

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación con la Sentencia dictada por la Sala Primera en el recurso de amparo electoral núm. 2117-2021.

Con el máximo respeto a la posición de la mitad de la Sala, enriquecida por el voto de calidad de su Presidente, y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC, formulo voto particular respecto de la Sentencia, aún sin número, relativa al recurso citado en el encabezamiento.

1. La unánime admisión a trámite del recurso de amparo electoral presentado por dos posibles candidatos a la convocatoria electoral a la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid, inicialmente incluidos en una de las listas electorales, con el respaldo de la Junta Electoral Provincial, y luego excluido de la misma por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Madrid, parecía presagiar -dados los usos del Tribunal- una similar actitud estimatoria por parte de la Sala. En efecto, de entenderse mayoritariamente que no se había producido vulneración alguna de un derecho fundamental, lo lógico hubiera sido que ello se hubiera resuelto con una sencilla providencia de inadmisión, dada la urgencia exigida por el inminente cierre de las candidaturas.

Por el contrario, se optó unánimemente por la admisión a trámite, reconociendo la especial transcendencia constitucional del caso, fundamentada en la ausencia de doctrina del Tribunal al respecto. No obstante, en neto desafío al principio de no contradicción, la Sentencia se dispone a “recoger la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el artículo 23. 2 CE”.

En todo caso, tal especial transcendencia constitucional obliga, por coherencia, a renunciar a mero planteamiento formalista y legalista de la cuestión.

2. Desde un punto de vista formal, llaman la atención dos pasajes de la Sentencia. Es habitual que el Tribunal en sus respuestas a contenciosos electorales -nada prolijas, por cierto- aborde de inmediato las cuestiones relativas a los derechos fundamentales en juego. En este caso, sin embargo, arranca con una discrepancia procesal entre el abogado de los recurrentes y el fiscal sobre la exigencia o no su emplazamiento. La perentoriedad de los plazos del proceso electoral (STC 71/1995, de 11 de mayo, FJ 2) imponía postergar el examen de esta controversia, para analizar directamente la vulneración del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE).

Más llamativo aún es que en el fundamento cuarto, que anuncia ya la desestimación del amparo, se minusvalore la ineludible necesidad de apuntar a la interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales en juego, en este caso del derecho de sufragio (SSTC 76/1987, de 25 de mayo, FJ 2; 24/1990, de 15 de febrero, FF JJ 2 y 6; 26/1990, de 19 de febrero, FF JJ 4 y 9; 87/1999, de 25 de mayo, FJ 3; 146/1999, de 27 de julio, FJ 6; y 153/2003, de 17 de julio, FJ 7, entre otras).

Queda relegada al furgón de cola argumental, aunque -eso sí- reconociendo con aire de *obiter dictum* que “adquiere una especial densidad constitucional que se manifiesta en la obligación (...) de que tanto la Administración electoral como los Jueces y Tribunales al revisar los actos y resoluciones dictados por aquélla, opten por la interpretación de la legalidad más favorable a la eficacia de tales derechos” (STC 87 /1999, de 25 de mayo FJ 3)”. El resultado será para la mayoría de la Sala que “tal interpretación no puede admitirse. En primer lugar, porque convierte en inane y meramente potestativa la regla del art. 2.2” de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid.

3. No vendrá mal recordar que a lo que se reconoció especial transcendencia constitucional, justificando la admisión a trámite del recurso, es a dilucidar si los recurrentes son o no elegibles en la inmediata cita electoral, ya que este es el exclusivo objeto de su demanda de amparo, sin que surja pretensión alguna de ser electores. De ahí lo llamativo del mantra de la Sentencia, que repite hasta la saciedad que “para ser elegible es preciso tener la condición de elector”.

Para intentar encontrar fundamento a tan curioso matrimonio, se apoya la Sentencia en una muy peculiar resolución anterior, citada hasta la saciedad, que no deja de reconocer - sintomáticamente- que no se ocupa de un proceso “de los denominados recursos de amparo

electoral”. Se trata de la STC 144/1999, de 22 de julio, que se ocupó del mediáticamente conocido como Caso Hormaechea. Por su condena penal quedaba “privado temporalmente del ejercicio de su derecho de sufragio activo y pasivo”. De ahí derivaba la afirmación de que su “capacidad jurídica para ser elegible” era “un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser electores” (FJ. 6).

No hay noticia de que los recurrentes hayan soportado condena alguna y sí de que reúnen las condiciones que recuerda la actual doctrina: “ser mayor de edad y ciudadano de la Comunidad de Madrid, condición que se adquiere a través de la vecindad en cualquiera de sus municipios, tras el correspondiente empadronamiento”, como es el caso. La Sentencia no deja de constatar, aunque en adversativa, que “los dos candidatos recurrentes ostentan la vecindad administrativa y la condición de ciudadanos de la Comunidad de Madrid”.

Por lo demás, la misma Sentencia recuerda que el “requisito de la inscripción en el censo que establece el art. 2.2 LECM es una condición del ejercicio del derecho a ser elector o elegible, pero no es constitutiva de esa capacidad electoral, como prueba el hecho de que puedan emplearse las oportunas certificaciones censales para votar o ser candidato. La inscripción censal es, pues, meramente declarativa (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 7)”.

La afirmación de “la evidencia de que quien no posee la capacidad jurídica para ser elector no puede ser elegido por los electores” me lleva simplemente a evocar lo que mi paisano Antonio Machado esculpió en su Juan de Mairena: “cuando mi maestro decía es evidente, o no estaba seguro de lo que decía, o sospechaba que alguien pudiera estarlo de la tesis contraria a la que él proponía”.

4. Durante años de labor docente he tenido oportunidad de ilustrar a mis sufridos alumnos de primer curso de derecho sobre la distinción clásica entre validez y vigencia jurídica; distinción nada irrelevante, dada la continua alusión de la Sentencia al “censo vigente”. A la primera se atribuye una dimensión, muy propia del principio de legalidad. Ocasión tuve en la deliberación de comenzar mi intervención resaltando que iba a realizarla desde una perspectiva estrictamente constitucional, dado que no son infrecuentes en ella los recitales legislativos. Desde ese encuadre la vigencia tiene un sentido bien distinto, cobrando una dimensión más realista, aunque sin obligado empadronamiento escandinavo, de no escasa impronta sociológica, vinculada al vigor

que la proposición normativa muestra en cada caso. Es obvia su vecindad a la dimensión ponderativa y optimizadora del control de constitucionalidad.

Es desde esta perspectiva desde la que el intento de la interpretación más favorable al derecho fundamental en juego nos lleva a tener en cuenta lo previsto en el artículo 4.2 de la citada ley electoral madrileña, que marca una excepción al matrimonio elector-elegible y no puede ser tratada como una superflua posibilidad de corrección de errores: “No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior, los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del Censo Electoral vigente, referido al territorio de la Comunidad de Madrid podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten, de modo fehaciente, que reúnen todas las condiciones exigidas para ello”; como es el caso de los recurrentes.

Circuló en la deliberación la idea, luego semimayoritaria y finalmente no incluida en la Sentencia, de que la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral 2/2011, de 28 de enero, apuntaba a evitar casos como el que es objeto de esta resolución. En realidad, basta leer su Exposición de Motivos para entender que en los “empadronamientos fraudulentos o de conveniencia” a los que se refiere alude a los posibles trasvases de electores, para dislocar futuros posibles resultados electorales y no a los candidatos.

6. Curiosas en verdad resultan las alusiones, quizá de sesgo populista, de la Sentencia al “principio del origen popular del poder, que obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular”. Reuniendo ambos recurrentes la característica de haber logrado por su trabajo profesional y experiencia parlamentaria un notable grado de conocimiento, habría que preguntarse si su posible incidencia mediática y arraigo social va en desdoro solo de una popularidad, quizá malentendida desde un elitismo fuera de lugar.

No menos enigmática resulta la afirmación de que “la inscripción en el censo o en el padrón municipal de habitantes, de los ciudadanos españoles, no era condición necesaria para ser candidato, sobre lo cual precisó este Tribunal que la norma «se refiere a los candidatos españoles a los comicios municipales y al Parlamento Europeo, mientras que a los no españoles se les exige taxativamente tal inscripción en el censo”; dado que su condición de españoles no ha sido felizmente puesta en duda.

5. En resumen, la especial transcendencia constitucional del problema no es compatible con un intento de solución formalista. Por el contrario, la vigencia del censo quedaría vinculada a que los recurrentes reúnan o no los requisitos para poder ser sujetos pasivos en el proceso electoral; interpretados siempre del modo más favorable, al tratarse del ejercicio de un relevante derecho fundamental.

Considero, en suma, que debió estimarse el recurso de amparo, por vulneración del derecho fundamental de los recurrentes al sufragio pasivo.

Y en este sentido formulo mi voto particular

Madrid, a quince de abril de dos mil veintiuno.

Fdo.: Andrés OlleroTassara