

El derecho a participar en elecciones libres según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

Catedrático de Derecho Constitucional.

Universidad de Granada.

Resumen

Se estudia en este artículo la amplia jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a participar en elecciones libres, recogido en el artículo 3 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un mandato a los poderes públicos, pero que el TEDH ha transformado en un auténtico derecho subjetivo. Al realizar este estudio sistemático se ha procurado huir tanto de la recopilación exhaustiva sin opiniones personales como de la crítica acerba que olvida que la función de un tribunal es interpretar los textos legales y no sustituirlos. La sólida jurisprudencia del TEDH en favor del derecho de voto lleva a una importante conclusión para la calidad de la democracia: un auténtico voto libre no es solo aquel que se ejerce sin coacción (dimensión subjetiva) sino aquel que se ejerce dentro de una sociedad con un grado de libertad y de opciones plurales que permite a los votantes formarse su propia opinión individual (dimensión objetiva).

Palabras clave: derecho de permanecer en el cargo, derecho de voto, elecciones generales, elecciones libres, elecciones locales, elecciones presidenciales, margen de apreciación nacional, sistema electoral, sufragio activo, sufragio pasivo.

Resum

S'estudia en aquest article l'àmplia jurisprudència del TEDH sobre el dret a participar en eleccions lliures, recollit en l'article 3 del Primer Protocol del Conveni Europeu de Drets Humans com un mandat als poders públics però que el TEDH ha transformat en un autèntic dret subjectiu. En realitzar aquest estudi sistemàtic s'ha procurat fugir tant de la recopilació exhaustiva sense opinions personals com de la crítica acerba que oblidava que la funció d'un tribunal és interpretar els textos legals i no substituir-los. La sòlida jurisprudència del TEDH en favor del dret de vot porta a una important conclusió per a la qualitat de la democràcia: un autèntic vot lliure no és només aquell que s'exerceix sense coacció (dimensió subjectiva) sinó aquell que s'exerceix dins d'una societat amb un grau de llibertat i d'opcions plurals que permet als votants formar-se la pròpia opinió individual (dimensió objectiva).

Paraules clau: dret de romandre en el càrrec, dret de vot, eleccions generals, eleccions lliures, eleccions locals, eleccions presidencials, marge d'apreciació nacional, sistema electoral, sufragi actiu, sufragi passiu.

Abstract

This article examines the extensive case law of the ECtHR on the right to vote, as set out in Article 3 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights as a mandate to the public authorities but which the ECtHR has transformed into a genuine subjective right of citizens. In conducting this systematic study, care has been taken to avoid both the exhaustive collection of the ECtHR and the acerbic criticism that forgets that the function of a court is to interpret legal texts and not to replace them. The robust jurisprudence of the ECtHR in favour of the right to vote leads to an important conclusion for the quality of democracy: a truly free vote is not only one that is exercised without coercion (subjective dimension) but which is exercised within a society with a degree of freedom and plural options that allows voters to form their individual opinion (objective dimension).

Key Words: Active Suffrage, Passive Suffrage, Electoral System, Free Elections, National Margin of Appreciation, General Elections, Local Elections, Presidential Elections, Right to Vote, Right to Maintain the Office of Representative.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La naturaleza jurídica de un derecho pretoriano.
 1. Las elecciones libres se configuran en el texto del Protocolo Adicional del CEDH como un compromiso de los Estados.
 2. La jurisprudencia transforma el artículo 3 del Protocolo en un derecho subjetivo.
- III. Los límites de actuación del artículo 3.
 1. Un derecho subjetivo con un contenido esencial limitado por el margen de apreciación nacional.
 2. Un derecho subjetivo que solo se proyecta sobre las elecciones legislativas.
- IV. El contenido esencial controlable por el TEDH.
 1. El derecho de sufragio activo.
 2. El derecho de sufragio pasivo.
 3. El derecho a mantenerse en el cargo representativo.
 4. Las obligaciones generales de los Estados.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

«J'aurais bien des réflexions à faire sur le simple droit de voter dans tout acte de souveraineté, droit que rien ne peut ôter aux citoyens».

JEAN-JACQUES ROUSSEAU,
Du Contrat Social (1762).

I. Introducción

Los juristas vemos con cierta sorpresa como cada vez más se publican en la prensa generalista noticias referentes al Tribunal Europeo de Derecho Humanos, como la muy reciente sentencia condenando a España debido a que dos presuntos etarras habían sido sometidos a tratos inhumanos en su detención porque sufrieron lesiones estando bajo custodia policial y el Estado español no probó que esas lesiones fueran «compatibles con un uso necesario y proporcional de la fuerza» (STEDH de 13 de febrero de 2018, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*). Este ejemplo llama la atención sobre la importancia que tiene ya en nuestra vida cotidiana la jurisprudencia del TEDH y la necesidad de conocerla con cierto detalle, muy especialmente en un campo tan delicado como es el derecho de voto.

Precisamente, el objetivo de este trabajo es el de estudiar la amplísima jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a participar en elecciones libres, recogido en el artículo 3 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para hacerlo he procurado huir tanto de la recopilación exhaustiva sin opiniones personales –que termina convirtiendo el trabajo en un mero centón– como de la crítica acerba que olvida que la función de un tribunal es interpretar los textos legales y no sustituirlos. Por eso, mi navegación entre esos Escila y Caribdis ha estado orientada por el deseo de sistematizar la jurisprudencia y realizar una crítica *uti valeat*, constructiva, cuando me ha parecido oportuno.

II. La naturaleza jurídica de un derecho pretoriano

1. Las elecciones libres se configuran en el texto del Protocolo Adicional del CEDH como un compromiso de los Estados

Como es de sobra conocido, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 3 noviembre de 1950, se concibió como una forma de convertir la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 en un texto jurídicamente vinculante, capaz de proteger en Europa los derechos proclamados *urbi et orbi* mediante un procedimiento judicial. Por eso, es fácil observar una correlación entre los derechos recogidos en la DUDH y en el CEDH. Si bien rápidamente se advierte que en el Convenio se dejaron fuera los derechos sociales que comienzan en la DUDH en su artículo 22: derecho a la seguridad social, al trabajo, al descanso, etc. Sin duda, esta escisión se debió a la dificultad de tutelar judicialmente estos derechos, cuya eficacia depende, más que de los tribunales, de la actividad del legislativo y el ejecutivo para lograr el desarrollo social, razón por la cual cuando la ONU decidió en 1966 avanzar en la conversión de la DUDH en derecho positivo, dividió su contenido en dos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; como por lo demás había defendido desde los primeros momentos René Cassin, uno de los padres redactores de la DUDH.¹

Sin embargo, sorprende mucho que el derecho de participación política esté entre los derechos relacionados en la DUDH y excluidos en 1950 del CEDH no ya porque todos los Estados parte celebraran elecciones libres, sino porque en el mismo Preámbulo del Convenio se señala que los Gobiernos signatarios consideran que la justicia y la paz en el mundo se basan «esencialmente, de una parte, en un régimen

¹ Cassin, R.: «La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 79, 1951, p. 240.

político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos». Lógicamente, el motivo de esta (en principio) extraña exclusión hay que buscarlo en los trabajos preparatorios donde la inicial propuesta de incluir el derecho de elecciones libres y de organizar una oposición democrática encontró el rechazo de algunas delegaciones –especialmente del Gobierno del Reino Unido– que negaron su inclusión alegando las dificultades «prácticas» de definir el sufragio universal, dada la diversidad de legislaciones estatales sobre el derecho de voto y sus restricciones. Por eso, se decidió no incluir en el articulado del Convenio el derecho a elecciones libres e introducir en el Preámbulo (a propuesta del Gobierno danés) que las instituciones democráticas son una garantía de los derechos humanos, de tal forma que el derecho a elecciones libres se convertía en una condición política previa para pertenecer al Consejo de Europa.² Así las cosas, se llegó a una curiosa paradoja, que uno no se puede imaginar al leer el CEDH: la referencia del Preámbulo del CEDH a la existencia de un régimen democrático es la consecuencia de no haber recogido en su articulado el derecho a elecciones libres.

Además, como el deseo de aprobar sin más demora el Convenio era unánime, en la reunión del Comité de Ministros del 5 de noviembre de 1950 en Roma se aprobó firmar el borrador del CEDH que ese Comité había aprobado en agosto con la inclusión de un preámbulo, así como –a propuesta del Gobierno belga– discutir un protocolo adicional en el que se incluyeran los tres derechos sobre los que no se había producido acuerdo todavía: propiedad, educación y elecciones.³ A pesar de que la tramitación de ese protocolo fue inmediata, el acuerdo no llegó hasta un año y cuatro meses después. Así que en marzo de 1952 se firmó en París el Protocolo Adicional que incorporaba al CEDH los derechos de

² Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Brill– Nijhoff, Amsterdam, 1985, *in totum* y en especial pp. 34-41 (Se cita por: [www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-P1-3-Cour\(86\)36-BIL1221606.pdf](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-P1-3-Cour(86)36-BIL1221606.pdf)).

³ Vid. Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Cit., p. 38.

propiedad, de educación y la celebración de elecciones libres, protocolo que –ratificado con cierta rapidez– entró en vigor solo ocho meses después que el texto principal del CEDH: éste lo hizo el 3 de septiembre de 1953 y el Protocolo el 18 de mayo de 1954.

Ahora bien, la redacción empleada para incluir las elecciones libres en el Protocolo merece señalarse con cierto detalle: a diferencia del artículo 1 y 2, en los que se usa la palabra «derecho» al referirse a la propiedad y la educación, en el artículo 3 se evita este término y su dicción literal es claramente la de un mandato para los Estados miembros: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». Si se compara este artículo con el artículo 21 de la DUDH, se observa como en el Protocolo faltan los dos primeros apartados de ese artículo 21 en el que se considera que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país y solo se ha recogido el tercero, que tiene la estructura de un compromiso de los Estados. En fin, el estudio de los antecedentes demuestra que la redacción lejos de ser casual se buscó a propósito para evitar que las elecciones libres fueran un derecho subjetivo individual protegible por el TEDH y quedaran en una garantía institucional, un compromiso de los Estados firmantes con la celebración de elecciones periódicas democráticas.⁴

2. La jurisprudencia transforma el artículo 3 del Protocolo en un derecho subjetivo

Así las cosas, no sorprende que se rechazara la inmensa mayoría de los recursos que se presentaron en los primeros años de vida del CEDH alegando la violación del artículo 3 del Protocolo

⁴ Cfr. el detallado estudio que realiza Goy, R.: «La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole Additionnel a la Convention de Rome», *Revue du Droit Public*, núm. 5, 1986, pp. 1.278-1.290.

Adicional porque el Comité consideraba que el derecho de voto no se encontraba recogido en dicho artículo (así en la Decisión de 4 de enero de 1960, caso X contra Alemania y otros muchos casos posteriores). Y si el artículo 3 fue operativo en los primeros treinta años de vida del Convenio fue sobre todo para respaldar la demanda interestatal que Dinamarca y otros Estados presentaron contra Grecia cuando el golpe de Estado de los coroneles de 1967 suprimió el Parlamento, demanda que transcurrió paralela a una petición de diez Estados de la Asamblea para que el Comité de Ministros expulsara a Grecia, lo que originó que éste aprobara su Resolución 51 de 1969 que supuso, de facto, el único caso hasta la fecha de suspensión de derechos de un Estado del Consejo de Europa.⁵

Sin embargo, y como ha estudiado María Reyes Pérez Alberdi con un detalle que no se puede repetir aquí, en los años siguientes el Comité fue evolucionando en su opinión hasta considerar en su Decisión de 30 de mayo de 1975, en el caso W, X, Y y Z contra Bélgica, que una interpretación finalista del artículo 3 obligaba a admitir que garantizaba dos derechos: «el derecho de voto y el derecho a presentarse como candidato».⁶ Por su parte, el propio TEDH no tuvo ocasión de dar su opinión hasta una década después; pero cuando la tuvo, no solo hizo suyos los argumentos interpretativos de la Comisión (aunque curiosamente su fallo fue desestimatorio, en contra de la opinión de la Comisión), sino que dando lo que Lorenzo Martín-Retortillo ha llamado «un salto colosal»⁷ consideró que nada en los trabajos preparatorios demostraba la voluntad de negar al artículo

⁵ Cfr. Úbeda de Torres, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid, Reus, 2007, p. 104.

⁶ Cfr. Pérez Alberdi, M. R.: «La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 88, septiembre-diciembre 2013, pp. 341-343.

⁷ Martín-Retortillo Baquer, L.: «Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Pascua Mateo, F., *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 26.

3 su carácter de derecho subjetivo; por el contrario, defendió que «la apariencia interestatal de la redacción del artículo 3 no refleja ninguna diferencia de fondo con las demás disposiciones normativas del Convenio y de los Protocolos . Más bien parece explicarse por el propósito de dar más solemnidad al compromiso contraído y por el hecho de que, en el ámbito de que se trata, la obligación primordial no supone una abstención o no injerencia, como acaece en la mayoría de los derechos civiles y políticos, sino la adopción por el Estado de medidas positivas para «celebrar» elecciones democráticas».⁸

Si no es porque pudiera parecer irreverente, diría que esta conclusión me recuerda –como dijera Goethe– que los juristas interpretan las normas con mayor libertad que los poetas la realidad. Desde luego, es cierto que no hay en los trabajos preliminares una declaración expresa de evitar el recurso individual, pero también es verdad que no hay ninguna declaración expresa ni de aplicar ese recurso al artículo 3 ni de redactarlo de una forma más solemne. Es más, el contexto general –con la expresa omisión de la palabra «derecho» y la inexistencia de unos apartados similares al primero y segundo del artículo 21 de la DUDH– hacen pensar en una voluntad implícita de negar el recurso individual. Echemos un vistazo, por ejemplo, al informe que realiza el Comité de Expertos sobre la propuesta del Gobierno británico, que finalmente sería aceptada: «después de las explicaciones de la delegación del Reino Unido, según las cuales el texto propuesto por ella tiene el objetivo de evitar que el Convenio pueda ser interpretado como que impone a los Estados miembros la obligación de introducir un sistema determinado de representación parlamentaria [...]».⁹ Otros textos similares pueden ser alegados como prueba de que los redactores del Protocolo estaban pensando en obligaciones de los Estados, ninguno, como prueba de que tenían en mente dar más solemnidad al derecho de voto; como, por lo demás, entendió desde el

⁸ STEDH de 2 de marzo de 1987, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, § 50.

⁹ Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Cit., pp. 58-59.

primer momento la Comisión, formada por personas que conocían de primera mano los trabajos preparatorios.

Por todo ello, me parece muy acertada la idea de Javier García Roca de considerar que el artículo 3 ha sufrido una «mutación convencional» pues el TEDH ha producido una modificación de la norma «que deja indemne el texto de la disposición sin cambiarlo formalmente».¹⁰ Por mi parte, añado que los Estados, lejos de protestar por la interpretación del artículo 3 que realizaba el TEDH, la asumieron y la acabaron respaldando claramente cuando en 1994 usaron el Protocolo núm. 11 del CEDH para titular ese artículo «Derecho a elecciones libres», una forma sutil de reconocer su eficacia vertical, de derecho subjetivo, similar al resto de derechos del CEDH. Si bien tampoco han querido ir mucho más allá, como podrían haber hecho codificando detalladamente los derechos electorales, como en 2006 le pidió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, propuesta que fue rechazada por el Comité de Ministros en su Decisión de 11 de junio de 2008.

Una vez normalizado, el contenido del artículo 3 se ha ido perfilando a base de las sentencias del TEDH, como el resto de artículos; si bien el TEDH ha hecho unas precisiones generales que merecen que le dediquemos un epígrafe propio.

III. Los límites de actuación del artículo 3

1. Un derecho subjetivo con un contenido esencial limitado por el margen de apreciación nacional

En la misma STEDH de 2 de marzo de 1987, en la que se afirmaba audazmente que de forma deliberada y consciente los redactores del artículo 3 del Protocolo Adicional quisieron consagrar solemnemente

¹⁰ García Roca, J.: «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3 P1 CEDH)», en García Roca, J., Santolaya, P. (dirs.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed. corr. y aum. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 927.

los derechos de sufragio activo y pasivo, el TEDH añadía un par de párrafos después que esos derechos no eran absolutos. Curiosamente, para argumentar esa afirmación leía el artículo 3 de una forma poco congruente con su afirmación previa sobre la solemnidad de su consagración: «El artículo 3, al reconocerlos sin enunciarlos expresamente ni mucho menos definirlos, deja abierta la puerta para limitaciones implícitas» (§52). Y esa puerta de las limitaciones la pueden abrir o cerrar los Estados en virtud del «amplio margen de apreciación» que disfrutaban en esta materia, si bien el TEDH se reserva su control: «pero corresponde al Tribunal resolver, en última instancia, sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo núm. 1; y ha de asegurarse de que los requisitos establecidos no disminuyen los derechos de que se trata hasta afectarles en su propia esencia y hacerlos totalmente ineficaces; y de que persiguen una finalidad legítima con medios que guardan, a este respecto, la debida proporción» (§52). A lo largo de los años el TEDH ha ido perfilando los límites del margen de apreciación nacional: la decisión no puede afectar a la esencia del derecho, debe estar fijada en la ley y ser proporcional para alcanzar un fin legítimo, etc.¹¹ Recientemente, incluso lo ha usado para admitir la diferente protección de las minorías en el interior de un Estado federal.¹² Sin duda, como han notado algunos autores, el abuso de la doctrina del margen de apreciación puede ser peligroso porque afectaría a la uniformidad del derecho de sufragio, incluso podría dar lugar a dictar sentencias contradictorias,¹³ pero creo que los beneficios superan a los inconvenientes porque permite que el Tribunal tenga en cuenta las

11 Cfr. Sánchez-Molina, P.: «El margen de apreciación nacional en las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos relativas al derecho a elecciones libres», *Estudios de Deusto*, enero-junio de 2014, pp. 381-383.

12 STEDH de 28 de enero de 2016, caso *Die Friesen c. Alemania*. Cfr. Pieter Cannoot, «Partei Die Friesen v. Germany: Federalism trumps uniform protection of national minority rights», *Blog Strasbourg Observers*, febrero de 2016. <https://strasbourgeoisobservers.com/2016/02/16/partei-die-friesen-v-germany-federalism-trumps-uniform-protection-of-national-minority-rights/>.

13 Por toda la doctrina que ha advertido del riesgo del margen de apreciación, vid. Jacquemot, F.: «Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt Zdanoka», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 73, 2008, p. 195.

circunstancias históricas y políticas específicas de cada país. Lógicamente y como ya sabían los clásicos cuando recomendaban la epiqueya, se trata de un instrumento que es necesario usar con sabiduría y moderación.

Ya se ha adelantado que en el caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica* el TEDH concluyó –en contra del criterio de la Comisión– que Bélgica no había violado el derecho de voto de los demandantes. Así que el TEDH estableció la regla general de considerar que el artículo 3 configura un derecho subjetivo cuya vulneración él puede controlar y luego en el caso concreto señaló que no se había producido esa vulneración. Por eso, llegados a este punto, se me ocurre comparar –*mutatis mutandis*– esta STEDH con la famosísima Sentencia *Marbury v. Madison* del Tribunal Supremo americano, en la que como es sabido, el juez John Marshall y los suyos fallaron en 1803 a favor del Secretario de Estado Madison (con un alambicado razonamiento que les llevó a declarar la inconstitucionalidad de una ley, en el que ahora no es posible detenerse), mientras establecían el principio de la revisión judicial de las decisiones de los poderes legislativo y ejecutivo, no declarado expresamente en la Constitución de 1789. Hilando un poco más fino, incluso podríamos decir que mientras en *Marbury v. Madison* el Tribunal Supremo crea la teoría de los actos políticos (*political question doctrine*) que le permite evitarse tener que controlar todos los actos de los otros poderes, en *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica* el TEDH usa su teoría del margen nacional de apreciación con una amplitud que no le había dado desde su *descubrimiento* en la STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. el Reino Unido* permitiendo así una menor presión sobre los Estados en un tema tan sensible como el Derecho electoral.

2. Un derecho subjetivo que solo se proyecta sobre las elecciones legislativas

El artículo 3 del Protocolo proyecta los derechos electorales «en la elección del cuerpo legislativo», lo que inmediatamente lleva a pensar qué tipo de elecciones pueden ser controladas por el TEDH, empezando lógicamente por las elecciones a los Parlamentos de

cada uno de los Estados firmantes. Precisamente, en la primera y multicitada sentencia sobre el artículo 3, la STEDH de 2 de marzo de 1987, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, el Tribunal tuvo ocasión de hacer una primera interpretación extensiva del concepto «cuerpo legislativo» («the legislature», en la versión inglesa del Protocolo) ya que razonó que no incluye únicamente al Parlamento nacional, sino que hay que interpretarlo «a la vista de la estructura constitucional del Estado de que se trate» (§ 53) y en el caso concreto de Bélgica, no había duda de la capacidad legislativa de los Consejos flamenco, de la comunidad francesa y del regional valón. Me parece importante señalar que esta visión del poder legislativo fue plenamente admitida por el Gobierno belga, lo que sin duda facilitó la interpretación del Tribunal. En fin, la propia Comisión había mantenido previamente en varias decisiones una interpretación similar del poder legislativo con relación a las regiones belgas después de la reforma constitucional de 1980 (DCEDH de 12 de julio de 1983, caso *Serge Moureaux c. Bélgica*) y los Länder austriacos (DCEDH de 12 de julio de 1976, caso *X c. Austria*).

Lógicamente, una vez establecida la regla de que los entes subestatales con capacidad legislativa se incluyen dentro del poder legislativo del artículo 3 del Protocolo, el TEDH ha ido admitiendo recursos en los que se discutían decisiones relacionadas con este tipo de poderes de los Estados compuestos europeos como por ejemplo contra España (DTEDH de 7 de junio de 2001, caso *Federación Nacionalista Canaria c. España*) y contra Italia (STEDH de 1 de julio de 2004, caso *Vito Sante Santoro c. Italia*). En sentido contrario, ha considerado que los Consejos regionales franceses no gozan de poder legislativo, por lo que las elecciones a esos entes administrativos no están amparadas por el CEDH (DTEDH de 5 de septiembre de 2000, caso *Malarde c. Francia*); pero sí –en contra de la opinión del Gobierno francés– las elecciones al Congreso de Nueva Caledonia porque éste tiene atribuidas funciones legislativas (STEDH de 11 de enero de 2000, caso *Py c. Francia*).

Y una vez que se ha considerado que el artículo 3 no se refiere exclusivamente al Poder legislativo general de los Estados sino que incluye también los poderes legislativos subestatales, no es extraño que el TEDH haya considerado que también el Parlamento Europeo forma parte del «cuerpo legislativo» de un Estado, si bien esa interpretación no gozó del mismo consenso doctrinal, empezando por el voto particular de la sentencia en la que formuló esa interpretación, la STEDH [GC] de 18 de febrero de 1999, caso *Matthews c. el Reino Unido*. Crítica que además en España se vio reforzada por el hecho de que el asunto giraba sobre el derecho de voto de los gibraltareños, lo que para algunos autores debería de haber llevado al Tribunal a tener en cuenta que se trataba de una colonia y a haber incluido en su interpretación el artículo 56 del CEDH, pensado para estos territorios.¹⁴ Quince años después, y algunas otras sentencias en las que se vuelve a incluir al Parlamento Europeo dentro del campo del artículo 3 (como la STEDH de 12 de noviembre de 2013, caso *Occhetto c. Italia*) me parece que no hay dudas de la validez del argumento central del TEDH para su conclusión: el Parlamento Europeo tiene competencias legislativas que afectan a los ciudadanos de los Estados miembros, que tienen la obligación de garantizar los derechos electorales de sus ciudadanos. Por mi cuenta y riesgo añado una razón secundaria: las elecciones al Parlamento Europeo todavía se rigen por leyes nacionales y no por una norma europea por lo que los distintos derechos electorales se regulan, en principio por esos Estados miembros y no por la Unión.¹⁵

En sentido contrario, el TEDH ha negado que el artículo 3 pueda aplicarse a las elecciones locales ya que las normas que aprueban los municipios de los Estados miembros no tienen rango de ley (STEDH de 15 de junio de 2000, caso *Xuereb c. Malta*; DTEDH de 12 de octubre

¹⁴ Vid. el resumen de la STEDH y sus críticas en Lasagabaster Herrarte, I.: «Artículo 3: derecho a elecciones libres», en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 933 y ss.

¹⁵ Ruiz Robledo, A.: «La creación de un sistema electoral uniforme para el Europarlamento», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 8 extraordinario, 1999, *in totum* y en especial p. 305.

de 2000, caso *Salleras Llinares c. España*). Interpretación que no ha dejado de plantear dudas y críticas doctrinales, más cuando algunos autores han considerado que en la STEDH de 6 de abril de 2000, caso *Labita c. Italia*, el TEDH entra a discutir si en unas elecciones locales concretas se ha violado o no el artículo 3. Sin embargo, en mi particular opinión en esa sentencia –en el que el derecho de sufragio ocupa un papel secundario– el Tribunal no se centra en unas elecciones locales, de hecho ni se mencionan en los fundamentos jurídicos (párrafos 198-203) sino en los antecedentes cuando se explica la decisión de excluir al demandante del censo electoral (ciertamente por un Comité Electoral Municipal, párrafos 77-82) lo que suponía privarle del derecho de sufragio en todas las elecciones. No está de más señalar que aunque la democracia local no esté protegida por el artículo 3 del Protocolo, el TEDH ha encontrado otros artículos para defender el derecho de los ciudadanos «a participar en las decisiones de los procedimientos administrativos».¹⁶

En cualquier caso, la propuesta más interesante para aplicar el artículo 3 a las elecciones locales es la realizada por Javier García Roca: teniendo en cuenta que en la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 del Consejo de Europa se señala en su preámbulo que los municipios son unos de los principios fundamentales del régimen democrático y en su texto se afirma que la autonomía local se ejerce por asambleas integradas por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, habría que realizar «una interpretación evolutiva que incluya con claridad a las asambleas locales en la garantía»¹⁷. Sin embargo, me parece que la Carta no enmienda a la CEDH: una cosa es que los municipios sean un pilar de la democracia y que sus órganos de gobierno sean democráticos y otra que aprueben normas con rango de ley. Olvidarse de esa diferencia

¹⁶ Sobre estas otras vías, cfr. Flauss, J.-F.: «L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative», *Revue française d'administration publique*, 1/2011, núms. 137-138, pp. 51 y ss.

¹⁷ García Roca, J.: «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3 P1 CEDH)», cit., p. 911.

e incluir a los municipios dentro del poder legislativo es forzar las categorías y puede llevar al TEDH a un activismo judicial mayor del que ya tiene. Personalmente, me inclino por no difuminar los límites entre la creación del Derecho y su interpretación, lo que me lleva en este punto a defender que debería redactarse un nuevo protocolo del CEDH en el que se amplíe el ámbito de actuación del derecho a participar en elecciones libres, incluso con el detalle que pretendía la Comisión de Venecia en su Código de Buenas Prácticas Electorales y que –como ya he comentado antes– fue rechazado por el Comité de Ministros en 2007. Dicho esto, también es conveniente señalar que el TEDH ha utilizado en algunas sentencias ese Código, que con otros textos de la Comisión de Venecia (cuyo nombre oficial es el de Comisión Europea para la democracia por medio del Derecho: European Commission for Democracy through the Law) y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa forman un *soft law* que puede servir para apoyar los razonamientos del TEDH e interpretar «el campo exacto de actuación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio».¹⁸

Por las mismas razones de respetar el contenido del artículo 3 y evitar que su interpretación lo haga irreconocible, me parece acertada la jurisprudencia del TEDH en la que se niega que las elecciones presidenciales sean elecciones a un «cuerpo legislativo» (SSTEDH de 6 de enero de 2011, caso *Paksas c. Lituania* y de 4 de julio de 2013 *Anchugov c. Rusia*). Sentencias, por cierto, que venían precedidas por un par de decisiones en las que no se descartaba *a priori* que las elecciones presidenciales pudieran ser elecciones legislativas, si bien en los dos casos concretos analizados, de Macedonia y Portugal, se consideraba que no lo eran (DDTEDH de 2 de septiembre de 2004, caso *Boskoski c. la ex-República yugoslava de Macedonia* y de 17 de junio de 2008 caso *Brita Da Silva Guerra c. Portugal*), lo que había dado pie a cierta doctrina a reflexionar sobre la posibilidad de considerar al Presidente de Francia

¹⁸ Golubok, S.: «Right to free elections: Emerging guarantees or two layers of protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 27, 2009, pp. 383 y ss.

un poder legislativo.¹⁹ Igualmente, los referendos no están protegidos por el artículo 3 del Protocolo Adicional, ni siquiera en el caso de que se trate de un referendo abrogativo (D TEDH de 20 de junio de 2002, caso *Borghi c. Italia*).

IV. El contenido esencial controlable por el TEDH

1. El derecho de sufragio activo

En una sociedad democrática todas las personas que la componen deben tener en principio el derecho de participar en las elecciones legislativas, si bien para que las elecciones sean serias las legislaciones electorales deben de establecer una edad mínima para votar, sin que el TEDH haya precisado cual es la edad en la que se adquiere la «madurez suficiente» para tener criterio propio en los asuntos públicos, que queda dentro del margen de apreciación de cada Estado (STEDH [GS] de 6 de octubre de 2005, caso *Hirst c. Reino Unido*, § 62).

Por otra parte, el derecho a votar se contempla como un elemento de la ciudadanía por lo que se le puede conceder exclusivamente a los nacionales del Estado y excluir a los extranjeros que residan permanentemente en él sin violar el artículo 3. Sí que se viola si se establece una prohibición general de votar a los ciudadanos que tengan una segunda nacionalidad, medida que únicamente podría adoptarse en una situación de excepción que pusiera en riesgo la seguridad del Estado (STEDH de 27 de abril de 2010, caso *Tanase c. Moldavia*). O cuando se priva a una minoría de la capacidad de votar, bien de forma absoluta como sucedía con los pocos más de mil turco-chipriotas residentes en la parte griega de Chipre que estaban privados del derecho de sufragio (STEDH de 22 de septiembre de 2004, caso *Aziz c. Chipre*), bien de forma relativa y sutil, estableciendo un confuso sistema

¹⁹ Cfr. Duarte, B.: «Le chef de l'État: un "corps législatif" au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, núm. 79, pp. 495 y ss.

electoral que en la práctica hace que una minoría no pueda elegir a su representante, como le sucedió a la minoría italiana en Rumanía que vio como en las elecciones legislativas de 2000 la Comisión Electoral no proclamó diputado al candidato más votado de esa minoría, sino a otro (STEDH de 2 de marzo de 2010, caso *Grosaru c. Rumanía*).

Igualmente, el Tribunal ha estimado que no viola el artículo 3 exigir la residencia en el territorio nacional, quedando dentro del margen de apreciación de los Estados decidir si se les garantiza o se les priva del derecho de voto a los ciudadanos que lleven un determinado número de años residiendo en el extranjero (DTEDH de 7 de febrero de 2007, caso *Doyle c. el Reino Unido* y STEDH de 7 de mayo de 2013, caso *Shindler c. el Reino Unido*). Como tampoco lo viola que una Constitución nacional prevea el derecho de voto de los residentes en el extranjero y sin embargo el Estado no haya tomado ninguna medida concreta en ese sentido, obligando por tanto a desplazarse al territorio nacional a los que quieran hacer efectivo su derecho (STEDH [GC] de 15 de marzo de 2012, caso *Sitaropoulos y Giakoumopoulos c. Grecia*). Con cierto sector doctrinal,²⁰ me parece que en este caso no estuve especialmente acertado el TEDH porque un Estado que reconoce el derecho de voto a los nacionales que estén en el extranjero debería de verse compelido a arbitrar medidas para hacer efectivo ese derecho, primero por el derecho mismo que queda muy debilitado y después por la diferencia de trato entre ciudadanos: no es lo mismo desplazarse de un país vecino en el que se resida (digamos desde Italia a Grecia) que desde otro que esté lejos (en Australia, donde hay una importante comunidad griega).

El TEDH ha admitido que incluso en casos excepcionales se puede exigir a los nacionales un plazo de residencia en el territorio en el que se realicen las elecciones, de tal forma que se impida que los recién llegados pueda alterar el resultado electoral. Por eso, no viola el artículo

²⁰ Por toda la doctrina crítica con el TEDH vid. Besson, S., y Graf-Brugère, A.-L.: «Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des Etats (Cour eur. dr. h., arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 25e année, núm. 100, octubre de 2014, p. 957.

3 del Protocolo 1, la exigencia de diez años de residencia en Nueva Caledonia a los franceses que quisieran votar en las elecciones al Congreso de ese territorio autónomo, interpretación a la que ayuda tanto que el Gobierno francés firmó el Convenio y el Protocolo advirtiendo que estos se aplicarían en los territorios de Ultramar teniendo en cuenta «las necesidades locales» como que el Comité de Derechos Humanos de la ONU había avalado el plazo de diez años, producto de un pacto político entre el Gobierno y las fuerzas independentistas (STEDH de 11 de enero de 2000, caso *Py c. Francia*). Sí que se viola si se descalifica a un candidato alegando que su residencia real estaba en el extranjero, cuando la residencia oficial era su país y la estancia en el extranjero lo era como refugiado político, dado el peligro que corría su vida (STEDH de 30 de marzo de 2005, caso *Melnychenko c. Ucrania*).

Si la nacionalidad y la edad son requisitos generales que establecen todos los Estados, además las legislaciones nacionales prevén determinadas circunstancias que implican la pérdida del derecho de voto. Así, por ejemplo, en España el artículo 3.1 de la LOREG establece que carecen del derecho al sufragio los condenados por sentencia judicial firme a la pena de privación del derecho de sufragio, los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme y los internados en un hospital psiquiátrico siempre que así lo estime la resolución judicial autorizando el internamiento. El primer requisito que deben cumplir este tipo de privaciones del derecho de voto es el de responder a un fin legítimo relacionado con el artículo 3, otro concepto de creación pretoriana del que el TEDH ha hecho un amplio uso.²¹ No lo es, por ejemplo, privar del derecho de voto a los demandados por concurso de acreedores en los procesos civiles, como establecía la ley italiana (SSTEDH de 23 de marzo de 2006, caso *Albanese c. Italia* y 3 de julio de 2006 *Campagnano c. Italia*). Una vez superado ese primer test del fin legítimo, lo decisivo para que estas restricciones no violen

²¹ Sobre el fin legítimo que permite restricciones al derecho de voto, cfr. Natale, V.: «Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 68/2006, pp. 951 y ss.

el derecho de sufragio activo es que las leyes las prevean de forma individual, decididas judicialmente caso a caso –como dice ahora la LOREG– y no sean privaciones con carácter general y automático, como establecía la legislación húngara para todas las personas con discapacidad mental (STEDH de 20 de mayo de 2010, caso *Alajos Kiss c. Hungría*) o la inglesa para todos los condenados a penas de prisión sin tener en cuenta la gravedad del delito cometido ni las circunstancias personales de los delincuentes (STEDH [GS] de 6 de octubre de 2005, caso *Hirst c. Reino Unido*), decisión por cierto que supuso una gran tensión entre el Tribunal y uno de los *founding fathers* del Convenio, todavía no resuelta, hasta el punto de que el Reino Unido no ha modificado su legislación penal. Especificando todavía más, el Tribunal consideró después que fijar la privación del derecho de voto para todos los condenados a una pena superior a un año, también viola el artículo 3 del Protocolo porque no es proporcional (STEDH de 8 de abril de 2010, caso *Frodl c. Austria*); lo mismo que mantener la prohibición de votar después de haber cumplido la condena de prisión (STEDH de 17 de septiembre de 2013, caso *Söyler c. Turquía*). Posteriormente, el Tribunal estimó que no se viola el derecho de sufragio cuando la ley establece ella misma los casos en los que los condenados pierden ese derecho: para determinados delitos (básicamente contra el interés del Estado) y cuando la pena excede de tres años (STEDH [GC] de 22 de mayo de 2012, caso *Scoppola c. Italia*), decisión que tiene cierto aire de rectificación implícita de su anterior jurisprudencia, buscando una sentencia salomónica que conserve el núcleo de *Hirst* pero evitando sus aspectos más expansivos para los Estados miembros.²²

2. El derecho de sufragio pasivo

El derecho a presentarse candidato a las elecciones legislativas puede ser limitado por las legislaciones nacionales, que según el TEDH,

²² Sobre este giro jurisprudencial cfr. Baade, B.: «Eine "Charta für Kriminelle"?: Zur demokratietheoretischen Kritik am EGMR und dem aktiven Wahlrecht von Strafgefangenen», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 51, núm. 3, septiembre de 2013, pp. 367 y ss.

tienen aquí un margen de decisión más amplio que en el caso del sufragio activo (STEDH de 20 de junio de 2009, caso *Etxeberria y otros c. España*), siempre teniendo en cuenta que ni la decisión puede ser arbitraria ni puede usarse para violar otros derechos, como el derecho de igualdad. Así, por ejemplo, la prohibición de presentarse a las elecciones que pesaba sobre los católicos y los judíos bosnios que establecía la ley electoral de Bosnia-Herzegovina fue declarada una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3 del Protocolo 1 (STEDH [GC] 22 de diciembre de 2009, caso *Sejdi c. Bosnia-Herzegovina*). En sentido contrario, es conforme con el CEDH el rechazo de una candidatura que se considera la continuación de un partido ilegalizado judicialmente por su apoyo al terrorismo (el ya citado caso *Etxeberria y otros c. España*) o por haber respaldado un golpe de Estado en una democracia frágil y todavía no consolidada (STEDH [GC] de 16 de marzo de 2006, caso *Ždanoka c. Letonia*). No está de más señalar que la propia ilegalización de un partido puede ser controlada por el TEDH –y así lo ha hecho en diferentes ocasiones– atendiendo a la libertad de asociación que consagra el artículo 11 del CEDH (por todas, STEDH [GC] de 13 de febrero de 2003, *Refah Partisi y otros c. Turquía*). También ha admitido el Tribunal que, atendiendo a razones históricas y dentro del margen de apreciación nacional, un Estado exija el conocimiento de la lengua oficial de trabajo del Parlamento siempre y cuando el órgano que tome la decisión de exclusión de los candidatos sea un órgano imparcial (STEDH de 9 de abril de 2002, caso *Podkolzina c. Letonia*, en donde se condena a Letonia porque no garantizaba la objetividad del órgano encargo de controlar el nivel de conocimiento del letón de los candidatos). En cualquier caso, un Estado viola el derecho de ser candidato cuando el Parlamento destituye al Presidente de la República y le priva del derecho de postularse candidato de por vida (STEDH [GC] de 6 de enero de 2011, caso *Paksas c. Lituania*) o cuando se priva a un antiguo miembro del KGB de la posibilidad de ser candidato cuando la democracia ya está suficientemente consolidada y no consta que la persona en cuestión haya ejercido ninguna actividad

contra la independencia del país (STEDH de 24 de junio de 2008, caso *Damsons c. Letonia*) o cuando establece unos desproporcionados requisitos formales para poder ser proclamado candidato (STEDH de 17 de julio de 2007, caso *Krasnov y Skuratov c. Rusia*).

Igualmente los Estados pueden declarar inelegibles unos determinados cargos públicos en unas determinadas circunscripciones con el objetivo de evitar que el electorado pueda ser presionado por ellos, teniendo en cuenta que los casos dudosos que pueda originar la norma (en el caso concreto, la Constitución griega) deben ser resueltos por un tribunal independiente (STEDH de 1 julio 1997, caso *Gitonas y otros c. Grecia*). Es más, la legislación electoral puede declarar inelegibles a los funcionarios locales (STEDH de 2 de septiembre de 1998, caso *Ahmed y otros c. el Reino Unido*), incluso a todos los funcionarios como forma de garantizar la independencia de la función pública (STEDH de 29 de junio de 2000, caso *Brike c. Letonia*).

No es inusual que las legislaciones nacionales establezcan ciertas medidas para dificultar la dispersión de ofertas electorales, dificultando la presentación de candidaturas muy minoritarias o poco serias y evitar gastos excesivos en la organización de las elecciones, como exigir el pago de un depósito o reunir un determinado número de firmas de electores; medidas que en general el TEDH ha considerado que son compatibles con el artículo 3 del Protocolo núm. 1 siempre que no sean ni arbitrarias ni desproporcionadas. Así, ha declarado que no viola este artículo la exigencia de un depósito de una cantidad razonable y no discriminatoria, incluso aunque no se prevea el reembolso para los candidaturas que obtengan un determinado número de votos (STEDH de 28 de marzo de 2006, caso *Sukhovetsky c. Ucrania*). Tampoco viola el artículo 3 exigir 100.000 firmas de votantes que representan el 0,55% del censo electoral (STEDH de 6 de marzo de 1994, caso *Miahela Mihau Neagu c. Rumania*). Por eso, ni siquiera fue admitido a trámite un recurso contra España porque la LOREG exigía, a partir de 2011, que aquellos partidos que no hubieran obtenido parlamentarios en las elecciones anteriores necesitarían un mínimo de 0,10% de firmas de los

electores inscritos en el censo electoral de cada circunscripción en la que quisieran presentarse (DTEDH 26 de mayo de 2015, caso *Soberanía de la Razón c. España*). Ahora bien, un Estado sí viola el derecho a ser candidato cuando el ente encargado de verificar esos requisitos no es un ente autónomo del Gobierno y no se prevé un recurso judicial contra su decisión (STEDH de 11 de junio de 2015, caso *Tahirov c. Azerbaiyán*).

También hay muchas legislaciones que establecen mecanismos para evitar la excesiva fragmentación de las Cámaras legislativas, empezando por el sistema mayoritario, que ya hemos visto más arriba cómo fue uno de los problemas para que se incluyeran los derechos electorales en el CEDH porque el Gobierno británico quería evitar que el Convenio pudiera usarse contra su sistema mayoritario. Precisamente, el TEDH ha afirmado reiteradamente desde su STEDH [GC] de 18 de febrero de 1999, caso *Matthews c. el Reino Unido*, que los sistemas electorales son reflejo de la historia particular de cada Estado y pueden responder a distintos fines por lo que el artículo 3 no consagra un sistema electoral concreto. Lo que exige –y no es poco– es que el sistema adoptado respete la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del poder legislativo.²³ Dicho esto, no puede extrañar que no considere una violación del Convenio ni las listas electorales cerradas (DTEDH de 13 de marzo de 2012, caso *Saccomanno c. Italia*), ni las barreras electorales sea cuál sea el porcentaje que se exija: el 5% en el total nacional (DTEDH de 29 de noviembre de 2007, caso *Partija «Jaunie Demokrati» y Partija «Musu Zeme» c. Letonia*), 6% en el total territorial o, alternativamente, 30% en una isla (DTEDH de 7 de junio de 2001, caso *Federación Nacionalista Canaria c. España*) o incluso del 10% (STEDH [GC] de 30 de enero de 2007, caso *Yumak y Sadak c. Turquía*), si bien en esta última sentencia se parte de considerar en general excesivo ese porcentaje para terminar afirmando que en ese caso concreto, en el que se permiten las

23 Cfr. Levinet, M.: «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. La confirmation de l'autonomie des États en matière de choix des systèmes électoraux. Brèves réflexions sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Yumak et Sadak c/Turquie (Gr. Ch., 8 juillet 2008)», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/2, núm. 78, pp. 423-430.

coaliciones, no se ha vulnerado el derecho de sufragio, conclusión que – en las atinadas palabras de Martín-Retortillo– «está llena de matices y no puede dejar de traslucir una cierta sensación de insatisfacción».²⁴

3. El derecho a mantenerse en el cargo representativo

Los derechos electorales serían una burla si, una vez conseguido el escaño, el electo pudiera perderlo por una decisión arbitraria del Gobierno o de la mayoría parlamentaria. Por eso, se viola el artículo 3 del Protocolo si el propio Parlamento aprueba un régimen de incompatibilidades no anunciado antes de las elecciones y se pretende aplicar a los miembros del Parlamento elegidos previamente cuando no estaba vigente el nuevo régimen. Es más, el TEDH considera que esa nueva ley –en el caso concreto la incompatibilidad absoluta entre ser diputado y el ejercicio de la abogacía– aplicada retroactivamente «vuelve ilusorios» no solo los derechos de los candidatos sino también la de los electores (STEDH de 15 de junio de 2006, caso *Lykourazos c. Grecia*, § 56), jurisprudencia que posiblemente tuvo en cuenta la polémica Ley andaluza 9/2011 de modificación de la Ley Electoral que creaba la incompatibilidad de los alcaldes y presidentes de diputación ya que su disposición final ordenaba que esa incompatibilidad solo se aplicaría a los electos en los procesos electorales posteriores a la entrada en vigor de la norma; por lo que no triunfó el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno central interpuso (STC 155/2014, de 25 de septiembre). Igualmente el TEDH no admite que se respete el artículo 3 cuando se priva de forma automática de su condición a los diputados afiliados a un partido político que posteriormente a las elecciones ha sido ilegalizado por defender la ruptura del territorio nacional (STEDH de 11 de junio de 2002, caso *Sadak y otros c. Turquía*).

El derecho de permanecer en el cargo es un derecho individual, de cada uno de los parlamentarios electos según enseña la teoría

²⁴ Martín-Retortillo Baquer, L.: «Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 94.

del mandato representativo y la idea del Parlamento como el centro decisorio del Estado en el que se elabora la ley por el libre debate de los representantes del pueblo. Y estas ideas se siguen manteniendo en los Estados europeos actuales, con la contundencia del artículo 67.2 de la Constitución española: «Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo». Sin embargo, en la vida diaria muchos operadores políticos tienen el convencimiento de que los escaños son de los partidos y no de los individuos que lo ocupan hasta el punto de hacerles firmar a sus diputados un escrito de renuncia con la fecha en blanco para que los jefes de los partidos puedan ponerla cuando crean conveniente. Pues bien, esa práctica ha llegado al TEDH, que la ha considerado contraria al artículo 3 del Protocolo y ha exigido que la dimisión solo puede ser presentada por el propio parlamentario, sin que sea suficiente su firma (STEDH de 24 de mayo de 2016, caso *Paunovic y Milivojevic c. Serbia*). No hay violación si un diputado dimitió debido a un pacto previo entre partidos –o por cualquier otro motivo– y después cambia de opinión y quiere recuperar su escaño (DTEDH de 12 de noviembre de 2013, caso *Occhetto c. Italia*).

4. Las obligaciones generales de los Estados

Haciendo honor al tenor literal del artículo 3 («Las Altas Partes Contratantes se comprometen a...») y siguiendo su doctrina de las obligaciones positivas que crea el CEDH para los Estados,²⁵ el TEDH considera que para garantizar los derechos electorales de los ciudadanos no basta con que los Estados adopten la tradicional posición abstencionista de respetar el ámbito de actuación de los ciudadanos, sino que tienen una serie de obligaciones positivas, empezando, lógicamente, por la celebración de las propias elecciones libres; si bien dada su complejidad y las distintas tradiciones históricas,

²⁵ Por todos los estudios sobre las obligaciones positivas, vid. Mowbray, A.: *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart Publishing, 2004.

los Estados tienen un amplio margen de decisión para organizarlas. Lo cual no implica que en ciertos supuestos no se puedan violar los derechos electorales, como por ejemplo creando un complicado sistema para que los ciudadanos se inscriban en el censo electoral o diseñando una Administración electoral que no sea independiente (STEDH de 8 de julio de 2008, caso *Partido Laborista Georgiano c. Georgia*; aunque tras la reflexión general, la sentencia considera que teniendo en cuenta sus circunstancias históricas Georgia no había violado el Convenio). Sí que consideró que se había violado el artículo 3 en un caso un tanto enrevesado: unos delegados gubernamentales alteraron algunos votos de unas circunscripciones, pero sin llegar a cambiar el resultado, favorable a la oposición; sin embargo, la Administración electoral, basándose en esas alteraciones anuló las actas, sin además prever ningún tipo de repetición de las elecciones. Es decir, que lo que realmente hizo la Administración electoral fue ayudar a los delegados gubernamentales a lograr su objetivo de obstruir las elecciones para que los candidatos opositores vencedores no pudieran ser proclamados diputados (STEDH de 30 de septiembre de 2010, caso *Kerimova c. Azerbaiyán*). También si la Administración electoral calcula de forma diferente el resultado de unas elecciones, tomando en cuenta los votos en blanco en unas circunscripciones y en otras no (STEDH de 10 de abril de 2008, caso *Paschalidis, Koutmeridis y Zaharakis c. Grecia*, donde da la razón a estos tres diputados del PASOK que habían perdido su escaño debido a una sentencia del Tribunal Supremo que afectaba únicamente a su circunscripción).

En la organización de las elecciones, el Estado debe mantenerse neutral de tal forma que si se ponen a disposición de los candidatos medios estatales –como la televisión pública– el reparto de los tiempos de uso no puede ser arbitrario, como sucede si se permite que unos partidos puedan emitir sus mensajes en la televisión pública mientras se le prohíbe a otros sin ninguna razón admisible (DTEDH de 29 de noviembre de 2007, caso *Partija «Jaunie Demokrati» y Partija «Musu Zeme» c. Letonia*). Por el contrario, no hay violación si

la diferencia de trato tiene un fin legítimo y es proporcional, como el caso de exigir un determinado nivel de representatividad para que los partidos reciban fondos públicos con el objetivo de evitar la excesiva fragmentación política (STEDH de 10 de mayo de 2012, caso ÖDP c. Turquía).

La obligación del Estado de ser neutral también implica que los medios públicos de comunicación deben informar de todos los partidos de una forma neutral y garantizando dar noticias de los partidos de la oposición (STEDH de 19 de junio de 2012, caso *Partido Comunista y otros c. Rusia*). También se rompe esa neutralidad y se viola el derecho al voto libre si se organiza el voto de los militares en sus cuarteles sin que haya ninguna situación excepcional que lo justifique, colocando a los mandos militares en una situación en la que pueden influir sobre el sentido del voto de sus subordinados (STEDH de 25 de septiembre de 2014, caso *Karimov c. Azerbayán*).

En fin, en la interrelación entre los derechos consagrados en el CEDH (como hemos visto más arriba que sucedía en un par de casos en la que el derecho al sufragio se relacionaba con el derecho a la igualdad y con la libertad de asociación), el TEDH a veces ha analizado legislación electoral desde la perspectiva de otros derechos convencionales, muy especialmente de la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del CEDH ya que –en palabras del propio TEDH– esta libertad es una condición necesaria para «asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo» (STEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Bowman c. el Reino Unido*, § 42), doctrina que le llevó en esa sentencia a condenar al Reino Unido por violación del artículo 10 al haber sancionado a un grupo antiabortista por superar el límite legal de gasto en periodo electoral. De igual forma, la prohibición de emitir publicidad política en las campañas electorales en Noruega ha sido considerada por el Tribunal una violación de la libertad de expresión porque dejaba al pequeño partido demandante sin posibilidad de hacer llegar a los electores sus propuestas (STEDH de 11 de diciembre de 2008, caso *TV Vest AS y Rogaland Pensjonistparti c. Noruega*).

V. Conclusiones

La interpretación que ha realizado el TEDH del artículo 3 del Protocolo Adicional ha supuesto la transformación de lo que, en principio, parecía un mandato general a los Estados que no debería de tener excesiva implicación práctica –dado que todos los miembros del Consejo de Europea eran Estados democráticos– en una norma eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y que ha servido para mejorar las legislaciones y prácticas electorales, incluso en los países de gran raigambre democrática, como el Reino Unido. Pero muy especialmente de los Estados del Este de Europa, cuya incorporación al Consejo de Europa en los años noventa ha supuesto –en el brillante símil de Carrillo Salcedo– que éste haya pasado de ser un club de democracias a una escuela de democracia²⁶; aunque en el caso concreto de los derechos electorales uno está tentado de escribir que más que en una escuela con alumnos deseosos de aprender se ha convertido es un reformatorio donde el Tribunal ha tenido que esforzarse para corregir las trampas y triquiñuelas que algunos Gobiernos, sin ninguna ingenuidad juvenil, organizan para conservar el poder y reducir todo lo que pueden el papel de la oposición, quizás porque en el subconsciente de algunos se mantiene viva la cínica afirmación atribuida a Stalin: «lo importante no es quién vota, sino quién cuenta y cómo lo hace».

En el ámbito de la interpretación doctrinal, la gran diversidad de casos que han sido confrontados con el artículo 3 del Protocolo –reiteradamente calificado por el TEDH como crucial para asegurar las bases de la democracia– han dado lugar a una sólida jurisprudencia que traspasa la justicia concreta de cada caso, donde inevitablemente las opiniones no siempre coinciden, sobre todo a la hora de precisar si una determinada decisión puede incluirse o no dentro del margen de decisión estatal. Resumiendo en forma telegráfica –y espero que no grotesca– este cuerpo doctrinal se puede decir que para el TEDH el derecho de voto no es un privilegio, sino un derecho individual del que solo muy excepcionalmente

²⁶ Carrillo Salcedo, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003, p. 14.

–y siempre por resolución judicial– puede privarse a los ciudadanos. Este derecho debe ejercerse en libertad, lo que significa tanto que los poderes públicos no pueden condicionar arbitrariamente la elección de candidatos como que los votantes no pueden ser «inducidos a votar por un partido u otro» (STEDH de 11 de enero de 2007, caso *Partido Conservador Ruso de Empresarios c. Rusia*, § 71). Por eso, un auténtico voto libre no es solo aquel que se ejerce sin coacción (dimensión subjetiva) sino aquel que se ejerce dentro de una sociedad con un grado de libertad y de opciones plurales que permite a los votantes formarse su propia opinión individual (dimensión objetiva). Para alcanzar este grado de libertad es esencial que el Estado sea neutral y de un trato igual a las diversas candidaturas, muy especialmente debe crear procedimientos tanto para declarar inelegible a un candidato como para controlar el escrutinio electoral que garanticen una «justa, objetiva y suficientemente razonada decisión» que impida cualquier abuso de las autoridades (STEDH de 7 de febrero de 2008, caso *Kovach c. Ucrania*, § 54).

VI. Bibliografía

- Besson, S., Graf-Brugère, A.-L.: «Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des Etats (Cour eur. dr. h., arrêt Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, 15 mars 2012)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 25e année, núm. 100, octubre de 2014, pp. 937-958.
- Baade, B.: «Eine «Charta für Kriminelle»? Zur demokratietheoretischen Kritik am EGMR und dem aktiven Wahlrecht von Strafgefangenen», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 51, núm. 3, septiembre de 2013, pp. 339-368.
- Cannoot, P.: «Partei Die Friesen v. Germany: Federalism trumps uniform protection of national minority rights», *Blog Strasbourg Observers*, febrero de 2016, disponible en <<https://strasbourgobservers.com/2016/02/16/partei-die-friesen-v-germany-federalism-trumps-uniform-protection-of-national-minority-rights>>.

- Cassin, R.: «La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 79, 1951, pp. 240-367.
- Carrillo Salcedo, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003.
- Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Amsterdam, Brill-Nijhoff, 1985.
- Duarte, B.: «Le chef de l'État: un "corps législatif" au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, núm. 79, pp. 477-511.
- Flauss, J.-F.: «L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative», *Revue française d'administration publique*, 1/2011, núms. 137-138, pp. 49-58.
- García Roca, J.: «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3 P1 CEDH)», en García Roca, J., Santolaya, P. (dirs.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed. corr. y aum. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 897-927.
- Golubok, S.: «Right to free elections: Emerging guarantees or two layers of protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 27, 2009, pp. 361-390.
- Goy, R.: «La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole Additionnel a la Convention de Rome», *Revue du Droit Public*, núm. 5, 1986, pp. 1.275-1.326.
- Jacquemot, F.: «Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt Zdanoka», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 73, 2008, pp. 195-222.
- Lasagabaster Herrarte, I.: «Artículo 3: derecho a elecciones libres», en Lasagabaster Herrarte, I. (dir), *El Convenio Europeo de Derechos*

- Humanos. Comentario sistemático*. Thomson– Civitas, Madrid, 2004; pp. 928-949.
- Levinet, M.: «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. La confirmation de l'autonomie des États en matière de choix des systèmes électoraux. Brèves réflexions sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Yumak et Sadak c/Turquie (Gr. Ch., 8 juillet 2008)», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/2, núm. 78, pp. 423-430.
- Martín-Retortillo Baquer, L.: «Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Pascua Mateo, F.: *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 17-114.
- Mowbray, A.: *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Natale, V.: «Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 68/2006, pp. 939-972.
- Pérez Alberdi, M. R.: «La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm 88, septiembre-diciembre 2013, pp. 337-366.
- Ruiz Robledo, A.: «La creación de un sistema electoral uniforme para el Parlamento», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 8 extraordinario, 1999, pp. 303-323.
- Sánchez-Molina, P.: «El margen de apreciación nacional en las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos relativas al derecho a elecciones libres», *Estudios de Deusto*, enero-junio de 2014, pp. 371-386.
- Úbeda de Torres, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: Estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid, Reus, 2007.