno (arts. 47.1 LOGP y 155 RP, en relación con los arts. 48 LOGP y 159 RP), que se concreta en una relación de motivos como el fallecimiento o la enfermedad grave de un familiar cercano, así como el alumbramiento de la esposa del recluso. Esta lista se completa con una cláusula que subraya su configuración como *numerus apertus*, a saber, “por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza”. Con esta cláusula se ha extendido esta clase de permisos a otras circunstancias familiares, tales como bautizos, bodas y comuniones, que se encuentran en conexión con las de fallecimiento, enfermedad o alumbramiento (Castro, 2005; Armenta, 2011). En definitiva, ni la Ley Penitenciaria ni su Reglamento contemplan previsión legal alguna, al margen de lo dispuesto en el arts. 3 LOGP y 4 RP, en la que la autoridad judicial pueda apoyarse para autorizar, en caso de considerarlo oportuno, la salida del preso preventivo para que participe en los actos de una campaña de unas elecciones en las que concurre como candidato.

IV. DEL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO DE UN PRESO PREVENTIVO AL DERECHO ELECTORAL PENITENCIARIO

La circunstancia de que no exista una causa de incapacidad electoral pasiva o de inelegibilidad en sentido estricto que impida a presos provisionales concurrir a las elecciones ha supuesto un verdadero reto en los últimos años para nuestro sistema electoral. Este ha tenido que dar respuesta a escenarios prácticamente inéditos en nuestra historia democrática debido a la concurrencia de elementos antagónicos: el principio de igualdad de oportunidades de todos los candidatos y la inescindible restricción de derechos que conlleva la situación de prisión provisional. Así, la Junta Electoral Central ha resuelto solicitudes para la participación de presos preventivos en actos electorales tratando de conciliar tales intereses. La ausencia de disposiciones legales ha hecho que esta misión se haya afrontado con

la fijación de una serie de parámetros, cuya aplicación ha servido para autorizar la participación de presos preventivos en actos electorales, conjurando al mismo tiempo cualquier riesgo de arbitrariedad y trato discriminatorio que pudiera desembocar en la transgresión del principio de igualdad de oportunidades.

Las solicitudes que llegaban a la Junta Electoral detallaban el tipo de actividad electoral (esto es, entrevistas radiofónicas o televisivas) en la que se pretendía la participación del candidato en prisión, así como la fecha y la hora de su celebración. Con estos datos, así como atendiendo al informe de Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP), la Junta Electoral se pronunciaba sobre la concesión o denegación de la autorización. A tenor de la información suministrada por las autoridades del centro penitenciario, la SGIP daba cuenta, en su caso, de las posibles objeciones para la participación del interno en la actividad electoral solicitada. Estas objeciones eran principalmente de tres tipos: la indisponibilidad de la sala de videoconferencias del centro penitenciario¹¹, la alteración del normal funcionamiento de mismo¹² y el incumplimiento de los deberes procesales del interno. Por tanto, si la sala de videoconferencias del centro estaba ocupada en la fecha solicitada, la actividad electoral resultaba incompatible con la planificación de las actividades del centro o el acto coincidía con el señalamiento de una sesión del juicio oral¹³, la solicitud era rechazada.

Aunque han sido varios los actos electorales celebrados por candidatos desde prisión, existen otros casos en los que los presos preventivos han visto restringido su derecho electoral pasivo con motivo de su reclusión. Uno de estos casos es el que acabó dando lugar a la STC 75/2019, de 22 de mayo. La resolución trae causa de un recurso de amparo presentado por el Sr. Sánchez i Picanyol, en el que denuncia la vulneración de sus derechos de participación política y de acceso a los cargos públicos (art. 23.1 y 2 CE), así como del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), con motivo de la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid V-Soto del Real, que sería confirmada posteriormente en alzada y en reforma por el Juzgado de Vigilancia nº2 de Madrid, por participar en la campaña de las elecciones autonómicas catalanas de 2017.

Según se expresa en la sentencia del TC, el magistrado instructor había “[limitado] el derecho de participación democrática del interno porque las autorizaciones que solicitaba para participar en campaña electoral posiblemente

11 El AJEC 220/2019, de 22 de abril denegó la autorización tras un informe de la SGIP en el que se señalaba que la sala de videoconferencias estaba reservada para peticiones anteriores de órganos judiciales y de otros internos.

12 Se ha rechazado también la autorización cuando la actividad electoral coincidía en un intervalo de tiempo en el que los internos tienen que preparar y repartir la comida en el centro (AJEC 237/2019, 22 de abril).

13 La solicitud de los candidatos de Ahora Repúblicas y de Esquerra Republicana fue denegada por coincidir con la celebración del juicio en la causa seguida contra aquellos por la Sala de lo Penal del TS (AJEC 352/2019, de 16 de mayo).

posibilitarían [sic] las situaciones de riesgo por las que se [había adoptado] la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza" (ATS 20907/2017, de 14 de diciembre). Así, se sostiene que el recurrente incumplió dicha prohibición al aprovechar una llamada telefónica ordinaria para participar en la campaña electoral, toda vez que "conocía que la conversación que mantuvo estaba siendo grabada para su divulgación posterior y aceptaba que dicha divulgación podía ser en un mitin" (AJVP de 2 de marzo de 2018). La conducta fue constitutiva de una infracción grave con arreglo a la normativa reglamentaria del centro (en concreto, de su art. 109 b) y merecedora de una sanción de treinta días de "privación de paseos y actos recreativos comunes". Pues bien, pese a que el recurso constituía una buena ocasión para la elaboración de una doctrina sobre lo que puede denominarse "Derecho electoral penitenciario", el TC acabó inadmitiendo el recurso de amparo por extemporáneo¹⁴.

En conexión con este caso se encuentra el abordado en la STC 36/2020, de 25 de febrero. El TC resuelve aquí una demanda de amparo en la que su recurrente, de nuevo el Sr. Sánchez, denuncia que las resoluciones judiciales que rechazaron sus peticiones para potenciar su grado de participación en la campaña de las elecciones autonómicas catalanas de 2017 vulneraron su derecho de acceso a un cargo público. Las peticiones del demandante eran las siguientes: primero, asistir a actos de campaña de su candidatura (en concreto, a dos mítines), así como a los debates electorales a los que fuera invitado; segundo, atender durante el periodo electoral a los medios de comunicación desde el centro penitenciario; y, por último, disfrutar de acceso a internet en un horario amplio para exponer el programa de su candidatura al electorado.

Tras repasar su doctrina sobre la injerencia de la prisión provisional en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo¹⁵, el TC evalúa la ponderación de las decisiones impugnadas en la desestimación de cada una de las peticiones del demandante. Para ello, comienza rechazando que la denegación de tales permisos fuera fuente directa de las restricciones en el ejercicio de su derecho de acceso a un cargo público. El TC sostiene que aquellas emanaban realmente de la aplicación de la prisión provisional como remedio para conjurar el riesgo de reiteración delictiva. Se recuerda que los ciudadanos privados de libertad, incluidos los que están en prisión provisional, son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, aunque su ejercicio se encuentre limitado por poseer un *status libertatis* más reducido que el de los ciudadanos libres. Claro que la razón de su limitación no se explica por el fallo condenatorio o el sentido de la pena, tal como ocurre con los condenados en sentencia firme, sino por "[...] la finalidad de la tutela cautelar penal que con su privación de libertad se persigue". En este caso, los permisos fueron denegados exclusivamente con base en

14 STC 75/2019, de 22 de mayo, FJ 3.

15 Esta doctrina se encuentra recogida en la STC 155/2019, de 28 de noviembre, FFJJ 15-21.

“consideraciones de tutela cautelar penal”, no en “consideraciones de garantía de la ordenada convivencia en el centro penitenciario, tampoco de la tutela de derechos fundamentales de terceros”¹⁶.

Dicho esto, el TC prosigue aduciendo que el demandante fue designado como candidato a las elecciones encontrándose en prisión provisional, de manera que tanto él como su candidatura eran plenamente conscientes de sus limitaciones para participar en la campaña electoral. Este argumento, que trae a colación una figura escasamente tratada en el estudio de los derechos fundamentales como es la renuncia (en este caso, tácita) al ejercicio de un derecho fundamental, se apoya en la STEDH, de 20 de diciembre de 2016, caso *Uspaskich c. Lituania*. En esta resolución se afirma que un candidato en prisión provisional o arresto domiciliario no puede esperar razonablemente participar en una campaña electoral en las mismas condiciones que otros contendientes que ni son objeto de un proceso penal ni pesa sobre ellos ninguna medida cautelar restrictiva de su libertad deambulatoria¹⁷. Continúa el TC señalando que la denegación de tales permisos no fue obstáculo para que el demandante pudiera hacer llegar sus propuestas al electorado. Se sostiene que el Sr. Sánchez, que estaba en prisión comunicada, tuvo posibilidades de comunicarse con el exterior, así como de acceder a internet dentro del respeto al régimen ordinario de su centro penitenciario¹⁸. No obstante, el TC sorprende aludiendo a la reproducción del contenido de una llamada telefónica en un mitin como muestra de la participación del demandante en la campaña a las elecciones autonómicas catalanas, olvidando que por este hecho el demandante fue sancionado al quebrantar lo ordenado en la resolución del magistrado instructor. Por añadidura, se sostiene que la ponderación del grado de limitación del derecho de acceso a un cargo público no puede ignorar el grado de notoriedad del demandante, quien era un líder social, así como que las candidaturas en las elecciones autonómicas catalanas son listas cerradas y bloqueadas, de tal modo que la comunicación de las propuestas electorales no recae exclusivamente en su cabeza de lista sino en todos sus miembros¹⁹. Estos últimos apuntes son tomados nuevamente del caso *Uspaskich c. Lituania*, donde se descartó que la situación de reclusión del demandante constituyese una restricción especialmente gravosa de su derecho a participar en las elecciones, dado que era un político sobradamente conocido por el cuerpo electoral y los miembros de su partido pudieron trasladar sus propuestas a los votantes²⁰.

En suma, el TC rechaza que la denegación de los referidos permisos disminuyese su grado de participación en la campaña electoral hasta el punto de entender su reclusión como una injerencia desproporcionada en el ejercicio de su

16 STC 36/2020, de 25 de febrero, FJ 6.

17 STEDH, 20 de diciembre de 2016, caso *Uspaskich c. Lituania*, §90.

18 STC 36/2020, de 25 de febrero, FJ 5.

19 *Ibidem*.

20 STEDH, 20 de diciembre de 2016, caso *Uspaskich c. Lituania*, §91.

derecho de acceso a un cargo público. Empero, esta decisión no contó con el respaldo unánime del Tribunal. Así lo demuestra la formulación de un voto particular, en el que los magistrados Xiol Ríos, Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón mostraron su discrepancia con la fundamentación jurídica y el sentido del fallo. Los magistrados critican la ausencia de ciertos elementos en el juicio de proporcionalidad de las resoluciones de instancia, a saber: la relevancia en abstracto de los intereses constitucionales en conflicto, la intensidad de la afectación al interés constitucional sacrificado y la posibilidad de su protección con alternativas menos lesivas para el mismo.

Con todo, esta sentencia es especialmente importante para el asunto aquí tratado por dos razones. Por un lado, porque se reconoce *obiter dictum* que el asunto planteado en este recurso de amparo, analizado desde el contenido del art. 23 CE, se superpone realmente con el de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión (arts. 20 CE y 10 CEDH) y las libertades de reunión y asociación (arts. 21 y 22 CE, y 11 CEDH). Pocas dudas plantea la estrecha relación de estos derechos fundamentales, la cual -recuerda el TC- descansa en “la necesidad de garantizar el respeto del pluralismo político y de opinión en una sociedad democrática a través del ejercicio de las libertades cívicas y políticas”²¹. Sin embargo, la íntima relación entre estos derechos fundamentales no lleva al enjuiciamiento del caso con arreglo a todos ellos, sino únicamente desde la perspectiva del art. 23 CE. Así, tras afirmar que este precepto no solo consagra “derechos individuales específicos”, sino también un “contenido estructural o principal de participación política relacionado con el pluralismo político”, el TC, valiéndose de la jurisprudencia del TEDH (en concreto, STEDH, de 16 de marzo de 2006, caso *Zdanoka c. Letonia*, § 115), decide aplicar unos parámetros específicos que pasan por “el contenido del derecho a participar en condiciones equitativas y sin restricciones indebidas en la campaña electoral (art. 23.2 CE), y no [los] que justifican otras limitaciones en el contenido de derechos vinculados a este”²².

En otras palabras, el TC es consciente de que la prisión provisional de un candidato no solo entraña una injerencia en su derecho de acceso al cargo, sino también una posible amenaza al pluralismo político, valor que late en los referidos derechos de libertad, incluidos los derechos del art. 23 CE. Empero, rechaza examinar esta amenaza con arreglo a los estándares de otros derechos parapetándose en pretéritas decisiones de Estrasburgo. La referencia aquí a la jurisprudencia de TEDH revela un ejercicio de escapismo del TC. Se alude a la jurisprudencia europea para realizar, como si de una jurisdicción subsidiaria en materia de protección de derechos se tratara, una suerte de control de razonabilidad. Pero, además, el razonamiento del TC quedó pronto desgarrado por un giro en la jurisprudencia del TEDH. En la STEDH, de 22 diciembre de 2020,

21 STC 36/2020, de 25 de febrero, FJ 6.

22 *Ibidem*.

caso *Selahattin Demirtaş c. Turquía* (nº 2), apoyándose en la grave amenaza que supone para el pluralismo político la privación de libertad de un representante político, Estrasburgo aplica los parámetros propios de la libertad de expresión (previsión legal, lista tasada de fines legítimos y necesidad en una sociedad democrática) y declara la violación conjunta del arts. 10 CEDH y 3 del Protocolo Adicional²³. En suma, cabe concluir que, aunque el enjuiciamiento del caso Sánchez con arreglo a los parámetros de otros derechos no hubiera variado el sentido del fallo, sí que habría al menos enriquecido el razonamiento del TC.

Por otro lado, porque se construye una doctrina sobre la participación electoral de candidatos en prisión provisional con base en tres argumentos inspirados en la jurisprudencia europea que son cuando menos discutibles. El primero es la renuncia tácita de participar en según qué actividades electorales de quien se presenta a las elecciones en prisión provisional, a pesar de que la renuncia al ejercicio de los derechos debe ser en todo caso expresa. El segundo es el que alude al grado de notoriedad del candidato y al sistema de listas electorales cerradas. Este argumento no parece convincente porque podría ser empleado para llegar a una conclusión opuesta a la de la sentencia: la condición de líder social del candidato podría aconsejar el levantamiento de la medida cautelar para asegurar una libre confrontación de ideas que contribuya a la existencia de una opinión pública libre como pilar fundamental del valor pluralismo político. La decisión del TEDH, que inspira el argumento el TC, entra luego en cierta contradicción con la sentencia del caso *Selahattin Demirtaş c. Turquía* (nº 2)²⁴, donde se valoriza como elemento de consideración que el sujeto en prisión provisional es uno de los líderes de la oposición, toda vez que “representa al electorado, llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses”²⁵. El tercer y último argumento es el relativo a la participación telemática del candidato en la campaña electoral. Huelga decir que los medios telemáticos ofrecen una salida mitigadora a la intensa injerencia de la prisión provisional en los derechos políticos de un candidato. Pero conviene interrogarse sobre si el derecho de acceso al cargo, atendiendo a su pronunciada dimensión institucional, admite ser ejercido exclusivamente a través de estos medios. El proceso electoral es comprendido como una ficción por la que la voluntad expresada por el cuerpo electoral es traducida a través de unas reglas, a las que se denomina sistema electoral, en la composición de un órgano representativo que realiza los derechos de los representados a participar en los asuntos de su comunidad (Mackenzie, 1962). La ausencia de todo tipo de contacto directo entre candidatos y electores, así como la imposibilidad de que el candidato en prisión pueda contraponer sus propuestas con las del resto de contendientes en un debate electoral, construye el grado de participación en la

23 STEDH, 22 de diciembre de 2020, caso *Selahattin Demirtaş c. Turquía* (nº 2), § 392.

24 *Idem*, § 395.

25 En este sentido, SSTEDH, 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 42; 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón*, § 50.

campaña electoral del candidato recluido, al tiempo que intensifica el carácter ficcional de las elecciones con el consiguiente riesgo para la legitimidad democrática de los representantes que resultan elegidos.

V. PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DE UNA CAUSA DE INELEGIBILIDAD PARA PRESOS PREVENTIVOS

Llegados a este punto, cabe analizar *lege ferenda* la posible regulación de una causa de incapacidad electoral pasiva o de inelegibilidad en sentido estricto para impedir que los que se encuentran en prisión provisional puedan presentarse a las elecciones. Es preciso comenzar recordando que cuando hablamos del derecho al sufragio pasivo, lo hacemos de un derecho de configuración legal. Así se deduce del propio enunciado del art. 23.2 CE, cuyo último inciso refiere que el derecho se ejercerá “con los requisitos que señalen las leyes”. Ahora bien, aunque la delimitación de su ejercicio se encuentre de resultas encomendada a la ley, esto no otorga libertad absoluta al legislador para su regulación (Arruego, 2005; García Roca, 1999; Martín Núñez, 1996; Pérez Alberdi, 2013; Pulido, 1992). Esta regulación deberá ser respetuosa con la integridad del derecho, pues, en caso contrario, quedaría degradado a la legalidad ordinaria²⁶. Las condiciones para el ejercicio del derecho no podrán desconocer su contenido esencial, sino que deberán establecerse respetando los principios de igualdad y proporcionalidad. Empero, del inciso del art. 23.2 CE se deriva otra máxima: el derecho al sufragio pasivo, al igual que el resto de los derechos, no es absoluto. La razón se halla en la clásica doble dimensión de los derechos: así, su previsión no solo atribuye una situación de poder a favor de los ciudadanos para reaccionar frente a las injerencias de los poderes públicos, también constituye un elemento estructural para la existencia de una democracia representativa.

En este sentido, es bien conocida la íntima conexión de los derechos consagrados en los dos apartados del art. 23 CE. La razón de su inextricable relación se encuentra en que ambos son reflejo de un sistema democrático en el que los representantes actualizan el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Esto explica que en la exégesis del art. 23.2 CE se prescindiera pronto de su tenor literal y se afirmara que su ámbito de protección abarca no solo el acceso en condiciones de igualdad a un cargo público, cuanto también la permanencia y el libre ejercicio del mismo²⁷. La privación al representante de su cargo o del desempeño de sus funciones inherentes no solo provoca un menoscabo en el derecho del representante, sino que afecta simultáneamente al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Si el representante pudiera ser

26 Por todas, STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2.

27 Por todas, STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 5.

arbitriariamente apartado del cargo o perturbado en su ejercicio, la voluntad de los ciudadanos no sería correctamente actualizada y el derecho de estos a participar en el gobierno de su comunidad por medio de sus representantes quedaría vacío de contenido.

Pues bien, la restricción del derecho al sufragio pasivo de presos preventivos que aquí se propone se fundamenta precisamente en la dimensión objetiva del mismo, a saber, asegurar el buen funcionamiento de una forma de gobierno que atribuye a los representantes la misión de actualizar la voluntad de los representados. Un ciudadano que tiene restringida su libertad deambulatoria por encontrarse en prisión provisional no está en condiciones para desempeñar su mandato representativo con arreglo a las exigencias rectoras de la actividad parlamentaria (esto es, personalidad y presencialidad)²⁸ ni para actualizar correctamente el derecho de participación de sus representados.

Esta razón viene acompañada de la previsión de instrumentos suspensivos del cargo público representativo. Estos instrumentos despliegan sus efectos cuando se comprueba la concurrencia de una relación de presupuestos, entre los que se encuentran precisamente la situación de privación de libertad del representante (arts. 384 bis LECr y 21.1.2 RC, no así el art. 22.6 RS). Por tanto, aquella persona que concurra en tales circunstancias a las elecciones y obtenga el respaldo electoral suficiente para resultar elegida, será automáticamente suspendida en el ejercicio del cargo en aplicación de los referidos instrumentos suspensivos en tanto duren tales circunstancias. Este desenlace entraña una situación de tensión política con mala digestión democrática, dado que en aquella subyace una suerte de choque de legitimidades entre la voluntad expresada por la soberanía popular en la elección de sus representantes y la definición legal de las condiciones a las que se supedita el ejercicio del cargo parlamentario. No cuesta imaginar el sentimiento de desamparo representativo y/o desafección hacia el sistema de aquellos ciudadanos que, tras dar su apoyo a un determinado candidato y ver que este accede al cargo de parlamentario, comprueban acto seguido que es automáticamente suspendido en el ejercicio de sus funciones representativas por ministerio de la ley. La inserción de esta nueva causa de inelegibilidad evitaría esta colisión, toda vez que acompañaría la legislación electoral con aquellos instrumentos que ordenan el desempeño del cargo público.

Sin embargo, la activación de estos mecanismos suspensivos, cuyo fundamento se sitúa en el buen funcionamiento de las instituciones representativas, no circunscribe sus efectos al titular del cargo. La aplicación de estos conlleva asimismo un menoscabo en la efectividad del derecho de los ciudadanos, pues su previsión no se ha acompañado de la regulación de la figura de la sustitución temporal (Presno y Ortega, 2009; García-Escudero, 2010). Así, durante el tiempo

28 Así se pone de manifiesto en las SSTC 19/2019, de 12 de febrero, FJ 4, así como 45/2015, de 27 de marzo, FJ 4.

que se prolonga la suspensión del cargo, los representados cuentan con un representante menos para actualizar su derecho. Esta consecuencia no solo resulta difícil de conciliar con una forma de gobierno como el parlamentarismo, cuanto también con aquella clásica jurisprudencia constitucional que, inspirada en la máxima realización del valor pluralismo político, subraya la relevancia política y jurídica de la adscripción política de los representantes²⁹.

En suma, se considera conveniente la introducción de una nueva causa de inelegibilidad que vede a los presos preventivas concurrir a las elecciones. El interrogante que se plantea seguidamente es el de la naturaleza de la prohibición, esto es, si la nueva situación de inelegibilidad debe configurarse como causa de incapacidad electoral pasiva o de inelegibilidad en sentido estricto. Las diferencias entre ambas figuras son notables, y así han sido expuestas al inicio del presente trabajo. Estas consideraciones decantan, a nuestro juicio, su configuración como causa de inelegibilidad en sentido estricto, es decir, como condición para el ejercicio del derecho electoral pasivo, y no como presupuesto para su titularidad. Su configuración como causa de incapacidad no solo conllevaría la imposibilidad de que aquellos que se encontraran en tales situaciones pudieran presentarse a las elecciones, sino también la pérdida del cargo que vinieran ocupando. Lo anterior supondría, en efecto, la derogación tácita de los mecanismos suspensivos antedichos que incluyen entre sus elementos habilitantes la existencia de un auto de prisión provisional contra el titular del cargo, con independencia de su cumplimiento efectivo³⁰.

Descartada su configuración como requisito para la titularidad del derecho, la opción restante es la relativa a su regulación como causa de inelegibilidad en sentido estricto. Si bien su previsión como causa de inelegibilidad resulta compatible con el mantenimiento de los referidos instrumentos suspensivos, su regulación como tal no está libre de objeciones. La primera es su mal acomodo con una característica definitoria de las situaciones de inelegibilidad y de incompatibilidad: la disponibilidad. Es sabido que el sujeto afectado por alguna de estas causas puede librarse mediante un acto de voluntad por el que renuncie al cargo, función o actividad que estuviera desempeñando y que fuera considerado incompatible con el acceso (inelegibilidad) o con la permanencia (incompatibilidad) en un cargo público (representativo o no). Lo anterior no sería extensible al sujeto que está en situación cautelar de privación de libertad, pues el levantamiento de la prisión provisional depende exclusivamente de la decisión de la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno.

Junta a esta primera objeción, puede apuntarse otra, si cabe de mayor peso. Esta vendría dada por el objetivo al que se entienden orientadas las causas de

29 Por todas, STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 2.

30 En la STC 171/2021, 7 de octubre, FJ 6, se señala que el mecanismo suspensivo se activa en todo caso cuando existe un auto de prisión provisional contra un representante, aunque no se haya materializado debido al incumplimiento del deber de someterse al proceso.

inelegibilidad: la libertad de los electores y la igualdad de oportunidades de todas las candidaturas en las elecciones. No parece que aquellos que tienen restringida su libertad personal (y, por tanto, que tienen parcialmente amputadas sus facultades participativas electorales) puedan sacar rédito electoral por mor de hallarse privados de libertad. Al contrario, podría decirse que estas actúan como una clara desventaja con respecto al resto de contendientes, dado que, tal como ha podido comprobarse, van a encontrarse con muchas limitaciones para participar en actividades propias de toda campaña electoral (por ejemplo, entrevistas o debates con otros candidatos). Por ende, solo con una redefinición del fin perseguido por las causas de inelegibilidad, como sería la regularidad del proceso electoral, podría defenderse que esta nueva causa resulta conforme con el fin legítimo de las causas de inelegibilidad.

A modo de epítome, la interdicción de que presos preventivos puedan ejercer su derecho electoral pasivo habría de ser comprendida como una causa de inelegibilidad impropia, ya que aquella no reuniría ni el carácter disponible propio de las situaciones de inelegibilidad ni su fundamento característico, que solo podría entenderse cumplido con una redefinición (artificiosa) del mismo. Al margen del dilema que puede presentar su definición como causa de inelegibilidad propia o impropia, son escasas las dudas que ofrece la necesidad de su regulación como situación de inelegibilidad. Porque, como se ha señalado, su previsión conjuraría el riesgo de colisión entre la expresión de la voluntad popular y las condiciones legales que delimitan el desempeño de la labor representativa, armonizaría la legislación electoral con la relativa al ejercicio del cargo público, y, en definitiva, garantizaría que los representantes pudiesen realizar su misión constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aragón Reyes, M. (2007). El derecho electoral: sufragio activo y pasivo. En Nohlen et al. (coord.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina* (pp.178-197). México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral.
- Armenta González-Palenzuela, F.J. (2011). *Procedimientos penitenciarios*. Granada: Comares
- Arnaldo Alcubilla, E. y Delgado-Iribarren García-Campero, M. (2019). *Código electoral*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer.
- Arruego Rodríguez, G (2005). *Representación política y derecho fundamental*. Madrid: CEPC.
- Besteiro Rivas, J. y Abajo Quintana, J.J. (1997). Las inelegibilidades e incompatibilidades en los distintos procesos electorales. En *V Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral* (pp. 82-217). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Castro Antonio, J.L. (2005). Artículo 47. En Bueno Arús, F. (coord.), *Ley general penitenciaria: comentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias* (pp. 440-450). Madrid: Colex.

- Entrena Cuesta, R. (1986). Artículo 6. En Cazorla Prieto, L.M. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Régimen Electoral General* (pp. 63-75). Madrid: Civitas.
- Fernández-Miranda y Campoamor, A. (1989). Artículo 71. En Alzaga Villaamil, O. (coord.), *Comentarios a las Leyes Políticas* (pp. 233-285). Madrid: Edersa.
- García-Escudero Márquez, P. (2010). Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 24, 81-114.
- García Roca, J. (1999). *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Vitoria, I. (2023). La exclusión de los infractores del Parlamento: entre la libertad política y el imperio de la ley. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 441-480.
- Garrote de Marcos, M. (2021). Madrid no es país para cuneros. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2021, de 15 de abril. *Revista de las Cortes Generales*, 110, 483-497.
- Mackenzie, W.J.M. (1962). *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos.
- Martínez Escamilla, M. (1998). Derechos fundamentales entre rejas. Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario a la jurisprudencia constitucional al respecto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51, 245-272.
- Martín Núñez, E. (1996). *El régimen constitucional del cargo público representativo*. Madrid: CEPC.
- Montero Hernanz, T. (2012). *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. Madrid: La Ley.
- Pascua Mateo, F. (2014). Artículo 6. En Delgado-Iribarren García-Campero M. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General a la Ley Orgánica de Referéndum* (pp. 103-125). Madrid: La Ley.
- Pérez Alberdi, M.R. (2013). *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Presno Linero, M.A. y Ortega Santiago, C. (2009). *La sustitución temporal de los representantes políticos*. Madrid: CEPC.
- Pulido Quecedo, M. (1992). *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Civitas.
- Reviriego Picón, F. (2012). Prólogo. En Montero Hernanz, T. *Legislación penitenciaria comentada y concordada* (pp. 39-44). Madrid: La Ley.
- Sánchez Navarro, A.J. y Simancas Sánchez, D. (2020). Exclusion of Offenders from Parliament: some problematic issues. En *Venice Commission, Thirty-year quest for democracy through law, 1990-2020* (pp. 603-626). Lund: Juristförlaget i Lund.
- Santolaya Machetti, P. (2013). *Procedimiento y garantías electorales*. Madrid: Civitas.

TITLE: *The right to passive suffrage of provisional prisoners*

ABSTRACT: *Should provisional prisoners be allowed to stand for election? In the wake of recent experiences in the Spanish political scene, this paper attempts to answer this question. The answer is organized in three parts: firstly, an approach is made to the conceptual distinction between ownership and exercise of the right to passive suffrage; secondly, an analysis is made of how the restriction of the status libertatis affects political rights; and, thirdly, the paper descends to the casuistry to observe the behavior of the institutions in*

the face of requests from provisional prisoners to participate in electoral acts as members of an electoral candidacy. The paper concludes by proposing the regulation of a new cause of ineligibility for provisional prisoners.

RESUMEN: *¿Deben los presos provisionales poder presentarse a las elecciones?* A rebufo de las experiencias recientes en el panorama político español, este trabajo trata de responder al presente interrogante. La respuesta se organiza en tres partes: en primer lugar, se realiza una aproximación a la distinción conceptual entre titularidad y ejercicio del derecho al sufragio pasivo; en segundo lugar, se analiza cómo afecta la restricción del status libertatis en los derechos políticos; y, en tercer lugar, se desciende a la casuística para observar el comportamiento de las instituciones ante las peticiones de presos provisionales de participar en actos electorales como integrantes de una candidatura electoral. El trabajo finaliza proponiendo la regulación de una nueva causa de inelegibilidad para presos preventivos.

KEY WORDS: Passive suffrage, Provisional prisoners, Ineligibility, Political rights, Catalan secessionism

PALABRAS CLAVE: *Sufragio pasivo, Presos preventivos, Inelegibilidad, Derechos políticos, Secesionismo catalán*

FECHA DE RECEPCIÓN: 26.06.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 18.09.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Simancas Sánchez, D. (2023). El derecho al sufragio pasivo de preventivos, *Teoría y Realidad Constitucional* 52, 451-470.