

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA PRIMERA**

Nº. de Registro: 4692-2016

Excmos. Sres.:

D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
D^a. Encarnación Roca Trías
D. Andrés Ollero Tassara
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Juan Antonio Xiol Ríos

ASUNTO: Recurso de amparo electoral promovido por Arnaldo Otegi Mondragón.

SOBRE: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo 2 de San Sebastián en Procedimiento sobre materia electoral 308/16.

A U T O

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de septiembre de 2016, el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, en nombre y representación de don Arnaldo Otegi Mondragón interpuso recurso de amparo electoral contra el Acuerdo de Junta Electoral del Territorio Histórico de Gipuzkoa de 29 de agosto de 2016, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al Acuerdo de dicha Junta 23 de agosto de 2016, excluyendo al hoy recurrente en amparo como candidato de la candidatura presentada por EH Bildu por el Territorio Histórico de Gipuzkoa para las Elecciones al Parlamento Vasco del 25 de septiembre de 2016, así como frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia de 2 de septiembre 2016.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

El hoy recurrente en amparo integraba como candidato 01 la candidatura Euskal Herria Bildu (EH Bildu) por el Territorio Histórico de Gipuzkoa para las Elecciones al Parlamento Vasco del 25 de septiembre de 2016 (publicada en el Boletín Oficial de País Vasco de 24 de agosto de 2016 –BOPV nº 160–).

Mediante Acuerdo de 23 de agosto de 2016 la Junta Electoral del Territorio Histórico de Gipuzkoa puso en conocimiento del Representante Territorial de la Candidatura de EH Bildu "la

irregularidad advertida" en relación con el recurrente, "al encontrarse condenado a la pena de inhabilitación, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, desde el 4/09/2014 hasta el 28/02/2021, conforme a la liquidación de Condena firme practicada en la Ejecutoria n ° 21/2012, dimanante del rollo n° 95/2009, de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional, y de todo ello, se deduce que el candidato D. Arnaldo Otegi Mondragón, se encuentra incurso en la causa de inelegibilidad prevista en el art. 4.7 b de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, en relación al art. 6.2 b de la ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General".

Interpuesto recurso de reposición contra el Acuerdo de 23 de agosto citado, la Junta Electoral dictó nuevo Acuerdo de fecha 29 de agosto de 2016, desestimándolo y procediendo a la proclamación de la candidatura de EH Bildu, excluyendo de la misma al hoy recurrente en amparo como candidato, "quedando configurada la citada candidatura, con arreglo a lo dispuesto en el art. 65.2 ley 5/1990". La relación de candidaturas proclamadas se publicó en el Boletín Oficial del País Vasco n° 164, de 30 de agosto de 2016, conforme a lo establecido en dicha resolución.

Frente a dicho Acuerdo, se interpuso por parte de la representación procesal de D. Arnaldo Otegi Mondragón recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia, alegando que la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo debía considerarse extinguida pues, como pena accesoria de la pena de prisión de seis años y seis meses –que se había extinguido el día 1 de marzo de 2016– habría de correr la misma suerte que esta. El recurso fue desestimado por Sentencia de 2 de septiembre de 2016, notificada ese mismo día. En dicha resolución, comienza el Juzgado exponiendo los principales hitos del procedimiento de ejecución de la Sentencia de 16 de septiembre de 2011, de la Sala de lo Penal, sección 4ª, de la Audiencia Nacional, dictada en el Rollo de Sala n° 95/09, por la que se condenaba al hoy recurrente en amparo como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista, en grado de dirigente, a las penas de diez años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y que fue revocada parcialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2012, reduciendo las condenas a seis años y medio, que adquirió firmeza por Auto de 23 de mayo de 2012. De su examen –muy particularmente, de la providencia de 24 de enero de 2013, por la que se aprueba la liquidación de condena de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo– extrae el órgano judicial, de un lado, que el cumplimiento efectivo de la pena

de prisión y la de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo no coincide temporalmente porque hasta el 4-9-2014 “el penado cumplía pena de inhabilitación absoluta derivada de la ejecutoria n° 130/2007” de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional “y con fecha de cumplimiento de 28 de febrero de 2021”. Y de otro lado, señala que, a los efectos que aquí interesan, “la privación del derecho de sufragio pasivo representa una cuestión judicialmente agotada, al haberse examinado ante las instancias oportunas, y haber devenido firme y consentida por el propio recurrente, quien no la recurrió cuando tuvo la oportunidad procesal que el ordenamiento jurídico le otorgaba para hacerlo (y argumentos no le faltaban a la vista de las alegaciones esgrimidas en el seno de este procedimiento), debiendo desestimarse, en consecuencia, el presente recurso contencioso especial, sin necesidad de ulteriores argumentaciones”.

3. Las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas son, de forma resumida, las siguientes:

a) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el principio de legalidad penal consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 CE y 7.1 CEDH. Tal infracción se habría producido al considerar que la Sentencia recurrida priva al recurrente del derecho de sufragio pasivo, por entender que tal privación “representa una cuestión judicialmente agotada, al haberse examinado ante las instancias oportunas, y haber devenido firme y consentida por el propio recurrente, quien no la recurrió cuando tuvo la oportunidad que el ordenamiento jurídico le otorgaba para hacerlo”. De esta manera, el Juzgado declina entrar a analizar los motivos alegados en el escrito de recurso contencioso-administrativo, ignorando el principio de legalidad en la ejecución de las penas y el sometimiento que ello conlleva al cumplimiento, en sus estrictos términos, de la Sentencia de 16 de septiembre de 2011 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la que, de manera expresa e inequívoca, se otorga a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo la naturaleza de pena accesoria de la pena privativa de libertad. De acuerdo con dicha Sentencia, entiende el recurrente que el cumplimiento de la pena de privación del derecho de sufragio pasivo en este caso, como pena accesoria que es, se produjo “durante el tiempo de la condena” y se extinguió con ella el 1 de marzo de 2016. Por el contrario, la liquidación de condena aprobada en fase de ejecución de la Sentencia mediante providencia de 24 de enero de 2013, que fija la fecha de extinción de la pena privativa de derechos para el día 28 de febrero de 2021, altera el mandato de la citada Sentencia de la Audiencia Nacional, al efectuar el cómputo para su cumplimiento como si de una pena principal se tratara.

Al respecto, señala el recurrente, que la citada providencia es una resolución judicial firme pero no intangible, no rigiendo para ella la eficacia de la cosa juzgada.

De acuerdo con todo ello, entiende la representación procesal del Sr. Otegi que la cuestión de la naturaleza de la pena privativa de derechos impuesta y de su régimen legal son cuestiones cuyo examen es previo para poder enjuiciar desde una perspectiva constitucional la Sentencia objeto del presente recurso de amparo. A este respecto, recuerda –con cita de la STC 1/1997, de 13 de enero, FJ 4– que este Tribunal puede entrar a analizar la interpretación de los preceptos penales realizada por los órganos de la Jurisdicción ordinaria, entre otros supuestos, "cuando restringe indebidamente el libre ejercicio de los derechos fundamentales".

Partiendo de ahí, de la lectura de las Sentencias recaídas en relación con el Sr. Otegi (cuyo cierre está constituido por la STS de 7 de mayo de 2012, que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto, entre otros, por su representación procesal contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2011) y, conforme a lo establecido en el art. 56 Código Penal, se llega a la conclusión de que la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo que le fue impuesta es una pena accesoria de la pena de prisión de seis años y seis meses y que su duración debe ser la del tiempo de esta última. Sin embargo, la liquidación aprobada por providencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2013 –que esta representación procesal reconoce no haber recurrido en tiempo y forma–, se realizó conjuntamente para las dos penas privativas de derechos impuestas al hoy recurrente en amparo (inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para empleo o cargo público), sin tener en cuenta que la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público es pena principal (como figura expresamente en el artículo 516.2 C.P. por el que se condenó al solicitante de amparo) y la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo es pena accesoria a la pena privativa de libertad. Tal proceder sería contrario a las exigencias derivadas de lo dispuesto en los arts. 9.3 y 25.1 CE, conforme a los cuales, el cumplimiento de las penas ha de llevarse a cabo con total sumisión a lo establecido en el Código Penal y al contenido de la Sentencia correspondiente, como recuerda el tenor literal del art. 3.2 CP.

Ataca la representación procesal del recurrente, a continuación, la condición de firmeza de la liquidación de condena practicada, pues de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina constitucional, a este tipo de resoluciones no les alcanza dicha eficacia.

En este sentido, concluye señalando –con cita de lo expresado en la STC 27/1998, de 27 de enero, FJ 3, en relación a una infracción de lo dispuesto en el art. 23.2 CE– que "el aquietamiento ante una infracción de la legalidad no impide que pueda obtenerse la reparación de una ulterior lesión con relevancia constitucional".

Con cita de los arts. 54 y siguientes, 32, 79 y 33.6 CP, se mantiene que sea cual sea la duración de una pena privativa de derechos, cuando funciona como accesoria su duración será lo que dure la principal, salvo en los casos en que se disponga otra cosa en el Código Penal (art. 33.6 CP). Las penas accesorias –se abunda– no solo durarían lo que dura la principal, sino que se cumplen simultáneamente. Por tanto, en este caso, la extinción sería, por remisión, la correspondiente a la pena de prisión. A título de ejemplo, se acompañan las liquidaciones de condena realizadas en la misma causa penal a las otras cuatro personas condenadas, a las que se impusieron las mismas clases de penas, practicándoseles solamente la liquidación de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, al ser pena principal, entendiéndose que la pena accesoria (la inhabilitación especial para el derecho de sufragio) se extinguiría con la pena de prisión. Esta idea se refuerza con la cita de distintos preceptos legales que pondrían de manifiesto la relación de accesoriadad de la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo respecto a la pena privativa de libertad [arts. 39 b); 44; 56.1 CP y 6.2 a) y 137 LOREG], así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con dicha pena accesoria (se citan, entre otras, las SSTS de 19 de diciembre de 1994, FJ 2; 20 de mayo de 1993, FJ 4 y los AATS de 29 de febrero de 2016 y de 11 de septiembre de 2008).

El hecho de que en este caso se diera a la pena accesoria un tratamiento distinto al otorgado a la pena principal, determinándose que su extinción, en lugar de producirse con la de esta última –el día 1 de marzo de 2016–, se produciría el 28 de febrero de 2021 (esto es, cinco años después) supondría una modificación de la naturaleza accesoria de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, tal y como fue establecida en la sentencia la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, así como una infracción de la regla general sobre el cumplimiento simultáneo de las penas contenido en el art. 73 C.P.

b) Como consecuencia de todo lo dicho anteriormente, considera el recurrente que se ha producido también una infracción del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos en su vertiente del ejercicio del derecho de sufragio pasivo art. 23.2 CE. En apoyo de esta alegación, se señalan algunos aspectos generales que esta representación procesal considera

de interés, respecto a la doctrina sentada por este Tribunal en relación con los derechos contenidos en el art. 23 CE y, en particular, los de su apartado segundo. Sobre esa base, se señala que la elegibilidad es un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser electores, que viene configurado negativamente por las leyes que fijan las causas de inelegibilidad, de manera que no puede negarse esa capacidad para ser elegible a quien, estando en pleno uso de sus derechos políticos, no está incurso en ninguna causa de inelegibilidad, so pena de infringir el art. 23.2 C.E. (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 6). La inelegibilidad definida por la LOREG delimita el derecho, de modo que será ella, en tanto respete el contenido esencial, la decisiva para conocer si se ha producido una privación del derecho electoral pasivo. Las causas de inelegibilidad recogidas en el art. 6.2 LOREG, o en la legislación electoral autonómica, no son *numerus clausus* sino que hay que añadir las derivadas de determinadas penas previstas en el Código Penal, las cuales deberán de ser interpretadas siempre dentro del marco constitucional.

En todo caso –continúa esta parte procesal–, no cabe la posibilidad de interpretar extensivamente la formulación legal de las causas de inelegibilidad (STC 28/1986, de 20 de febrero, FJ 4). O dicho en otros términos, no cabe reducir materialmente el ámbito del derecho reconocido en el art. 23.2 CE a través de restricciones no previstas formalmente en la norma, pues la previsibilidad de esas limitaciones constituye una de las primeras exigencias dimanantes del mismo (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5). Y esto es lo que habría ocurrido en el presente supuesto, pues, frente a la efectividad del derecho fundamental del art. 23.2 CE, se antepone una liquidación de condena que además de no gozar del efecto de cosa juzgada –según se razona en el motivo anterior–, se ha efectuado conjuntamente con una pena principal (inhabilitación especial para empleo o cargo público), dándole el mismo tratamiento que a ésta, alterando su carácter accesorio y produciendo el efecto de que finalmente esa pena no se ejecute "durante el tiempo de la condena" –mandato legal de significado y alcance indiscutible para el recurrente–, sino que su extinción se producirá cinco años después de haber finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad, a pesar de que fue la razón y origen de su imposición y a ella debe ir anudada hasta su completa ejecución. Ello comporta una agravación punitiva para el recurrente.

Es desde esa perspectiva –se afirma– desde la que debe examinarse este amparo electoral, pues el contenido del derecho fundamental del artículo 23.2 CE se constituye en límite de las actuaciones judiciales. De acuerdo con las consideraciones ya realizadas en el motivo anterior, se entiende que en este caso se ha producido un cambio drástico en los parámetros del cómputo de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que está

prevista legalmente, que supone una extensión de la formulación legal contenida en el art. 561.1.2 CP, que la hace imprevisible en sentido restrictivo y desfavorable al ejercicio del derecho fundamental del art. 23.2 CE del recurrente. En definitiva, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia restringiría indebidamente el libre ejercicio del derecho de participación política de D. Arnaldo Otegi Mondragón, en su vertiente de ejercicio de sufragio pasivo.

Concluye su escrito el recurrente señalando –a mayor abundamiento– que, afectando la cuestión planteada a derechos fundamentales tan relevantes para la integración y participación en la vida social como el derecho de sufragio pasivo y el derecho a acceso a cargos públicos (art. 23.2 CE), es preciso realizar una interpretación favorecedora de la resocialización de los penados (art. 25.2 CE) que, por lo demás, se halla presente en el propio fundamento jurídico-criminal de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, cual es la incompatibilidad material entre condena de prisión y desempeño de cargo público.

II. Fundamentos Jurídicos

1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1 LOREG, y de acuerdo también con una consolidada doctrina constitucional, constituyen posible objeto de un recurso de amparo electoral los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidaturas y candidatos y las resoluciones jurisdiccionales dictadas por los órganos judiciales en cada caso competentes para resolver los recursos contencioso-electorales que se promuevan contra aquellos Acuerdos (SSTC, entre otras, 78/1987, de 26 de mayo, FJ 2; 160/1989, de 10 de octubre, FJ 1; 26/2000, de 26 de febrero, FF JJ 1 y 2; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 1).

Así pues, las únicas decisiones susceptibles de impugnación en el presente recurso de amparo electoral, y, que, por consiguiente, constituyen su exclusivo objeto, son el Acuerdo de la Junta Electoral del Territorio Histórico de Guipúzcoa, de 29 de agosto de 2016, que excluyó al recurrente en amparo, don Arnaldo Otegui Mondragón, como candidato de la Candidatura presentada por Euskal Herria Bildu (EH Bildu) en el Territorio Histórico de Guipúzcoa a las elecciones al Parlamento Vasco a celebrar el próximo día 25 de septiembre, por encontrarse

incurso en la causa de inelegibilidad prevista en el art. 4.7.b) de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, en relación con el art. 6.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, y la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de San Sebastián, de 2 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso contencioso-electoral interpuesto por el ahora recurrente en amparo contra aquel Acuerdo de la Junta Electoral del Territorio Histórico de Guipúzcoa.

2. La Junta Electoral fundó la decisión de excluir al recurrente en amparo como candidato, tras conferir a la formación política que presentó la Candidatura el plazo de subsanación legalmente previsto (art. 47 LOREG), sin que por parte de dicha formación política se procediera a la subsanación requerida, en que el candidato se encontraba condenado entre otras penas, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, a la de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, habiéndose establecido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por providencia de 24 de enero de 2013, periodo de liquidación de aquella pena con fecha de comienzo el día 4 de septiembre de 2014 y con fecha de cumplimiento el día 28 de febrero de 2021. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de San Sebastián, como se ha dejado constancia en los antecedentes, desestimó el recurso contencioso-electoral promovido por el solicitante de amparo contra el Acuerdo de la Junta Electoral, confirmando éste en su integridad.

3. El ahora recurrente en amparo se aquietó y consintió en su momento en el orden jurisdiccional penal, en lo que a la liquidación señalada para la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo se refiere, la providencia de 24 de enero de 2013, que devino firme. Providencia que en todo caso, ante las alegaciones que respecto a la liquidación de la condena practicada se efectúan en la demanda de amparo, no puede ser en modo alguno objeto del presente recurso de amparo electoral, ni, al no ser la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para determinar el cumplimiento de las penas y su liquidación, podía haber sido objeto del proceso contencioso electoral que el demandante en amparo promovió contra el Acuerdo de la Junta Electoral que le excluyó como candidato a las elecciones al Parlamento Vasco por el Territorio Histórico de Guipúzcoa.

Así las cosas, como evidentemente lo son, ninguna vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo, y en concreto, del derecho de acceso a los cargos públicos que proclama el art. 23.2 CE, cabe imputar al Acuerdo de la Junta Electoral que excluyó como candidato al recurrente por encontrarse incurso en una causa de inelegibilidad legalmente prevista, en virtud de una resolución judicial firme -providencia de 24 de enero de 2013- recaía en la ejecutoria del proceso penal en el que fue condenado, pues la Junta Electoral estaba compelida a dar cumplimiento (art. 118 CE) a aquella resolución judicial determinante de la causa de inelegibilidad apreciada. Ni tampoco cabe formular reproche alguno a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso contencioso-electoral promovido por el recurrente en amparo contra el Acuerdo de la Junta Electoral, que vino a confirmar, pues, en el ejercicio de la función jurisdiccional encomendada por la LOREG (art. 49.1 LOREG) y en el ámbito de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 24 LOPJ), el objeto del proceso contencioso-electoral no era otro que determinar la conformidad o no con el Ordenamiento jurídico del Acuerdo recurrido, sin que en ningún caso pudiera extenderse el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a enjuiciar o revisar la resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional penal respecto a la liquidación de condena de la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

Madrid, a 6 de septiembre de 2016.