

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

*Dr. Giancarlo Rolla**

SUMARIO: 1. Codificación y desarrollo de los derechos políticos. **1.1.** La conexión entre derechos y forma de Estado. **1.2.** La relación entre derechos políticos y forma de Estado democrático. **1.3.** Los intentos de revitalizar a la democracia y la afirmación de “nuevos” derechos políticos. **1.4.** Los derechos políticos reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas. **1.5.** La previsión de formulas electorales de favor. **2.** El papel de la jurisprudencia en la definición del contenido legal de los derechos. **2.1.** Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos. **2.2.** El papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. **2.3.** Los recursos constitucionales a tutela de los derechos. **2.4.** Recursos inherentes a la tutela de derechos políticos. **2.5.** El papel de los Convenios supranacionales y de la jurisprudencia supranacional. **2.6.** La aportación de las sentencias de los Tribunales supranacionales a la determinación del contenido legal de los derechos. **3.** Algunos perfiles jurisprudenciales en materia de derechos políticos. **3.1.** Algunas sentencias del Tribunal europeo en materia de derecho a elecciones libres. **3.2.** Decisiones de los Tribunales Constitucionales en relación a la disolución de partidos políticos.

1. Codificación y desarrollo de los derechos políticos.

La conexión entre derechos y forma de Estado.

La idea moderna de Constitución – o, como ha sido afirmado, la “Constitución de los modernos” – surge en el contexto de la consolidación del constitucionalismo, de la aprobación de documentos constitucionales que se inspiran en los principios del Estado constitucional, y que se pueden sintetizar en el reconocimiento de las libertades del individuo y en la codificación de las instituciones y de los instrumentos capaces de limitar el poder. El reconocimiento de los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la separación de los poderes y la reserva de ley son, por lo tanto, los fundamentos sobre los cuales se ha levantado el Estado constitucional.

Se puede sostener, por lo tanto, que la garantía de la persona representa la tarea esencial de los sistemas basados en el constitucionalismo y la temática de los

* *Catedrático en Derecho Público Comparado de la Universidad de Génova, Italia. Director del “Centro di Ricerca sui Sistemi Costituzionali Comparati” y Coordinador del Doctorado en Sistemas Constitucionales Comparado en la Universidad de Génova. Autor de gran cantidad de artículos y libros en materia de autonomías locales, regionalismo, federalismo, derechos fundamentales y justicia constitucional con particular referencia a España, Latinoamérica y Canadá.*

derechos es su territorio privilegiado. En la actitud de los constituyentes respecto de los derechos de la persona permite distinguir entre las Constituciones de la libertad y las de la tiranía.

Si es verdad que todos los ordenamientos que se inspiran en los principios del constitucionalismo sitúan al individuo en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es igualmente indudable que aquéllos se historicizan y, como consecuencia, se transforman. En otras palabras, entre la evolución de la forma de Estado y los derechos constitucionales se instaura una relación dinámica.

Los derechos constituyen, en gran parte de las comunidades políticas contemporáneas, un elemento calificador del pacto que se instaura entre los ciudadanos, y entre éstos y sus representantes, con el objetivo de la realización de las formas y de las instituciones de la convivencia; los derechos que en cuanto tales forman parte del sistema de valores, de la cultura sustancial que se expresa a través de la Constitución. Según dicha perspectiva los derechos expresan el ideal político que plasma a un determinado cuerpo social confiriéndole una identidad particular.

El dinamismo típico de los fenómenos constitucionales determina un dúplice efecto en relación a los derechos: por un lado, hace que un mismo principio – en la transición de una forma de Estado a otra – adquiera nuevos significados normativos (por ejemplo, el principio de igualdad progresivamente ha englobado en su interior la igual dignidad de todos los individuos, la prohibición de discriminación, la obligación de realizar acciones positivas, el reconocimiento de diferencias culturales).

Por otro lado, la transición de una forma de Estado a otra determina – normalmente – un efecto incremental: en el sentido que al lado de los derechos clásicos – que incluyen, generalmente, la libertad personal, de circulación, de domicilio, de iniciativa económica y de propiedad – se codifican y protegen los derechos asociativos, sociales y de participación política.

1.2. La relación entre derechos políticos y forma de Estado democrático.

Si los llamados derechos “civiles” son atribuibles a los principios del constitucionalismo liberal (igualdad, libertad), los derechos sociales se conectan a principios propios del Estado social – de solidaridad y dignidad-, mientras que los derechos políticos se enlazan a la soberanía popular y a la idea de democracia. Dicho de otra forma, se pueden reconducir a los postulados de la democracia moderna (soberanía popular, pluralismo político, democracia representativa).

En las democracias contemporáneas los ciudadanos no participan directamente a los procedimientos de determinación de las decisiones políticas: la representación, por lo tanto, se crea esencialmente a través de las elecciones. Emblemática es la formulación del art. 20.2 de la Ley fundamental de la República federal de Alemania según el cual “Todo el poder estatal emana del pueblo. El es ejercido por el pueblo a través de elecciones y votaciones”.

En consecuencia, se instaura entre electores y electos una relación de responsabilidad que no es jurídica, sino política. Una responsabilidad dúplice: por un lado, el cuerpo electoral debe poder evaluar

periódicamente la actividad institucional de los representantes (principio de la periodicidad de las elecciones). Por otro lado, los electos tienen la obligación de ejercer de la forma mejor posible las funciones conectadas a su propio mandato (con disciplina y honor, según el art. 54 Const. Italiana).

De la representación política derivan diversos derechos: generan la existencia de correspondientes derechos políticos la elección de los representantes, que tiene que realizarse a través de libre elecciones y votaciones; los cumplimientos relacionados a los procedimientos electorales (la convocatoria de comicios, la presentación de las candidaturas, el desarrollo de la campaña electoral, las operaciones de voto y de escrutinio) y a las manifestaciones del voto (tendencial universalidad, personalidad, igualdad, libertad, secreto).

Finalmente, para atenuar el límite de la democracia representativa la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos temple el principio de representación con lo de participación popular: la democracia representativa se hace también participativa.

A este propósito, el Siglo XX ha sido caracterizado por la valorización de las formas asociativas y por el reconocimiento del papel de las formaciones sociales: entre ellas una posición de eminencia está garantizada a los partidos políticos. Según el art. 21 Const. de la República Federal de Alemania, los partidos concurren a la formación de la voluntad política del pueblo; mientras que el art. 49 Const. Italiana cualifica a los partidos como instrumento a través del cual los ciudadanos concurren a determinar la política nacional. De esta forma

se intenta crear un “puente”, de abrir un canal de comunicación entre el individuo y el Estado.

1.3. Los intentos de revitalizar a la democracia y la afirmación de “nuevos” derechos políticos.

Al empezar de este siglo distintos factores han contribuido a poner en crisis la democracia representativa tradicionalmente entendida: los partidos políticos no aseguran una real y eficaz participación de los ciudadanos a los procedimientos deliberativos; el diafragma que separa la “clase política” de los electores ha sido ampliado tanto por los fenómenos de corrupción, cuanto por una excesiva “profesionalización” de la clase política y por su incapacidad de proporcionar una efectiva representación de las diferentes componentes de la sociedad. Además, los institutos tradicionales de formación del consenso son erosionados por la afirmación de la llamada “teledemocracia”, mientras que a la movilización social se substituye el papel de la comunicación pública.

Con el objetivo de atribuir nuevo vigor a la democracia representativa, algunos sistemas constitucionales han tenido la atención de potenciar los instrumentos de participación, con el objetivo no tanto de sustituir la democracia representativa tradicional, sino de asegurar una participación eficaz y efectiva a las decisiones públicas, de promover una soberanía popular sustancial. Se afirman, en consecuencia, nuevos “tipos” de derechos políticos, que pueden ser catalogados esquemáticamente en dos categorías.

En la primera caben los derechos de participación finalizados a mejorar la calidad de la representación política: ellos surgen en la fase de formación de la representación

política (*voter-selection*) o en la fase de ejercicio de la responsabilidad política de los electos (*recall*).

Los primeros persiguen el objetivo de mejorar la relación entre partidos y electores (o inscriptos) y, con esta finalidad, no confieren la gestión de una fase importante del procedimiento electoral (la escogencia de los candidatos a las elecciones) a una élite, a los órganos dirigentes de partido, sino directamente a los electores o a los inscriptos. A su vez, los procedimientos de *recall* o de *revocación de mandato* abren una brecha en la tradición constitucional fundada en la prohibición de mandato imperativo. En este caso la participación popular incide en la interrupción anticipada del mandato político conferido al momento de la elección. Aun teniendo en la cabeza el riesgo de una posible utilización distorsionada e instrumental del instituto, se opina – de todas formas – que en una democracia no sólo “más completa y difundida, sino también más y mejor participada”, el concepto de representación política incluya también la existencia de un principio de responsabilidad de los electos, con un consecuente poder de control y de sanción.

En la segunda categoría de “nuevos” derechos políticos cabe, al revés, la múltiple pluralidad de procedimientos orientados a aumentar la eficacia de la participación de los ciudadanos al proceso decisional. Es el caso, por ejemplo, de las experiencias que prevén una directa y vinculante participación del cuerpo electoral al procedimiento legislativo (*referendum* propositivos, *initiatives* o *propositions*); o de los institutos de participación a los procesos deliberativos que tienen como objeto no tanto normas, sino selección de *policy* (democracia deliberativa).

Finalmente, muy interesantes son las experiencias que se están desarrollando en las cuales las nuevas tecnologías se utilizan para facilitar la participación popular a procedimientos de relevancia constitucional (la llamada “democracia electrónica”). Aplicar la tecnología al proceso político y, en particular, a las relaciones entre instituciones y ciudadanos permite ampliar y potenciar la inserción activa de los ciudadanos en el proceso decisional, en el procedimiento legislativo y en la actividad de revisión constitucional incluidos.

En relación a esto, es interesante llamar a la atención la experiencia de Islandia, donde la elaboración de una revisión total de la Constitución ha sido realizada a través de una consultación que ha involucrado los trescientos mil habitantes de la isla a través de los social media. Siempre en el Norte de Europa – en Finlandia – en 2012 se ha elaborado una nueva plataforma electrónica llamada “*Open Ministry*”, capaz de permitir a los ciudadanos de presentar en-línea propuestas de iniciativa legislativa o comentarios sobre las leyes en fase de discusión. Además, hay significativas (aunque todavía limitadas) experiencias en las cuales los partidos involucran – a través de las nuevas tecnologías – a los inscriptos en la toma de decisiones políticas importantes: por ejemplo, se puede mencionar la consultación en-línea hecha por el Partido socialdemócrata alemán en relación a la formación de un gobierno de “grande coalición”.

1.4. Los derechos políticos reconocidos a las minorías lingüísticas y religiosas.

El último perfil relacionado a los derechos políticos que merece ser examinado a la luz de la legislación y jurisprudencia de

naturaleza constitucional está formado por la incidencia de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas y por la naturaleza de la representación política.

Es conocido que la representación política ha asumido históricamente los rasgos de una representación de carácter general, que encuentra su solución técnica en la fórmula “una cabeza, un voto”. El art. 6 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano afirmaba que “La ley es la expresión de la voluntad general”, mientras que el art. 67 Const. Italiana afirma que cada miembro del Parlamento “representa la Nación”. Sin embargo, en el desarrollo de la democracia pluralista, dicho principio ya no aparece absoluto e inderogable, tiene la tendencia a ser rajado por el creciente reconocimiento de formas sectoriales de representación política: por ejemplo, la llamada representación “de género” o la representación de las minorías nacionales y lingüísticas.

El objetivo consiste en realizar un equilibrio entre el principio de mayoría y el de representatividad de los grupos minoritarios, evitando que la mayoría determine una permanente exclusión de las minorías de la determinación de las direcciones políticas. En la experiencia comparada, la participación política de las minorías se manifiesta esencialmente de dos formas: a través de la presencia de partidos políticos organizados en base étnica y lingüística, o gracias a específicas fórmulas introducidas en la legislación electoral.

La actitud de los sistemas constitucionales hacia las organizaciones políticas de tipo étnico y lingüístico aparece muy variado y no son pocos los ordenamientos que manifiestan

preocupaciones o cautelas hacia ellos: acaba siendo determinante la peculiaridad del contexto político e institucional de cada ordenamiento. Al lado de ordenamientos en los que los partidos políticos están formado sobretodo en base étnica, lingüística o religiosa (por ejemplo, en la Irlanda del Norte o en la Provincia de Bolzano), otros Estados prohíben su existencia o expresan una actitud selectiva a daño de determinadas minorías.

En relación a la primera situación es posible mencionar la Constitución de Bulgaria (art. 6 y 11), que prohíbe constituir partidos a base étnica o religiosa, determinando así la disolución de un partido macedonio; en Grecia están prohibidas las asociaciones turcas y macedonias; en Estonia y Letonia los que pertenecen a la minoría rusa no gozan de la ciudadanía, ni del derecho de voto y de electorado pasivo para cargos políticos importantes; en Turquía el problema se ha puesto con la minoría curda y con los partidos islámicos.

En algunos casos, la prohibición hacia los partidos a base étnica, lingüística o religiosa es indirecta, ya que las limitaciones están justificadas en relación a los programas o a las actividades realizadas: se consideran, por ejemplo, los partidos que no insertaban la laicidad entre los objetivos políticos en Turquía, a los que no reconocían a Israel como “Estado del pueblo judío” o a los que no contenían una expresa condena al terrorismo en España.

En otros casos, la actitud selectiva se manifiesta –como en la legislación electoral polaca– distinguiendo, en plan de representación política, entre minorías nacionales y minorías étnicas, excluidas

estas últimas de los beneficios electorales; mientras que en el caso de Bosnia-Herzegovina se hace referencia a los pueblos “constitutivos”, así excluyendo a las minorías presentes en el territorio.

1.5. La previsión de formulas electorales de favor.

Sin embargo, el principal medio promocional de la representación política de las minorías lingüísticas está constituido por la presencia de formulas electorales de favor. Dichas técnicas de determinación de la fórmula electoral, aunque introduciendo una derogación al principio general de la igualdad del voto, encuentran su fundamento tanto en las declaraciones de organismos internacionales y supranacionales (como el Convenio-marco del Consejo de Europa), cuanto en textos constituciones (en este sentido es suficiente considerar el Estatuto de la Región Trentino Alto Adige/ Südtirol). Además, la presencia de normas de favor en materia electoral ha sido considerada, por algunos jueces constitucionales, no lesiva del principio de igualdad de voto.¹

Muy diversificados resultan ser los mecanismos promocionales individuados

en los distintos ordenamientos. Los más relevantes son:

a) la no aplicabilidad – a determinadas circunstancias – de las llamadas “clausulas de barrera”. Por ejemplo, en la República federal de Alemania, el umbral general del 5% no se aplica en el Land alemán de *Shleswig-Holstein*, donde se encuentra una población de idioma danés;

b) la existencia de formulas electorales diferentes al interior del País. Se puede recordar, a este propósito, el ejemplo del Reino Unido que, en un contexto mayoritario uninominal, para la elección del Parlamento europeo en la Irlanda del Norte prevé un sistema proporcional para asegurar la representación de la minoría católica;

c) la determinación de colegios electorales según la técnica del llamado “*gerrymandering*”, como en el caso del Trentino Alto Adige/Südtirol, donde uno de los colegios electorales para la Cámara de los Diputados coincide con el territorio poblado por la minoría italiana en la Provincia de Bolzano;

d) sin embargo, la solución mayormente utilizada consiste en la reserva – en favor de

¹ En la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos del 2 de marzo de 1987 se subraya la necesidad de crear unos mecanismos para permitir a los electores que pertenecen a grupos idiomáticos minoritarios de expresar su preferencia hacia candidatos capaces de utilizar el idioma de su propia región, para encontrar representantes que pertenezcan a su propia minoría. En Eslovenia el Tribunal Constitucional no ha considerado que fuera contraria a la Constitución la norma que preveía una reserva de escaño respectivamente para las comunidades italiana y húngara, considerando que su legitimación derivaba de obligaciones nacionales asumidas con Italia y Hungría (sentencia n. 12-12-1998).

Al mismo tiempo, en Italia, la Corte Constitucional, en juzgar una cuestión relativa al Estatuto del Trentino Alto Adige/ Südtirol, ha precisado que la elección de un determinado sistema electoral «responde a la necesidad que el sistema electoral haga posible... la representación de las minoría lingüísticas en las instituciones, permitiendo a los grupos lingüísticos de expresarse también como tales, en razón de su consistencia y siempre en fuerza de cuanto escogido por los electores» (sentencia n. 233 de 1994).

específicas minorías – de un cierto número de escaños.

2. El papel de la jurisprudencia en la definición del contenido legal de los derechos.

2.1. Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos.

Los ordenamientos constitucionales contemporáneos han reconocido, en general, una amplia gama de derechos políticos: alineándose bajo este perfil a una técnica general de codificación, consistente en la tendencia a la especificación y a la positivización, es decir en insertar en el cuerpo de los documentos constitucionales amplios catálogos, que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas. Dichos catálogos, además, están enriquecidos por el valor normativo que – como se sabe – muchos ordenamientos reconocen a las Cortes internacionales y supranacionales en materia de derechos políticos.

Aun así, es crecente la conciencia que la positivización de los derechos no es suficiente si no está acompañada por una atención hacia los instrumentos de garantía, con el fin de evitar que los derechos se reduzcan a ser “una declaración romántica” carente de efectividad.

Una positivización amplia y analítica no permite por sí misma percibir con inmediatez el nivel de efectividad, que puede ser reconstruido sólo considerando la cultura constitucional de un determinado país y verificando la presencia de instrumentos específicos de tutela o bien de cláusulas pensadas para favorecer una interpretación

amplia y evolutiva de los derechos constitucionales.

Nótese que la positivización de determinados derechos es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de un convencimiento más bien que una prescripción meramente formal: en otros términos, es necesario que los derechos sean también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En efecto, resulta difícilmente refutable que los más elevados niveles de tutela han aparecido – hasta ahora – cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de los poderes. En los sistemas constitucionales más evolucionados parece estar compartida la consciencia de que una protección eficaz de los derechos fundamentales exige la predisposición de una articulada gamma de instrumentos que el constitucionalismo afina continuamente en su evolución.

En el pasado era habitual contraponer dos modelos distintos de tutela de los derechos: uno que, basado en el principio de la soberanía parlamentaria, atribuía principalmente al legislador la tutela de los derechos fundamentales; otro que delegaba al juez el poder de concretar la efectividad de los derechos. Una línea de pensamiento consideraba la ley la fuente competente que determinaba el grado de disfrute de las libertades fundamentales y al Parlamento el órgano capaz, en su calidad de expresión de soberanía popular, de asegurar más eficazmente dichos derechos. Otra línea confiaba en el proceso judicial, cuya sede

era la más adecuada para garantizar a los ciudadanos ante cualquier violación de los derechos.

Hoy en día, por el contrario, parece que una orgánica tutela de los derechos reconocidos y garantizados por las cartas constitucionales necesita de una articulación garantista bastante amplia, hasta el punto de que comprometa a una pluralidad de sujetos: no parece aventurado afirmar que cada derecho tutelado por la Constitución, articulándose en una multiplicidad de situaciones subjetivas – muchas de las cuales necesitan una recíproca coordinación- necesita para alcanzar los fines de su propia efectividad, ya sea de la obra específica del legislador, ya sea de la intervención garantista y reparadora del juez. Si es indudable que la justiciabilidad de los derechos constituye la principal garantía, no por esto pierde fuerza la función de la ley, que aparece como necesaria, ya sea para implementar el contenido legal de los concretos derechos constitucionales, ya sea para ejercer una ponderación en los casos en que entren en juego diversos y contrapuestos derechos.

Contemporáneamente, adquiere un rol creciente la tutela administrativa de los derechos de la persona, la intervención directa de la administración para reforzar determinadas posiciones subjetivas. La doctrina ha oportunamente señalado que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos necesita un cierto protagonismo de la administración pública: puede sostenerse que, por lo general, a los derechos del individuo corresponde un deber simétrico de naturaleza organizativa por parte de la administración, que debe crear instituciones y regular procedimientos coherentes.

Se considere, en relación a los derechos políticos, a la importancia que tienen la ley y los instrumentos administrativos necesarios para disciplinar el procedimiento electoral, para averiguar la regularidad y la admisibilidad de las candidaturas, para controlar que los electos no se encuentren en situaciones de incompatibilidad o inelegibilidad, para verificar la regularidad de la campaña electoral y la prohibición de discriminación o el reconocimiento de la *par condicio* durante la campaña electoral misma. Igualmente, la acción de las administraciones públicas es esencial para hacer posible el utilizzo de los procedimientos de *e-democracy* a través de la predisposición de adecuadas estructuras informáticas.

En materia de garantía de los derechos del individuo, por último, un lugar de preeminencia está ocupado por los jueces (ordinarios, constitucionales, supranacionales), que poseen a este propósito una gran fuerza derivada del hecho de que en materia de interpretación aquéllos tienden a tener “la última palabra”. No hay que olvidar, por otra parte, que el principal salto de calidad en la tutela de los derechos de la persona ha tenido lugar con la introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad de la administración, en primer lugar, y sobre la del legislador, en segundo lugar.

Además, los derechos no sólo deben ser reconocidos y tutelados, sino también interpretados e implementados: su contenido normativo no puede ser estático, cristalizado en el tiempo, sino que se debe poder evolucionar en armonía con las transformaciones y las modificaciones de la sociedad.

En otros términos, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia deben constantemente

configurar el contenido legal de los derechos constitucionales. In definitiva, la reconstrucción del significado normativo de los derechos debe ser el resultado de la combinación de múltiples fuentes, dirigida a ofrecer la mejor tutela o la más amplia, de los derechos en un determinado supuesto. Estos pueden ser producidos por la actividad de los poderes públicos o ser el fruto de los principios generales de la interpretación jurídica; pueden ser hallados refiriéndose a las costumbres de una determinada tradición jurídica, o bien confiándose al ordenamiento internacional. Se está, expresado en otros términos, ante una pluralidad de fuentes idóneas para configurar el contenido de los derechos fundamentales, que encuentran un común denominador en la voluntad de salir de un sistema “cerrado de protección de los derechos”, de favorecer la formación de un *ius commune* de los derechos y de las libertades, y de conseguir –a través de una consonancia de voces-, un *idem sentire* en materia de derechos fundamentales.

2.2. El papel de la justicia constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.

Con la introducción de las Constituciones rígidas se modifica la relación tradicional entre derechos y ley que había caracterizados la doctrina estatalista del siglo XVIII. Si, precedentemente, los derechos se conformaban y existían sobre la base de la ley – en muchos casos los derechos se reducían a ser una pretensión acerca de los comportamientos legales de la autoridad – hoy, en cambio, representan un límite para la ley: parece adquirir una validez general el razonamiento según el cual si “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida”,

en consecuencia ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida.

Diferentes motivos han inducido a considerar la función de los Tribunales constitucionales como una piedra angular en los sistemas de protección de los derechos fundamentales.

En los sistemas de democracia madura, la jurisprudencia de los jueces constitucionales constituye un emblemático espejo de la realidad social, de sus contradicciones y sus transformaciones: puede ser paragonada – según la eficaz expresión de un autorizado jurista –a las escenas del «pintoresco teatro del mundo contemporáneo». Además, la jurisprudencia constitucional tiene la posibilidad de conferir dinamismo a los derechos: gracias a la interpretación, las fórmulas lingüísticas contenidas en las disposiciones constitucionales se transforman en “derecho viviente”, la Constitución deviene a *living tree*, capaz de asegurar una síntesis mejor entre normas y valores contemporáneos, entre derecho e historia.

En sectores fuertemente caracterizados por la innovación, los límites acerca del disfrute de los diferentes derechos resultan móviles y son puestos en discusión continuamente por la evolución de la costumbre, por la innovación tecnológica y por las transformaciones sociales: no se trata sólo de hacer compatible el goce de un derecho con el respeto de otro, sino de “adecuar” la disposición abstracta a la concretización de la situación específica objeto de la decisión.

2.3. Los recursos constitucionales a tutela de los derechos.

En efecto, teniendo en cuenta el vínculo particular que une la justicia constitucional a

la garantía de los derechos fundamentales, puede resultar útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en las técnicas y modos previstos para garantizar los derechos fundamentales. Portanto, los sistemas de justicia constitucional pueden ser clasificados de manera diferente según si su finalidad principal consiste en depurar los vicios de las leyes del ordenamiento y asegurar el equilibrio entre los poderes, o bien si están esencialmente orientados a la defensa de los derechos fundamentales: se puede, por tanto, introducir una distinción de máxima entre la jurisdicción constitucional abstracta, de matriz kelseniana, y la «jurisdicción constitucional de la libertad». La primera se manifiesta, por ejemplo, a través de los controles preventivos, los recursos de constitucionalidad, además de los conflictos de atribución, mientras que entre los ejemplos más significativos de la segunda se pueden nombrar, por un lado, las experiencias de *judicial review* y, por otro lado, los recursos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales.

Se puede sostener que los recursos directos para la tutela de los derechos se difunden cuando – como emergerá también en el debate constituyente sobre el amparo mexicano – a la afirmación del valor de la Constitución se le suma el principio de responsabilidad jurídica de los poderes públicos que, con sus actos u omisiones, lesionan una disposición constitucional.

Según el parecer de uno de los principales estudiosos del fenómeno, la presencia en los ordenamientos constitucionales de

recursos ante la autoridad jurisdiccional contra las lesiones alegadas de los derechos fundamentales constituye un «fenómeno globalizado²»: en el sentido de que se está en presencia de instituciones procesales que se caracterizan no sólo por el refinamiento de las técnicas procesales y de los instrumentos de protección, sino también por una amplia circulación jurídica.

Sin embargo, si se pretende no sólo la descripción del fenómeno, sino también profundizar en sus características, no se puede no adherir a la observación de quien considera los recursos directos o de amparo una institución con muchas caras, o dicho de manera más precisa una verdadera «federación de instrumentos procesales» que pretenden perseguir el mismo objetivo. Las modalidades concretas introducidas resulten bastante diferentes: están condicionadas tanto por su prototipo de referencia – el juicio de amparo mexicano en el caso de América Latina, la *Verfassungsbeschwerde* austriaca en Europa – como de la especificidad de los sistemas jurisdiccionales. El panorama de derecho comparado se revela, en otros términos, fuertemente heterogéneo.

Se puede hacer referencia a la naturaleza del órgano competente para asumir la decisión final, (recursos ordinarios y constitucionales), a su objeto (ordenamientos que admiten el recurso en relación con todos los poderes públicos y otros que introducen exclusiones). Sin embargo, la distinción principal, según nuestra opinión, subdivide los recursos según si el mismo procedimiento ofrece una garantía general – relativa a todos los

2 Así E. Ferrer Mac-Gregor, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano*, en H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México 2006, p. 12.

derechos constitucionalmente protegidos – o si han sido previstas instituciones sectoriales – circunscritas a un derecho en particular o a un grupo homogéneos de derechos. En este último caso, la ampliación de las manifestaciones humanas tuteladas por las Constituciones ha determinado la afirmación de nuevos, específicos instrumentos procesales: entre estos merecen –según nuestra opinión– ser subrayados de forma particular los recursos constitucionales pensados para garantizar la tutela de los derechos políticos (en particular, los de naturaleza electoral) y de algunos intereses calificados de grupo.

2.4. Recursos inherentes a la tutela de derechos políticos.

La relevancia constitucional de las instituciones pensadas para verificar el respeto de los procedimientos electorales y del derecho de los ciudadanos a votar y a ser elegidos está estrechamente conectada al hecho de que los sistemas que se inspiran en el constitucionalismo identifican, de forma explícita o de modo indirecto (mediante la referencia a los principios supremos del ordenamiento), la conservación del carácter democrático y representativo del ordenamiento entre sus principales finalidades³.

Se puede afirmar que en la democracia representativa es crucial la función de los

sistemas electorales, a través de los cuales los ciudadanos, al mismo tiempo, manifiestan una elección hacia la orientación política que los órganos constitucionales representativos deben perseguir y expresan una investidura, desde el momento en que a través de la elección se identifican las élites a quien compete la aprobación de las decisiones políticas.

Pero, por otro lado, las fases en las que se articulan los procedimientos electorales – presentación de las candidaturas, desarrollo de la campaña electoral, regularidad del voto y de los resultados electorales – muestran las diversas posiciones subjetivas que el ordenamiento no puede no tutelar, en cuanto asumen la dimensión de derechos individuales. De ello se sigue la relevancia particular de los procedimientos de control de la regularidad de las elecciones, desde el momento en que concurren, al mismo tiempo, para reforzar la legitimación de los órganos representativos y para garantizar la salvaguardia de los derechos constitucionales de naturaleza política.

Además, se asiste a una progresiva ampliación de la competencia de los órganos de justicia electoral. Por un lado, no está circunscrita únicamente a la fase final del procedimiento, consistente en la verificación de la legitimidad de los resultados y de los títulos de los electos, sino que concierne a cada una de las fases en que el sistema

3 *Piénsese, por ejemplo, en el art. 1 de la Carta canadiense de los derechos y las libertades según el cual pueden imponerse restricciones a las garantías de los derechos constitucionales sólo si han sido establecidas por la ley y son justificables en el cuadro de una sociedad libre y democrática; piénsese también en el art. 18 de la Constitución alemana que admite la suspensión de los derechos fundamentales para quien abuse de determinados derechos con el fin de combatir el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia; o bien en el art. 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión según la cual pueden ser impuestas limitaciones al ejercicio de los derechos sólo si son proporcionadas y necesarias para proteger los derechos y las libertades ajenas.*

electoral se articula, involucrando perfiles determinantes para la formación de la voluntad electoral como la presentación de las candidaturas, la propaganda electoral, la comunicación política o la preparación de las operaciones de voto.

Numerosos jueces electorales se han considerado competentes para examinar no sólo el respeto de los derechos que las Constituciones reconocen con referencia explícita a la materia electoral (electorado activo y pasivo; libertad, secreto y personalidad del voto; igualdad y respeto de las eventuales acciones positivas previstas por el ordenamiento), sino también todas aquellas condiciones subjetivas que el ordenamiento reconoce para la garantía de la igualdad de trato y que puede repercutir sobre el ejercicio del sufragio activo o pasivo: como en el caso, por ejemplo, de la violación del justo proceso y del principio de igualdad y de legalidad, de discriminaciones que suponen daños a algunas listas o candidatos en la campaña electoral, de legitimidad de decisiones asumidas por los órganos de los partidos políticos inherentes al procedimiento electoral susceptible de lesionar derechos fundamentales de los inscritos.

Los Tribunales electorales, a través de su jurisprudencia, pueden desarrollar un rol importante para mejorar la transparencia de procedimientos electorales, para reforzar la calidad de la democracia representativa y la confianza de los ciudadanos ante las instituciones representativas. Para alcanzar tales objetivos, sin embargo, es necesario tanto que tales órganos operen con plena autonomía e independencia frente al poder legislativo y ejecutivo, como que sus decisiones sean social y políticamente aceptadas en virtud de pronunciamientos

motivados, guiados por una sólida argumentación, adoptados al término de los procedimientos transparentes e inspirados en la regla general del justo proceso.

Las soluciones institucionales preelegidas por los diferentes ordenamientos resultan bastante variadas, aunque son reconducibles a algunos tipos generales.

El primero confía la verificación del funcionamiento regular de las elecciones a órganos no jurisdiccionales, sino de naturaleza administrativa. En este caso el control de la regularidad de las diversas fases del procedimiento electoral confía tal tarea a órganos administrativos especializados, compuestos por expertos o por magistrados. Es el caso, por ejemplo, de la experiencia española que se apoya en un sistema de juntas electorales, en cuyo vértice se encuentra la Junta electoral central: un órgano autónomo e independiente del poder ejecutivo. En América Latina, el contencioso electoral de naturaleza administrativa está previsto en Nicaragua donde la competencia para decidir en última instancia está reservada al Consejo Supremo Electoral, mientras que la mayor parte de los otros ordenamientos opta por un sistema mixto, en el que las decisiones de los órganos administrativos pueden ser apelados ante un juez especial (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México o Venezuela).

El segundo tipo de verificación de la regularidad de los procedimientos electorales confía tal competencia a los jueces, tanto ordinarios – como en el caso del Reino Unido – como especializados, pero siempre parte del poder judicial – como en Argentina o en Brasil. Tales mecanismos de tutela han tenido una amplia circulación. El ordenamiento

canadiense – evidentemente influenciado por la experiencia del Reino Unido – ha confiado a las Cortes supremas federales y provinciales la competencia para decidir en relación con las contestaciones más graves de los resultados – en particular aquellas que suponen fraude o condiciones de inelegibilidad del electo –, mientras que las que involucran las fases ordinarias en las que se articula el procedimiento electoral (definiciones de los colegios, reglas de comportamiento de los partidos y de los candidatos, propaganda electoral, listas electorales, resultado del voto) son resueltas directamente por los funcionarios administrativos responsables del procedimiento electoral.

En otros ordenamientos el sistema de justicia electoral se apoya, a su vez, en órganos jurisdiccionales especializados insertados en el seno del poder judicial (Brasil, Paraguay, Argentina).⁴

Un tercer tipo de justicia electoral involucra, por último, en el procedimiento de

verificación del funcionamiento regular de las operaciones electorales también a Tribunales constitucionales o Tribunales especializados que tienen un *status* asimilable al de los jueces constitucionales: a menudo se trata de procedimientos mixtos, en el sentido de que aquéllos intervienen como jueces de apelación.

Sobre este punto se registra una interesante diferenciación entre y las soluciones identificadas en América Latina y la experiencia europea: las primeras optan por la institución de Tribunales electorales, órganos que han desarrollado, en general, un rol relevante institucional y han contribuido a consolidar la democracia representativa en el continente americano (México, Costa Rica); la experiencia europea prefiere atribuir directamente al juez constitucional competencias significativas para verificar la regularidad de las operaciones electorales.⁵

4 En Brasil, el art. 118 de la Constitución identifica el sistema de justicia electoral en las juntas electorales, en los jueces electorales, en los tribunales regionales electorales (uno para cada capital estatal o para el distrito federal) y en el Tribunal Superior Electoral (compuesto por magistrados pertenecientes a las jurisdicciones supremas). Igualmente, en Paraguay el sistema de justicia electoral se articula en tres niveles, representados respectivamente por los tribunales electorales que operan en cada una de las circunscripciones electorales, por los Juzgados electorales (órganos uninominales presentes en cada una de las sedes departamentales) y por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, que, compuesto por tres magistrados, funciona como juez de última instancia y como juez exclusivo en caso de recursos de inconstitucionalidad.

En Argentina, por último, las cuestiones inherentes a la normativa en materia electoral y de partidos políticos fueron confiadas a un fuero especializado, entendido como una rama independiente del poder judicial – la Justicia nacional electoral – que está compuesta por los jueces electorales federales y de la Cámara nacional electoral. Los primeros, constituidos por magistrados ordinarios, tienen sede en las capitales de provincia y operan como jueces de primera instancia; la segunda, a su vez, compuesta por tres jueces nominados por el poder ejecutivo en consenso con el Senado y por magistrados, tiene jurisdicción sobre todo el territorio nacional. Actúa como juez de apelación y su jurisprudencia es vinculante para los jueces de primera instancia; además, opera también como juez sobre la constitucionalidad de las leyes electorales, a causa del carácter difuso del control de constitucionalidad que opera en Argentina. Si embargo, sus decisiones – dada su naturaleza de tribunal especializado en el seno del Poder Judicial – no son definitivas, desde el momento en que pueden ser objeto de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.

5 Una competencia del Tribunal constitucional en materia electoral está prevista, por ejemplo, en los arts. 58 ss. Const. Francia, en el art. 41 Const. de Alemania, en el art. 141 Const. de Austria, en el art. 125 Const. de Portugal, en el art. 105 Const. de Lituania, en el art. 87 Const. República Checa, en el art. 129 Const. República Eslovaca, en el art. 82 Const. de Eslovenia, En el art. 144 Const. de Rumanía, y en el art. 149 Const. de Bulgaria.

2.5. El papel de los Convenios supranacionales y de la jurisprudencia supranacional.

Una contribución importante a la evolución de los derechos fundamentales y un significativo reforzamiento de su garantía llega de los Convenios y de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

En un mundo cada vez más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los Estados, la utilidad de realizar una circulación vital de los modelos culturales y jurídicos, así como la necesidad de salir de un sistema “cerrado” de protección de los derechos. Se trata de un fenómeno que expresa la tensión universalista que anima a la protección de la persona humana y certifica, de un modo siempre más integrado, la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales, superando los límites de la *domestic jurisdiction*. Una línea de tendencia que caracteriza muchos sistemas constitucionales bajo el punto de vista de la tutela de los derechos consiste en la progresiva osmosis entre ordenamientos nacionales y supranacionales.

En estos contextos, la tradicional contraposición entre una concepción dualista de la relación entre ordenamientos nacionales y supranacionales – que los considera separados – y una monista – que los ve como partes de un único sistema construido jerárquicamente sobre la primacía de la fuente internacional – parece dejar paso a una perspectiva multinivel que da vida a ordenamientos coordinados entre ellos e integrados. Tal tendencia genera fenómenos interesantes e innovadores. Por un lado, determina una ampliación de las posiciones subjetivas consideradas

como derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, en la medida en que se puede encontrar en la normativa internacional la posibilidad de especificar y de implementar los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales.

Por otro lado, favorece la creación de un derecho “común” capaz de constituir la base unitaria para la tutela de los derechos fundamentales en un determinado ámbito geográfico, desde el momento en que los derechos reconocidos en ámbito nacional deben ser interpretados también a la luz de las homogéneas disposiciones codificadas en el ámbito supranacional y en conformidad con la interpretación proporcionada por las jurisdicciones internacionales, mientras que estas últimas no pueden no considerar el derecho vivo en cada uno de los ordenamientos en cuanto parte de la tradición constitucional europea.

Además, se asiste a la presencia de una pluralidad de jurisdicciones – internacionales y nacionales, comunes y constitucionales – capaces de asegurar una cierta homogeneidad de los niveles de tutela a través de la afirmación de criterios interpretativos comunes y de instrumentos procesales homogéneos. En efecto, un progresivo acercamiento del significado a atribuir a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional resulta favorecido – desde el punto de vista sustancial – por la circulación de los principios jurisprudenciales y – desde el punto de vista de las técnicas hermenéuticas – por la búsqueda de una interpretación conforme.

Un primer paso en dirección a la integración entre los ordenamientos ha sido favorecido por la inserción en las Constituciones

nacionales de cláusulas de apertura expresas al ordenamiento internacional, que atribuyen a las declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales una particular fuerza jurídica. Se trata de un fenómeno a día de hoy consolidado que, por un lado, distingue al neoconstitucionalismo en América Latina y, por otro lado, es ampliamente difuso también en Europa.

Un salto de calidad en la integración entre los ordenamientos se ha conseguido en Europa y en América Latina con la entrada en vigor, respectivamente, de la Convención europea para la salvaguardia de los derechos y de las libertades y de la Convención americana sobre los derechos humanos, que han creado los presupuestos para conseguir sistemas “geográficos” o supranacionales de garantía de los derechos fundamentales.

La novedad introducida por el sistema europeo y americano de protección supranacional de los derechos deriva, como sabido, tanto de la naturaleza jurídica de los Tratados, como de los efectos consecuentes a las decisiones de las respectivas Cortes. En relación al primero aspecto es evidente que la naturaleza jurídica de estos actos internacionales se diferencia en medida significativa de los Tratados internacionales “clásicos”. Como ha precisado de manera clara la Corte interamericana, la Convención no es un Tratado multilateral de tipo tradicional, desde el momento en que los Estados, ratificando tal tratado, se someten a un orden legal y por el bien común asumen específicas obligaciones no en relación con los otros Estados, sino en relación con los individuos sometidos a su jurisdicción. Además la Convención europea no se limita a prever obligaciones recíprocas entre los estados contrayentes, sino que ofrece a los

individuos una protección directa y efectiva de los derechos allí garantizados.

La especificidad de los efectos de las decisiones tomadas por las dos Cortes supranacionales releva – para nuestro razonamiento – bajo un doble perfil. En primer lugar, las sentencias de las dos Cortes son obligatorias, tienen un efecto declarativo y no son ejecutivas, ya que le corresponde al Estado condenado conformarse con las sentencias definitivas en las controversias en las que es parte. Pero los jueces supranacionales poseen instrumentos eficaces no sólo para obligar los Estados a dar actuación a las decisiones, sino también para impedir que en el futuro se produzcan otras lesiones – como, por ejemplo, la mejora de los mecanismos internos de protección de los derechos o la abrogación de las disposiciones internas que perjudican o convierten en dificultosa la actuación de las prescripciones indicadas en las sentencias de la Corte, o la verificación de la compatibilidad de la normativa con los principios fijados por la Corte europea. No está ni siquiera excluida la posibilidad de exigir la revisión de una Constitución nacional con el fin de alinear sus disposiciones a aquellas homólogas de la Carta americana de los derechos del hombre.

Es interesante además subrayar que algunos ordenamientos nacionales prevén una regulación expresa sobre el procedimiento de implementación de las decisiones de la Corte supranacional.

Con referencia a la realidad de América Latina, se puede señalar la experiencia de Perú, cuya legislación prevé que las

sentencias de la Corte interamericana deban ser cumplidas por el mismo tribunal que ha emitido la sentencia objeto del recurso. Mientras en el ordenamiento constitucional español la carencia de implementación de las decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre legitima la presentación en ámbito nacional de un recurso de *amparo*.

2.6. La aportación de las sentencias de los Tribunales Supranacionales a la determinación del contenido legal de los derechos.

Una línea ulterior de tendencia común de los dos sistemas supranacionales de tutela de los derechos fundamentales consiste en el hecho de que las sentencias de las Cortes parecen suman a la naturaleza de *res iudicata* – con efectos *inter partes* – la de “cosa interpretada” (con efectos “*erga omnes*”). De la obligación general de dar ejecución a las decisiones de las Cortes supranacionales descende el vínculo para los jueces nacionales de interpretar la normativa en materia de derechos de modo “convencionalmente correcto”. Las determinaciones de las Cortes supranacionales en materia de derechos se convierten en obligatorias en todo lo que concierne a la interpretación y aplicación de la Convención.

Tal actividad hermenéutica es un elemento necesario del control de legalidad y representa uno de los cánones de interpretación a utilizar; de hecho, está en la fisiología de la interpretación la elección de aplicar una disposición si es posible atribuirle un significado conforme a la Constitución, o de no aplicarla cuando no sea posible deducir de las disposiciones significados

conformes a la Constitución. Se puede, incluso, considerar que subsista un deber de llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución y que tal deber, en los sistemas constitucionales con más niveles, comprende también la obligación de decidir sobre la base de interpretaciones conformes a las Cartas supranacionales en materia de derechos.

El control de convencionalidad puede ser asimilado a la *judicial review*, en cuanto permite a los jueces, incluidos los jueces constitucionales, verificar la conformidad a la Convención y a la jurisprudencia del juez supranacional de la normativa y de los ordenamientos jurisprudenciales nacionales; además de declarar la inconstitucionalidad (los Tribunales constitucionales) o de desaplicar (los jueces comunes) las normas contrarias.

Sobre este aspecto, cabe señalar que la progresiva integración entre los ordenamientos en materia de derechos fundamentales hace que la normativa y la jurisprudencia de la Corte europea e interamericana no representa sólo – para utilizar las palabras del Tribunal constitucional español – «valiosos criterios hermenéuticos» para reconstruir el significado y el alcance de los derechos constitucionalmente garantizados sino que concurren en el momento de definir el contenido legal de los derechos y de las libertades tuteladas por el ordenamiento nacional, constituyendo un instrumento imprescindible de actualización del significado de los derechos tutelados, además de armonización de los métodos y de los criterios interpretativos.

Dicho vínculo representa un significativo salto de calidad en relación a la tendencia

de los jueces de utilizar *rationes decidendi* deducidas de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales o de Tribunales Supremos de otros países o de recepcionar específicas técnicas de motivación. En muchos casos, los jueces se refieren en sus propias decisiones a las experiencias extranjeras –ya sean legislativas o jurisprudenciales- por una doble finalidad: de un lado, con la finalidad de argumentar mejor un *revirement* jurisprudencial, de otro lado, para reforzar *ad adiuvandum* una determinada interpretación del dictado constitucional. En otros términos, la referencia al derecho extranjero sirve prevalentemente para enriquecer la motivación, ya sea para hacer más persuasiva la argumentación, ya sea para mejorar la transparencia del procedimiento lógico a través del cual se ha formado la *ratio decidendi*.

Como se ha puesto en evidencia, la relación entre las jurisdicciones es cualitativamente diversa según se instaure entre los jueces estatales pertenecientes a diversos ordenamientos, o dentro de un sistema constitucional con varios niveles, donde opera un “vínculo de adecuación sucesiva” y la necesidad de una relación colaborativa.

El criterio de la colaboración entre jurisdicciones alienta la instauración de una particular relación comunicativa entre los jueces ya sea en sentido horizontal –entre los Tribunales supremos y los Tribunales constitucionales- que vertical –entre los Tribunales supranacionales y los nacionales-. Se trata, en nuestra opinión, de algo más incisivo que la mera búsqueda de un diálogo (expresión que, incluso etimológicamente, evidencia una exigencia cuya satisfacción se remite a la voluntad discrecional de cada sujeto), que se traduce en un deber jurídico

de cooperar e de contribuir al refuerzo de los derechos.

Obviamente la progresiva integración entre los ordenamientos no está en contradicción con el reconocimiento que las jurisdicciones nacionales poseen de un razonable margen de apreciación que tenga en cuenta la especificidad de las tradiciones jurídicas: en caso contrario, se realizaría no tanto un sistema integrado como jerárquico de tutela de los derechos. Así, no se puede desconocer la capacidad de los jueces constitucionales nacionales para verificar la eventual contradicción de la normativa supranacional respecto a los principios del ordenamiento constitucional o de considerar que a la luz del derecho nacional sea posible conseguir una mejor y más amplia tutela de los derechos del individuo.

A la vista de los caracteres anteriormente señalados no parece arbitrario observar que en el ámbito europeo, las relaciones entre jurisdicciones nacionales y supranacionales tienden a acercarse a aquellas que –en los sistemas federales- caracterizan las relaciones entre los jueces constitucionales estatales y federales: en ambas situaciones, en consecuencia, se forma un “sistema de justicia constitucionales de dos instancias”, si bien dirigido por “ciertos principios comunes y homogéneos”.

Algunos perfiles jurisprudenciales en materia de derechos políticos.

3.1. Algunas sentencias del Tribunal europeo en materia de derecho a elecciones libres.

La jurisprudencia del Tribunal europeo en materia de derechos políticos

inevitablemente está condicionada por los parámetros ofrecidos por el Convenio. Esos están constituidos, primero, por el art. 3 del protocolo adicional, que – reconociendo el derecho a elecciones libres – incluye algunas puntualizaciones útiles para precisar su contenido: las elecciones deben tener lugar a intervalos razonable, respetar el secreto del voto, asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. Además, el art. 1 del protocolo XII introduce una general prohibición a la discriminación basada en la pertenencia a minorías nacionales.

A su vez, el art. 11 del Convenio reconoce a cada persona el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; el ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de restricciones distintas de las que son establecidas por ley y que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para la defensa del orden y de la prevención de crímenes, para la protección de la salud o de la moral y para la protección de los derechos y libertades de los demás.

No son más detalladas las disposiciones de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, que podrían ser utilizadas (*ad adiuvandum*) por el Tribunal europeo en sede de motivación: esa, de hecho, considera sólo la libertad de asociación política y de creación de partidos (art. 12), así como la prohibición de discriminación fundada sobre opiniones políticas (art. 21).

No obstante dichos límites normativos, la jurisprudencia europea ofrece algunas útiles e interesantes puntualizaciones inherentes al contenido legal de dichos derechos políticos.

Por ejemplo, recuerda que el derecho a elecciones libres, aunque es un derecho fundamental de cada Estado democrático, puede ser sometido a condiciones y limitaciones conectadas a la evolución histórica y política de diferentes ordenamientos, pero se añade también que es competencia de los jueces asegurarse que las limitaciones puestas por cada País no compriman el mencionado derecho quitándole su eficacia.

Hay más. El derecho a elecciones libres contempla el derecho a competir libremente y en condiciones de regularidad, además deben asegurarse iguales oportunidades (*par condicio*). En consecuencia de esto, la garantía de la regularidad del procedimiento constituye un deber que los Estados tienen que cumplir (“*a positive duty to hold free and fair elections*”). Finalmente, siempre hay que asegurar la existencia de un remedio jurisdiccional en frente de una autoridad independiente y profesionalmente competente.

El Tribunal europeo en varias ocasiones tuvo, también, que enfrentarse con el problema de la admisibilidad de las limitaciones al uso de este derecho fundamental para determinadas categorías de ciudadanos.

En relación a la limitación del derecho de voto para los detenidos el Tribunal europeo condenó el Reino Unido porque el art. 3 de la ley inglesa de 1983 quitaba a todos los prisioneros el derecho de voto, de manera indiferenciada, sin tener en cuenta algunos elementos como la duración de la pena, la gravedad del crimen cometido y la situación personal del detenido. Según el Tribunal, una restricción general y automática del derecho

de voto exorbita el margen de apreciación nacional de los Estados.

Igualmente el Tribunal sancionó la ley austriaca que privaba de los derechos civiles y políticos quién había recibido condenas penales, sin que existiera ninguna conexión directa entre los hechos que habían originado la condena y la naturaleza de la pena.⁶ Mientras que en otra sentencia se precisa la necesidad de que la grave sanción de la pérdida del fundamental derecho de voto derive de una adecuada motivación presente en la sentencia definitiva de condena emitida por los jueces nacionales.⁷

En unos ordenamientos la limitación del derecho de voto está conectada al estatus de “doble ciudadanía” o a la residencia en el extranjero de los ciudadanos. En relación a esta última hipótesis, el Tribunal ha considerado – relativamente a la normativa del Reino Unido – que la exclusión *de qua* persigue el objetivo legítimo de circunscribir el derecho de voto a esos ciudadanos que mantienen una relación próxima con el Reino Unido y que, presumiblemente, resultan más interesados en sus leyes. Dicha limitación del derecho de voto respeta el criterio de proporcionalidad ya que la prohibición opera en relación a los que no residen en el Reino Unido sólo después del decimoquinto año de su traslado en otro País. Dicho de otra forma, el Tribunal considera que la legislación disputada alcanza un punto de equilibrio entre el auténtico interés del recurrente – en su cualidad de ciudadano británico – de participar a las elecciones parlamentarias de

su País de origen y la política legislativa del Estado de imponer una limitación del derecho de voto parlamentario a aquellos ciudadanos que no tienen una estricta relación con el Reino Unido.

El tema de la “doble ciudadanía” ha sido, al revés, analizado en relación al electorado pasivo (en este caso, se trataba de la doble ciudadanía moldava y rumana): el Tribunal no niega que, en abstracto, dicha prohibición pueda encontrar una justificación por los acontecimientos históricos del País, pero subraya la existencia de una contradicción en el hecho de que la prohibición no haya sido introducida en correspondencia de la primeras elecciones relacionadas a la adquisición de la independencia en 1991, sino posteriormente, a través de la reforma electoral de 2008, lo que presenta – por lo tanto – los elementos propios de una medida desproporcionada y excesivamente restrictiva tanto de los derechos individuales, como de la “libre expresión de la opinión del pueblo en relación a la elección del cuerpo electoral”.⁸

En la evaluación de los casos antes evidenciados sobresale que un elemento determinante para la legitimidad o menos de las medidas restrictivas del derecho de voto es el “factor tiempo”. Dicha consideración es reforzada por el examen de otra decisión que ha considerado ilegítima la normativa de Bosnia- Herzegovina que prohibía a gitanos y judíos de presentarse como candidatos para la Cámara de los pueblos de la asamblea parlamentaria y para la presidencia del

6 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Frodl c. Austria*, recurso n. 20201/04, decisión de 8 abril 2010.

7 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Scoppola c. Italia*, recurso n. 126/05, decisión de 22 de mayo 2012.

8 Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Tanase c. Moldavia*, recurso n. 7/08, decisión del 2 abril 2010.

Estado.⁹ Dicha prohibición aparecía racional en el contexto de un País lacerado por una guerra civil de naturaleza étnica y funcional para favorecer un proceso de paz; pero cuando la exigencia de consolidar la paz entre grupos étnicos había terminado, la permanencia de la mencionada regla habría configurado una hipótesis de discriminación a base étnica.

Finalmente, merece una mención la sentencia en la cual el Tribunal evalúa la legitimidad de la decisión en la cual la Corte constitucional de Lituania ha declarado la decadencia del elegido Presidente de la República y la consecuente pérdida de su derecho de electorado pasivo. El Tribunal europeo, acogiendo las observaciones del recurrente, ha considerado que dicha medida lesionase el derecho a un proceso justo, así como el derecho a elecciones libres, ya que la medida resultaba ser desproporcionada y excesiva (en el caso concreto se contestaba al recurrente de haber concedido, de forma excepcional, la ciudadanía lituana a un empresario ruso en cualidad de recompensa para las financiaciones suministradas durante la campaña electoral).

3.2. Decisiones de los Tribunales Constitucionales en relación a la disolución de partidos políticos.

Varios ordenamientos han codificado cláusulas específicas de limitación o de

suspensión de los derechos y de las libertades garantizadas en los textos constitucionales: con el fin de evitar que el pleno, incondicionado o indiscriminado ejercicio de una libertad pueda comprometer el carácter democrático de un ordenamiento. Se apela, de tal modo, al concepto de “democracia que se defiende”, en el sentido de que, tal vez, la permanencia de los derechos fundamentales y de las instituciones que aseguran el carácter democrático de un régimen político pueden ser asegurados a través de la suspensión temporal o atenuación de las garantías constitucionales en materia de derechos.

Algunas importantes limitaciones al derecho constitucional de organizar y inscribirse en partidos políticos se encuentran en las disposiciones que prevén la disolución de asociaciones o de partidos considerados “antisistema” — cuyo programa o cuya acción política son considerados incompatibles con los principios democráticos o los valores de referencia del sistema constitucional.¹⁰

Las soluciones adoptadas en cada uno de los ordenamientos resultan bastante variadas y obedecen a la peculiaridad del contexto político e institucional de cada ordenamiento: a pesar de ello, es posible — según nuestra opinión— mostrar algunos perfiles comunes, de naturaleza general. Ante todo, las limitaciones a la actividad de los partidos parece inscribirse en su conjunto en el seno de los límites trazados por la Corte europea

⁹ Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos: *Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, recursos n. 27996/06; 34836/06, decisión del 22 diciembre 2009.

¹⁰ La normativa más interesante ha concernido la República federal de Alemania (artt. 9-21 de la Ley fundamental), los Estados Unidos de América (*Subversive Activities Control Act de 1950, Communism Control Act de 1954*), Israel (*Basic Law de la Knesset*) la Turquía (*inconstitucionalidad de partidos por actividades contrarias al principio de laicidad del Estado*) y España (*ley orgánica n. 6 de 2002*).

de los derechos del hombre que, con su jurisprudencia, reconoce el derecho de un ordenamiento democrático a defenderse, aunque con los instrumentos propios de la democracia: es decir, sin desnaturalizarse. Se consideran “medidas necesarias en una sociedad democrática” las que buscan excluir de la vida pública partidos y movimientos que ataquen las bases fundamentales de la convivencia democrática, constituidas por la tolerancia, el pluralismo, por la libertad de expresión y de discusión política.

Sin embargo, la exigencia de combatir las actividades antidemocráticas sin lesionar los principios propios de la democracia ha inducido a los Tribunales constitucionales o supremos para precisar el alcance normativo de las disposiciones de ley, llevando a cabo una interpretación de éstas conforme a la Constitución.

A título de ejemplo, se puede subrayar cómo la jurisprudencia de naturaleza constitucional ha considerado que las limitaciones al derecho de asociación política deben hacer referencia no a las finalidades, sino a la acción política concreta, no a los programas y a los objetivos últimos, sino a los instrumentos usados. La perturbación del carácter democrático del ordenamiento no debe ser reconstruida en abstracto — por ejemplo a la luz de meras referencias programáticas o ideológicas —, sino que debe resultar a partir de los comportamientos que perturben de modo directo el orden constitucional, con una actitud agresiva y de lucha contra el orden democrático y liberal y con la adopción de métodos no democráticos o violentos.

En otros términos, no se debe violar el principio de constitucional de proporcionalidad, debe ser demostrada la subsistencia de

una relación concreta entre la acción del partido y los peligros para el ordenamiento constitucional; el juicio sobre la naturaleza del partido político no debe versar sobre “intenciones”, sobre posibles consecuencias remotas, sino que debe estar fundado más bien sobre la existencia de un riesgo grave e inminente. Además, la disolución de un partido no debe ser considerada tanto una medida preventiva como una intervención para la garantía de la seguridad democrática.

En este contexto, merece remarcarse de forma explícita la dirección tomada por la Corte Suprema de Israel, que, al aplicar la normativa de las leyes sobre partidos, ha considerado que los límites impuestos al ejercicio de derechos fundamentales constitucionales (de asociación, de participación política, de manifestación del pensamiento) deben ser interpretados en sentido restrictivo: en consecuencia, ha precisado que el objetivo político de crear un Estado binacional basado en la convivencia de judíos y árabes no configura una negación del Estado de Israel como ordenamiento democrático del pueblo hebreo.

En sentido opuesto es interesante recordar la posición asumida por el Tribunal constitucional de Turquía en relación a la disolución de los partidos: ese, de hecho, ha adoptado una jurisprudencia (muchas veces censurada por el Tribunal europeo de derechos humanos) que resulta criticable porque ha utilizado la legislación en materia de partidos como un parámetro constitucional, en lugar de proveer una interpretación de la misma que fuera conforme al Convenio europeo, es decir convencionalmente correcta.

Más precisamente, hay que recordar que la Constitución de Turquía presenta un artículo

que prevé la disolución de los partidos políticos por razones substancialmente coherentes con los límites previstos por el Convenio (art. 68 Const.). Sin embargo, la legislación ordinaria prevé unas especificaciones del art. 68 Const. que son susceptibles de lesionar la libertad de asociación de los partidos: ellas, de hecho, determinan – por ejemplo – la prohibición de constituir partidos que son expresión de peculiaridades nacionales, religiosas, confesionales, raciales o lingüísticas; de utilizar idiomas distintos del turco en las actividades políticas; de promover culturas o lenguas diferentes de las turcas.

Por lo tanto, el Tribunal constitucional turco ha determinado la disolución de partidos a la luz de la legislación, generando un contencioso delante del Tribunal europeo, que – a su vez – ha considerado que dichas decisiones correspondían a medidas no proporcionadas a la protección de la integridad estatal y no necesarias para la defensa de una sociedad libre y democrática. El contencioso con la Turquía – por lo tanto – ha ofrecido al Tribunal europeo la oportunidad para reforzar algunos criterios interpretativos en asuntos de legítimo ejercicio de la libertad de asociación política: los partidos tienen que utilizar medios legales y– sin recurrir a la violencia – y deben respetar las reglas democráticas y los derechos constitucionales. Por eso, por ejemplo, la manifestación pacífica de

objetivos finalizados a perseguir una diferente organización del Estado no constituye un peligro por la democracia.

Otro punto de vista que, según nuestra opinión, debe ser subrayado consiste en el hecho de que los comportamientos que las leyes identifican para legitimar la disolución de partidos políticos o para situarlos fuera de la ley deben considerarse como especificativos de las disposiciones constitucionales en tema de partidos o asociaciones políticas, o relativas a la naturaleza constitucional del Estado. Deben resultar, en otros términos, *secundum Constitutionem*.¹¹

Además, el procedimiento que conduce a una eventual disolución debería desarrollarse de modo que asegurase la salvaguardia de los derechos procesales constitucionalmente garantizados. Esta última consideración induce a sostener que tal competencia debe ser confiada a un órgano jurisdiccional más bien administrativo o incluso político. Las observaciones precedentes, a su vez, deberían considerar más congruente la elección del juez constitucional (como en la República Federal de Alemania, en Portugal, en Turquía o en Israel, operando la Corte Suprema como verdadero juez constitucional) más que la de otros ordenamientos que reservan la competencia o a los tribunales ordinarios (Francia) o al Tribunal supremo (España).

11 *Piénsese en los arts. 18, 20 y 21 de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania; en los arts. 68 y 69 de la Constitución turca, según los cuales las actividades de los partidos políticos no deben estar en conflicto con los principios de una República laica y democrática, con los derechos humanos y el principio de igualdad, con la independencia, la integridad del Estado y su soberanía. O en las numerosas disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución de Portugal, que prohíbe las asociaciones armadas o de tipo militar, las organizaciones racistas o que se inspiren en la ideología fascista (art. 46), los partidos que, sin prejuicio por las ideas que inspiren sus programas, asumen denominaciones que apelen a religiones o emblemas de naturaleza religiosa (art. 51) o que no estén regidos por principios de transparencia o de organización democrática (art. 51).*