



Strasbourg, 19 February / février / de febrero 2024

CDL-PI(2024)004

Or. Engl./Fr./Esp.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

(VENICE COMMISSION)

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT

(COMMISSION DE VENISE)

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO

(COMISIÓN DE VENECIA)

**4TH SCIENTIFIC ELECTORAL EXPERT DEBATES:
THE STABILITY OF ELECTORAL LAW**

Barcelona, Spain, 3 November 2023

**4^e ENTRETIENS SCIENTIFIQUES DES EXPERTS ÉLECTORAUX :
LA STABILITÉ DU DROIT ÉLECTORAL**

Barcelone, Espagne, 3 novembre 2023

**4^º SEMINARIO DE EXPERTOS ELECTORALES:
LA ESTABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN ELECTORAL**

Barcelona, España, 3 de noviembre de 2023

PROCEEDINGS / ACTES / ACTA

Table of Contents

Opening remarks: Importance of the stability of electoral law in the current European context law	4
Stewart DICKSON, President of the Council for Democratic Elections	4
1 st Panel: The scope of the principle of the stability of electoral law	6
Josep Maria Castellà Andreu, Full Professor of Constitutional Law, Universidad de Barcelona, Former member of the Venice Commission.....	6
The stability of electoral law. Some preliminary remarks	6
Enrique Arnaldo Alcubilla, Magistrado del Tribunal Constitucional, España.....	10
El ámbito de aplicación del principio de estabilidad de la legislación electoral	10
Damien Cottier, Président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, représentant la Commission des questions politiques et de la démocratie, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.....	17
La portée du principe de stabilité du droit électoral.....	17
Eirik Holmøyvik, Member of the Venice Commission, Norway, Substitute member of the Council for Democratic Elections, Norway	23
The scope according to the Code of Good Practice in Electoral Matters	23
2 nd Panel: Regulatory levels – including the role of secondary (EMBs') legislation	31
Manuel Delgado Iribarren, Letrado de las Cortes ante la Junta Electoral Central.....	31
Óscar Sánchez Muñoz, Substitute Member of the Venice Commission, Spain.....	38
Toni Greblă, Président de l'Autorité électorale permanente, Roumanie.....	46
3 rd Panel: The timing of the change	51
Marco Olivetti, Full Professor of Constitutional Law, LUMSA, Rome	51
Srdjan Darmanović, Vice-President of the Council for Democratic Elections, Member of the Venice Commission, Montenegro.....	57
One-year Rule is Still Relevant	57
4 th Panel: Emergency situations	63
Carlos Vidal Prado, Miembro de la Junta Electoral Central, España, catedrático de Derecho Constitucional, UNED	63
Estabilidad de la Legislación Electoral en situaciones de emergencia	63
Oliver Kask, Former President of the Council for Democratic Elections, Substitute member of the Venice Commission, Estonia.....	74

5th Panel: Digital technologies and elections.....	77
María Garrote de Marcos, Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Complutense, Madrid.....	77
Tecnologías digitales y elecciones. Qué significa el principio de estabilidad de la ley electoral en este ámbito	77
José Luis Vargas Valdez, Miembro de la Comisión de Venecia, magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial, México	84
Desafíos en la Era Digital	84
Closing session: The possible need for an update of the standards on the basis of practice.....	93
Rafael Rubio Núñez, Full Professor of Constitutional Law, Universidad Complutense, Madrid, Former substitute member of the Venice Commission	93
Elements for the conclusions: possible amendments / complements to the interpretative declaration on the stability of electoral law	93
Katharina Pabel, Substitute member of the Venice Commission and of the Council for Democratic Elections, Austria	100

Opening remarks: Importance of the stability of electoral law in the current European context law**Stewart DICKSON, President of the Council for Democratic Elections**

Ladies and gentlemen, dear colleagues,

It is a pleasure for me to introduce the fourth scientific electoral experts debates on the stability of electoral law. First of all, I would like to thank Mr Andreu Olesti Rallo, Dean of the faculty of law of the University of Barcelona for hosting our discussions today and all the partners of this event for their good cooperation with the Council for Democratic Elections of the Council of Europe.

I would like to quickly say a few words about the Congress of Local and Regional Authorities and the Council for Democratic Elections. The Congress is one of the two political assemblies of the Council of Europe (the other being the Parliamentary Assembly). I have been a member of the Congress and an elected representative of the Northern Ireland Assembly since 2011. As the guardian of local and regional democracy, the Congress has received mandate to observe local and regional elections in the 46 member States. Therefore, the Congress, alongside the Parliamentary Assembly and the Venice Commission, is part of the Council for Democratic Elections, which I have the honour to preside.

The debates today are meant to be the continuation of close to three decades of discussions for all of us working in the field of elections, being elected representatives, members of electoral management bodies or legal experts. The adoption of the Code of Good Practice in Electoral Matters in 2002 and its interpretative declaration in 2005, established the importance of the principle of stability of electoral law in Council of Europe member States. Since then, most have kept a relatively stable electoral framework and have refrained from implementing significant amendments within a year before elections.

The “one year” stability principle has been widely discussed and perceived as a tool to ensure that the changes to the electoral legislation and the timing of their adoption would not constitute obvious attempts to manipulate the rules of the game. Indeed, such politically biased actions undermine citizens’ trust in the electoral processes and can lead voters to believe that the game is “rigged”, which is detrimental to democracy at all levels of government.

However, in some countries, significant changes to the election legislation have occurred frequently, and quite late before the elections. These situations not only did not provide enough time for consultations with relevant stakeholders, but also clearly limited the time for electoral preparations for the election administration, voters and political subjects. In my quality of head of numerous Congress election observation delegations, I observed the consequences of these changes on electoral processes, which can place an additional burden on election administration or create unbalances between contestants.

In addition, numerous countries have been recently confronted with emergency situations in a way that was not foreseen in the Code of Good Practice and had to adopt changes to their electoral framework in the face of risks to the life, health and security of the population. For instance, the Covid-19 pandemic, the Russian Federation’s aggression against Ukraine, and natural disasters, such as the earthquakes in Eastern Türkiye, have disrupted the normal timelines and conditions for holding democratic elections at all levels of government. Moreover, the growing challenges brought by digital technologies, due to their fast-paced evolution, must also be acknowledged in the context of the stability of the electoral law.

In that view, I would like to mention the Congress report on Local and regional elections in major crisis situations, adopted in 2020. It acknowledged that not all electoral standards can be kept in

major crisis situations including pandemics, natural disasters or armed conflicts. However, it stressed that a minimum core of electoral principles have to be upheld at all times for elections, including at local and regional level, to be meaningful and to enjoy the trust of the public in a democratic, pluralistic and accountable political environment.

Let me also emphasise that the reflection on the stability of electoral law is still as vibrant today as it was 20 years ago. For instance, a Congress delegation of fourteen members is deployed since today in the Republic of Moldova to observe the upcoming local elections. In this context, the question of stability was raised as changes to the right to be elected in the Electoral Code were adopted four months before the election day and again a few days before the end of registration of candidates. A joint opinion of the Venice Commission and ODIHR was released early October on this matter, but this situation exemplified three key aspects of the stability of electoral law, which we will discuss today, namely the scope of the principle, which currently only integrates fundamental elements but not the right to be elected, the timing of the change and the adaptation of the one-year principle, and finally, the specific changes brought to the electoral legislation during emergency situations.

To conclude, as the stability of electoral law is an important pillar supporting the principles of Europe's electoral heritage, today's five panels are an excellent opportunity to take stock on the recent experiences, based on the panellists' expertise, and on the shortcomings identified on the ground in order to reflect on our next steps. The Venice Commission and Council of Europe member States are confronted to multi-faceted challenges. For the first time since its creation, the Council had to expel a member State and a large-scale war is taking place in one of its member State. Also of concern is the situation in the Middle East, which directly impacts a number of the Council member States. In a world subjected to important transformations and radical changes, the fundamental of Europe's electoral heritage and by extension, the stability of electoral law, are questioned but have to show their propensity to adapt to these renewed challenges to protect robust democracies.

I hope this day of fruitful discussions will allow us to imagine whether or not an update of the interpretative declaration should be envisaged by the Council for Democratic Elections and the Venice Commission.

I thank you for your attention and look forward to participating in these highly needed panels.

1st Panel: The scope of the principle of the stability of electoral law

Josep Maria Castellà Andreu, Full Professor of Constitutional Law, Universidad de Barcelona, Former member of the Venice Commission

The stability of electoral law. Some preliminary remarks

On November 3, 2023, the 4th scientific electoral expert debate on “The stability of electoral law” took place at the Faculty of Law of the University of Barcelona. It was organized by the Venice Commission and the University of Barcelona, in particular by the Jean Monnet Chair on European Constitutional Democracy (EUCODEM) and the Group of Studies on Democracy and Constitutionalism (GEDECO) with the financial support of the Spanish Ministry of Science and Research through the Project “Countermajoritarian Instruments in the Constitutional State” (PID2019-104414GB-C32). Previously, in 2022 the Venice Commission and the GEDECO (in the context of the same research project) co-organized, with the Università La Sapienza, the International Round Table on “Shaping judicial councils to meet contemporary challenges” (Rome, 21-22 March 2022).

We are very satisfied with the collaboration with the Venice Commission on constitutional issues of common interest that raise controversies in many member States of the Venice Commission, the Council of Europe and the European Union at the present time. That is why these concerns deserve legal reflection by experts and academics, which could turn into proposals to update the Venice Commission documents and national legislation, where applicable. Members of the Venice Commission from several countries were invited to the Barcelona meeting, all of them experts in electoral matters, as well as other academics and jurists, especially Spanish, with deep knowledge of national, comparative and transnational electoral law. I thank the Venice Commission for the proposal and co-organization of the seminar, the Council for Democratic Elections for its outstanding participation, as well as the invited speakers and the audience for their valuable contributions, collected in this volume. On behalf of the University of Barcelona, Sara Alemán Merlo and doctors Núria González Campañá and Marco Antonio Simonelli deserve thanks for the organizational tasks carried out.

The stability of electoral law is provided for in the Code of good practice in electoral matters of the Venice Commission (CDL-AD(2002)023) among the “conditions for implementing” the principles of electoral law, together with the “regulatory levels” (II.2.B). It was subsequently the subject of an Interpretative Declaration adopted in 2005 (CDL-AD(2005)043). Many opinions and reports have referred to the electoral stability criteria and have specified them and applied them to specific cases. Also in 2022, the Revised Code of good practice on referendums (CDL-AD(2022)015) has included the regulatory levels and stability of referendum law (II.3).

The terms used in the Code of good practice in electoral matters to the electoral stability are synthetic but quite clear. They allude, first, to the regulatory level or rank of the electoral rules: rules at least with the rank of a statute and the fundamental elements must be provided for in the constitutions or qualified laws, leaving to the regulations of the Executive the rules on technical matters and detail. Secondly, they identify the fundamental elements of electoral law: electoral system proper, membership of electoral commissions and the drawing of the constituency boundaries. And thirdly, they introduce a time limit to the reform in these fundamental elements: “less than one year before an election.” The Explanatory Report of the Code and the Interpretative Declaration specify the content of these elements somewhat more, as we will see later.

The practice of more than twenty years has demonstrated the need and opportunity to establish the principle in the Code but has also shown that the interpretation and application of the criteria raise some doubts. For this reason, the Barcelona seminar aimed to delve deeper into different aspects involved with a view to a possible review of the criteria established in the Code of good practice in electoral matters. Specifically, the following panels were addressed: 1) the delimitation of the matters covered by the principle of stability; 2) its regulation at the different regulatory levels and, in particular, by the secondary legislation developed by the electoral authorities; 3) the time of the modification and its entry into force; 4) the reform of the electoral law during the states of emergency and other exceptional situations, an issue that with Covid and the war in Ukraine has reached great relevance due to the deficient previous regulation in many systems; 5) the impact of digital technologies on elections; and, by way of conclusion, 6) the aspects that should be updated in the Code of good practice.

In this introduction, I am going to refer only to three general issues: 1) what the principle of stability of electoral law of the Code protects, 2) the flexibility of the principle and criteria and its subsequent need of concretion; and 3) a brief reference to the Spanish case.

The principle of stability of electoral law has a formal and a material dimension. In the words of the Explanatory Report: “Stability of the law is crucial to credibility of the electoral process, which is itself vital to consolidating democracy” (no. 62). From the formal point of view, the stability of the electoral law implies providing certainty of the applicable electoral regulations, that the rules of the game are known before the call for elections so that political actors, supervisory bodies and citizens know what rules apply. It also presupposes the general nature of the electoral law. The Venice Commission regarding the stability of referendum law states specifically: “rules of referendum law should have at least the rank of a statute and not be adopted ad hoc for a specific referendum” (Code of Good practices on referendum. CDL-AD(2022)015, II.3.a). A rule of this type a priori does not make sense for electoral law.

From a material point of view, it tries to avoid confusing voters and the distrust in citizens if the party in power modifies the electoral rules to its convenience or interest just before the elections. This way it prevents the “mere semblance of manipulation” of the election results (Explanatory Report, no. 64). This is what the Venice Commission expresses: “Electoral reforms, especially of a fundamental nature, such as those entailing a change of electoral system, should be guided by the interests of voters and avoid any perception of favoring any political actor.” (CDL-AD(2023),034 no. 41, Chile Opinion on the 2023 Constitutional Reform).

The safeguarding of the stability of electoral law throughout the entire electoral process and with sufficient advance notice of its beginning must be done with flexible criteria, which allow an adequate response to new situations that arise (emergency, for instance, but other possibilities might also arise). The same Explanatory Report includes as a flexible solution to the prohibition of reform the year before: “to stipulate in the Constitution that, if the electoral law is amended, the old system will apply to the next election –at least if it takes place within the coming year– and the new one will take effect after that” (no. 66). Likewise, the Interpretative Declaration refers first of all to the fact that this principle of stability must be made compatible with other principles of the Code (“does not take precedence over the other principles”). Secondly, the reform would be legitimate if it tried to adapt the electoral law “to the standards of the European electoral heritage or to prevent the implementation of recommendations by international organisations”. That is, the prevailing idea is that the current situation contrary to standards cannot be maintained.

Furthermore, another example of flexibility is determined by the Code's option for the conjunction “or” and not “and” when referring to the relationship between the temporal criterion: the prohibition of reform during the year prior to the election, and the criterion of the range of the norm: should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law. The Interpretative Declaration (no. 3) seems to confirm this observation: “This principle only concerns the fundamental rules of electoral law, when they appear in ordinary law.” Thus, it seems to follow that if there is sufficient consensus to reform the supralegal norms, the prohibition of reform during the previous year can be waived. The fundamental objective of this requirement is to ensure a level of broad consensus.

This is what the Venice Commission indicates: “the delimitation of electoral constitutions should be reached by an inclusive political consensus and well in advance of elections” (CDL-AD(2012)012, no. 35, Joint Opinion on the Act on the elections of members of Parliament of Hungary). Here the “or” is replaced by “and”, with what appears to be cumulative criteria. As a general rule, it is not the same whether the reform is constitutional or qualified laws. The latter case could include an insufficient majority, for example, an absolute majority (half plus one of the full members of the House). In this case, in my opinion, the level of consensus with the opposition or some minority groups that is sufficient to bypass the general rule of prohibition is not guaranteed.

Furthermore, the broad consensus also implies that “any large-scale amendment of electoral legislation needs a thorough public debate and consultation not only among political parties represented in the Parliament, but also among other relevant actors outside the Parliament and civil society, leading to a broad consensus.” (Venice Commission/ODIHR, CDL-AD(2017)012, Republic of Moldova - Joint opinion on the draft laws on amending and completing certain legislative acts (electoral system for the election of the Parliament), no. 11). This is also provided by the Code of Good Practice on Referendum when referring to the principle of stability of referendum law (CDL-AD(2022)015, II.3.c. and no. 25 and 27).

The criterion followed by the Code of good practice in electoral matters to identify the “fundamental elements of electoral law” and, therefore, that require to be regulated at a level higher than ordinary law, is restrictive since it only includes those that are considered “decisive factors in the election results” or “most exposed” (Explanatory Report, no. 64 and 66): the electoral system proper; membership of electoral commissions; and the drawing of constituency boundaries. The Interpretative Declaration clarifies some points, particularly with respect to the third, which also includes: “the rules relating to the distribution of seats between the constituencies” In the Code of good practice on referendum it refers to other matters and is justified by the “the specific nature of referendums” (CDL-AD(2022)015, no. 24). However, some of these matters could also be applicable to elections, as is the case of: the rules on the franchise and electoral registers and, with due adaptations, the access to the public media of the participants.

I conclude with a brief reference to the Spanish case as a relevant case of great stability in electoral law. The 1978 Constitution includes the fundamental elements of the electoral regime (system, constituencies) and the Organic Law of the general electoral regime (LO 5/1985) develops and specifies them for all elections (Congress and Senate, city councils, European Parliament and legislative assemblies of the Autonomous Communities). For the election of the latter, in addition to the aforementioned organic law, the Statutes of autonomy of each Autonomous Community and the respective electoral law approved by each Parliament, normally by high qualified majorities (2/3 or 3/5) -except in Catalonia because its Parliament has not approved it in 44 years of self-government - regulate the aspects that the Organic Law

leaves at its free disposal (constituency, electoral threshold, minimum number of deputies per constituency, etc.). Since 1985 (actually since the first democratic elections in 1977) practically the same electoral rules have applied in Spain, with few reforms in substantial aspects. At the same time, almost all the approved reforms have had a great political consensus - including the majority and the opposition - that goes beyond the formal requirement required for the approval of an organic law: absolute majority of the Congress of Deputies (art. 81 SC). In this context, there are few cases in which electoral reform has been addressed without consensus and just before elections are called. This is what was attempted in the elections to the Parliament of the Valencian Community on May 28, 2023 by the majority groups - which saw its maintenance in danger - to, among other modifications, lower the electoral threshold of 5% to 3%. The proposal, however, did not have enough votes to be approved, since two-thirds were required.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Magistrado del Tribunal Constitucional, España

El ámbito de aplicación del principio de estabilidad de la legislación electoral

SUMARIO: I. La definición de la estabilidad del derecho electoral en el Código de Buenas Prácticas en materia electoral aprobado por la Comisión de Venecia. II. Referencia en algunas Constituciones iberoamericanas y en la jurisprudencia constitucional española a la estabilidad del derecho electoral. III. No hay un sistema electoral ideal: la balanza entre la justicia y la eficacia electorales es tarea extraordinariamente compleja y depende de múltiples factores. IV. ¿Cuándo se reforma un sistema electoral? La ingeniería electoral y los sistemas electorales. V. Constitución y sistema electoral. VI. La estabilidad y el dinamismo del legislador electoral.

La definición de la estabilidad del derecho electoral en el Código de Buenas Prácticas en materia electoral aprobado por la Comisión de Venecia.

El Código de Buenas Prácticas en materia electoral adoptado por la Comisión de Venecia en su 52ª reunión (18-19 de octubre de 2002), y aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su primer período de sesiones de 2023, incorpora como CONDICIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PATRIMONIO ELECTORAL EUROPEO, la estabilidad del derecho electoral. En concreto en los párrafos 63 a 67 del Código se dice:

“63. La estabilidad de la ley es un elemento importante de la credibilidad del proceso electoral que, a su vez, es esencial para la consolidación de la democracia. En efecto, si las reglas cambian con frecuencia, el votante puede sentirse desorientado y no llegar a comprenderlas, especialmente si son complejas. Y lo que es aún más importante: los votantes pueden llegar a pensar, con razón o sin ella, que el derecho electoral es un instrumento que manipulan en su favor quienes ejercen el poder y que, por lo tanto, el voto del electorado no es el elemento que decide el resultado de las elecciones.

64. En la práctica, lo que es necesario proteger no es tanto la estabilidad de los principios fundamentales que, probablemente, no se ven seriamente amenazados, sino la estabilidad de ciertas reglas más específicas del derecho electoral, en particular las relativas al sistema electoral propiamente dicho, la composición de las comisiones electorales y el trazado de las circunscripciones. Esos tres elementos a menudo son considerados, con razón o sin ella, factores determinantes de los resultados y deberán evitarse no solo las manipulaciones en favor del partido en el poder, sino también incluso las apariencias de manipulaciones.

65. Lo que se debe evitar no es tanto la modificación del sistema de votación, ya que éste siempre puede ser mejorado, sino la revisión de ese sistema frecuentemente, o incluso poco antes (menos de un año) de la fecha de las elecciones. Aún si no hubiera voluntad de manipulación, los cambios darán la impresión de que están dictados por intereses partidistas coyunturales.

66. Uno de los medios para evitar manipulaciones estriba en definir en la Constitución o en un texto superior a la ley ordinaria los elementos más sensibles (el sistema electoral propiamente dicho, la composición de las comisiones electorales, las circunscripciones o las reglas sobre el trazado de las circunscripciones). Otra solución, más flexible, consiste en prever en la Constitución que, en caso de modificación de la ley electoral, el antiguo sistema siga siendo aplicable en las próximas elecciones, por lo menos si éstas tienen lugar en el plazo de un año, y que el nuevo sistema se aplicará solamente para los escrutinios ulteriores.

67. Por lo demás, el derecho electoral debería, en principio, tener rango legislativo. Sin embargo, las normas de ejecución, en particular las reglas técnicas y de detalle, pueden ser de índole reglamentaria.”

Referencia en algunas Constituciones iberoamericanas y en la jurisprudencia constitucional española a la estabilidad del derecho electoral.

Muy pocas Constituciones han recogido este principio de estabilidad del derecho electoral, y las que lo han hecho, como las México o Brasil, lo han traducido en forma de prohibición de modificación de su ley electoral durante los meses previos a la convocatoria electoral, pero en ambos casos dentro de un plazo inferior al año recomendado por la Comisión de Venecia. El art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las leyes electorales federales deben promulgarse y publicarse (ha de entenderse también sus reformas) por lo menos noventa días antes de que se inicie el proceso electoral. Por su parte la Constitución de la República Federalista de Brasil establece en su artículo 16 que la ley que modifique el proceso electoral regirá desde la fecha de su publicación, pero solamente se aplicará a las elecciones que tengan lugar dentro de un año a partir de la fecha de su entrada en vigor.

Las Constituciones europeas no contienen este tipo de prohibición. No obstante, en España encontramos una referencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al principio de estabilidad del derecho electoral entendido como valor inequívoco para el fortalecimiento democrático. La referencia se encuentra en la STC 197/2014, de 4 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto de Autonomía que redujo el número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha fijando la horquilla de 25 a 35 que sustituye a la anterior de 47 a 59 diputados.

Los recurrentes invocaron la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica porque la reforma se adoptó "poco más de un año después de la anterior modificación de la ley electoral de la Comunidad Autónoma", la ley 4/2012. El Tribunal Constitucional responde en estos términos con cita expresa de la Comisión de Venecia, cuyo Código de Buenas Prácticas electorales invocó el recurrente:

“Tampoco puede fundarse tacha de inconstitucionalidad en el hecho de que «poco más de un año» antes —se dice en el recurso— de la adopción de la Ley Orgánica 2/2014 se hubiera reformado parcialmente, como así fue, la Ley electoral de Castilla-La Mancha. Este Tribunal no es juez, obviamente, de la pertinencia u oportunidad de la legislación y tampoco, por lo mismo, de si los cambios legislativos son o no necesarios o excesivos, calificaciones que sólo podrían expresarse desde una perspectiva política que, claro está, no es la nuestra. Tampoco, por lo tanto, podemos considerar siquiera lo que, en otro pasaje de la demanda, se reprocha como «actuación contradictoria en un breve lapso de tiempo», contradicción que vendría dada por el aumento de diputados a las Cortes de Castilla-La Mancha establecido en la antes citada Ley 4/2012 (que fijó su número en cincuenta y tres) y su reducción por la Ley Orgánica ahora impugnada. Ello con independencia de que no cabe hablar de actuación «contradictoria» del legislador cuando aquí se han sucedido, en rigor, leyes que son, una y otra, obra de distintos legisladores: el autonómico, autor de aquella Ley 4/2012, y el legislador orgánico nacional, que aprobó la Ley ahora impugnada. En suma, no se aprecia traza de inseguridad jurídica en la reforma estatutaria objeto de este recurso, sin que las recomendaciones invocadas por los recurrentes, de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), puedan matizar esta conclusión. No es sólo, en efecto, que tales directrices y recomendaciones no pueden constituirse en canon de nuestro enjuiciamiento, sino que, incluso, la transcrita en este motivo del recurso aconseja una «estabilidad del Derecho electoral» en ámbitos no afectados, en absoluto, por la Ley Orgánica 2/2014”

No hay un sistema electoral ideal: la balanza entre la justicia y la eficacia electorales es tarea extraordinariamente compleja y depende de múltiples factores.

Aunque quienes pertenecemos a las Ciencias Sociales no somos duchos en la Ciencias Exactas, estas nos cautivan cuando hablamos del sistema electoral. El Derecho Electoral es probablemente la parte más creativa del Derecho Constitucional. Se abre camino al disfrute intelectual, a la

elucubración sobre reformas de la geografía electoral, de la matemática electoral, de la demografía electoral e incluso de la ingeniería electoral en sus diversas especialidades.

Todos llevamos un creador, un escultor o arquitecto electoral en nuestro interior, pues todos aspiramos a encontrar el fiel de la balanza que personifica la justicia, y que en este campo es la justicia electoral, que al modo de Ulpiano significa dar a cada cual lo que la corresponde. Pocos retos más difíciles, sobre todo porque la justicia electoral nunca puede entenderse o examinarse aisladamente, en solitario. La justicia electoral se convierte en una desolada viuda si no se completa con la visión que proporciona el principio de eficacia traducido como gobernabilidad. El espejo fiel que es la justicia ha de ir necesariamente de la mano de la gobernabilidad.

Justicia y eficacia electorales constituyen un binomio eterno entre el que no cabe opción excluyente, pues uno no puede comprenderse sin el otro. De entenderse como alternativas se pondría en peligro la viabilidad ya no del sistema electoral sino del Estado democrático mismo. En este binomio eterno, en esta permanente discusión en la que percibimos que no encontramos una eficacia suficientemente justa ni una justicia lo bastante eficaz, la regla es dejar las cosas como están, es decir no alterar las reglas electorales. No correr riesgos es lo que se ha denominado principio de la conservación electoral o ley de la inercia. Se discute apasionadamente sobre hipótesis reformadoras en la doctrina, en el campo académico, lo mismo que entre los actores políticos, sobre todo entre los que se consideran injustamente tratados y hasta menospreciados por las reglas siempre pensadas para favorecer a los grandes y ricos, es decir, a los que obtienen más dividendos en términos de escaños o curules por relación con los votos expresados por los electores. Pero normalmente el debate acaba en libros, periódicos o discursos.

Es una idea repetida que no hay un sistema electoral ideal y que al optar por uno o por otro no se pueden satisfacer al tiempo exigencias diferentes y en la misma medida. No hay respuesta universalmente válida ni fórmulas imperecederas. El sistema electoral es fruto de un complejo conjunto de factores históricos, políticos, culturales. Desde antiguo, pues, se concluye que no es posible un sistema que sea al mismo tiempo y en el mismo grado justo y eficaz. Dieter Nohlen escribió que los sistemas electorales deben atender a cuestiones como la representación, la efectividad y la responsabilidad. Pero, obviamente, no pueden alcanzarse todos en la misma medida. Entre nosotros, Carreras y Vallés definieron tres funciones del sistema electoral: producir representación, ofrecer legitimación y crear gobierno. Así pues, además del genio invisible que es la legitimación, la misión del sistema electoral de producir representación (ínsita en la democracia representativa) debe considerar necesariamente aspectos que favorezcan la gobernabilidad o la formación de un gobierno estable; se apela, en fin, a la eficacia o efectividad combinada con la mayor justicia.

¿Cuándo se reforma un sistema electoral? La ingeniería electoral y los sistemas electorales.

Los sistemas electorales son mecanismos integrados por un conjunto de elementos para traducir o transformar los votos en escaños. Esos elementos conformantes del sistema electoral son el número total de representantes a elegir, la distribución de los escaños por distritos o circunscripciones, el tamaño magnitud de los distritos, la fórmula electoral, la barrera o umbral electoral y la estructura del voto (abierto, semiabierto o cerrado).

Los sistemas electorales producen efectos relevantes en el funcionamiento del sistema democrático, por lo que pueden modificarse en algunos extremos para tratar de corregir en algo esos concretos efectos y dar lugar a otros distintos. Se habla, en ese sentido de *ingeniería electoral* que opera con los elementos del sistema en un momento y lugar dados para lograr algún propósito específico, diferente del hasta entonces manifestado. -en no pocas ocasiones, no obstante, los sistemas electorales generan efectos diferentes de los buscados con su reforma suelen recordarse en este sentido, los casos de las reformas introducidas en Francia con el cambio a la fórmula proporcional o en México en 1994. Ciertamente las reformas electorales sistémicas, como

las dos citadas, o la de Bulgaria en 2009, son muy poco frecuentes porque las fuerzas políticas tienden a perpetuar los elementos definidos del sistema electoral salvo que las perjudiquen, caso único en que se plantea su reforma. Se recuerda habitualmente la cita que incluyen Cotteret y Emeri de aquel político francés que cuando suscitaba cualquier modificación, por leve que fuera, tomaba lápiz y papel para conocer con los datos de las elecciones precedentes como resultaría la distribución de escaños tras la reforma propuesta.

Como decía, los sistemas electorales tienden a perpetuarse por la *ley de la inercia*, en virtud de la cual tienden a permanecer inalterados, dado que para reformarlos debe concurrir la voluntad de las principales fuerzas políticas que, seguramente, se beneficiaron de sus efectos mecánicos, por lo que la viabilidad de esas iniciativas de reforma suele ser poco prometedora. Normalmente, las fuerzas políticas que se beneficiaron de los efectos del sistema electoral solo estarán abiertas a cambiarlo si piensan que seguirán siendo primadas por el nuevo o si temen un castigo electoral por oponerse a una iniciativa de reforma que cuenta con apoyo popular.

Son más frecuentes las reformas de los sistemas electorales en contextos de procesos de transición a la democracia o —en casos de democracias ya establecidas— en contextos de crisis institucional y de gobernabilidad graves, provocadas por problemas de legitimidad o por altos niveles de percepción de corrupción, como fueron los casos de Italia o de Japón en los años noventa (Montabes Conca). Fuera de esos contextos, las reformas electorales han tendido a ser de calado y consecuencias menores. En todo caso, la ingeniería electoral no es el mejor instrumento para resolver los problemas de los que adolecen las democracias, problemas que son serios, severos y múltiples, pero que, a mi juicio, se resumen en una palabra que en otros tiempos se aplicaba solo a las democracias emergentes pero que hoy es universalizable: la institucionalidad o mejor el déficit o deficiencia de inconstitucionalidad.

Hemos de constatar que el sistema mayoritario no goza de buena prensa, aunque sí de buena salud, allí donde se aplica. Las voces políticas y académicas se alían en la defensa del sistema proporcional y defienden ahondar o incrementar la proporcionalidad para alcanzar una mayor y mejor representatividad de la diversidad social. Ciertamente, la reforma de los sistemas electorales sigue generando un vivo debate —lo que da cuenta de su enorme relevancia para el funcionamiento democrático—, pero los aventurerismos electorales originan grandes recelos, de ahí que en no pocos países— la discusión no acaba traducéndose en la aprobación de una reforma, dada la fuerza innata a la inercia mencionada anteriormente. En otros, la reforma no ha generado los resultados esperados y se ha vuelto a cambiar el sistema electoral para adoptar el anterior a esta (de uno mayoritario a uno proporcional y a uno mayoritario de nuevo, en Francia en 1985 y 1986; o de uno proporcional a uno mixto y a uno proporcional de nuevo, en Bulgaria en 2009 y 2013). En otros países, en fin, ha sido la población la que ha decidido en referéndum apoyar o rechazar la reforma del sistema electoral, como hicieron —en sendos referéndum convocados al efecto— los ciudadanos de Nueva Zelanda, en 1992 y 1993 (el 85% de la ciudadanía apoyó cambiar el sistema mayoritario uninominal —que había generado resultados enormemente desproporcionales en los procesos electorales previos— e instaurar uno proporcional personalizado [el 54% votó a favor de esta opción en el segundo referéndum]), o del Reino Unido, en 2011 (el 68% se manifestó en contra de cambiar el sistema mayoritario, que sigue utilizándose hoy tradición de siglos) (Montabes Correa). La prudencia y el consenso son quizás los dos mejores consejos en materia electoral. Habría que preguntarse si los cambios son imprescindibles. No necesariamente la tesis de Heráclito —siempre favorable al cambio pues el río no es nunca igual— no rige necesariamente en materia electoral pues las reglas que lo configuran, como hemos señalado son permeables, al no operar autónomamente sino en relación otros factores como el sistema de partidos frente a lo que sostuvo dogmáticamente Duverger hoy convergemos en concluir que el sistema electoral no es el elemento que define el sistema de partidos o, viceversa, que éste no está en función o es la traducción previsible de aquél. Si los partidos políticos son los dueños del proceso de participación política de los ciudadanos, es su capacidad de penetración en los mismos, en la sociedad, su mayor o menor fuerza e implantación, la que condiciona los resultados electorales. Con el mismo sistema electoral cabe pasar del bipartidismo imperfecto al

pluripartidismo neto. No podemos, pues, buscar en el sistema electoral las claves únicas para explicar el sistema de partidos. El sistema electoral no es, como bien explicó Nohlen, una variable independiente sino interdependiente, de forma que no puede analizarse aislado o separadamente de otras variables.

Una reflexión final. Cualquier reforma electoral no debe acometerse para la defensa de intereses propios o en propio beneficio a efectos de mejorar la posición de su promotor sino en beneficio del principio democrático. No me resisto a la cita de Manuel Aragón: democracia y representación forman el sustrato a partir del cual han de examinarse todas las soluciones técnicas que ofrece el Derecho Electoral. A la luz del principio democrático han de efectuarse las críticas y también a la luz del principio democrático han de efectuarse las propuestas para una modificación, es decir, para su robusta miento, y fortalecimiento o consolidación (Linz). Y, en todo caso, ese cambio ha de penetrar en la ley electoral sin precipitación, sino con el sosiego necesario, evitando urgencias apremiantes que pueden distorsionar la música, la partitura de la ley electoral; y, asimismo, ha de penetrar solo y exclusivamente si cuenta con el más amplio consenso, con el pacto más extendido entre las fuerzas políticas.

Constitución y sistema electoral.

Desde el momento en que la Constitución, como dice Pizzorusso, se basa en el cuerpo electoral, no puede ser sino la misma la que contenga las bases y principios del régimen electoral, en cuanto condicionantes de la propia virtualidad de la Constitución. No puede ser una norma secundaria o subordinada la que las contenga, sino que ha de serlo la norma suprema, de modo que al inscribirse en la misma en las bases y los principios del régimen electoral se les dote de las garantías de supremacía y estabilidad propias de su incorporación a la Constitución. Con ello no quedan sustraídas al poder de reforma, pero sí quedan protegidas de voluntarismos urgentes o de mayorías coyunturales. Es cierto que en algunos países la reforma constitucional es tan extremadamente complicada que se convierte en un límite implícito inexpugnable: la inercia no es deseada por sí, sino que la resistencia al cambio viene impuesta porque la reforma está bloqueada fácticamente. Es el caso de España en la que los artículos 68 y 69 CE (elecciones al Congreso y al Senado) contienen un amplio grado de constitucionalización de las bases del régimen electoral, reduciendo notablemente el margen de concreción por el legislador ordinario, separándose conscientemente de las Constituciones de nuestro entorno que son menos prolijas, más cautas, prudentes y también flexibles, quizás porque saben que el régimen electoral no es obra de técnicos o de expertos, sino de políticos, que actúan en función de intereses políticos (Montero Gilbert). Biscaretti di Ruffia, por cuanto, añadiría a los elaboradores de las leyes electorales a políticos, matemáticos y juristas, suma de autores que producía un producto maléfico.

Ya lo hemos apuntado, pero hemos de dar un paso. Las normas constitucionales en ningún caso pueden agotar la materia, sino que necesitan de la intermediación del legislador (quizás solo la Constitución de Cádiz de 1812 es ejemplo de ser al tiempo ley electoral). El desarrollo legislativo no desnaturaliza los preceptos constitucionales, pues la ley electoral es llamada por la Constitución a garantizar la plenitud de su aplicación. Si, como decía Georges Vedel, todas las disposiciones en materia electoral "deben ser minuciosas para ser eficaces", es al legislador y no a la Constitución a la que corresponde el detalle dentro del ámbito que le deja el poder constituyente a su libertad de configuración. Tampoco en este punto encontramos una posición universalmente válida pues en materia electoral puede primar el principio de confianza (como la mayor parte de los países centroeuropeos) o el de desconfianza (como en España o en Iberoamérica), de forma que en los primeros es defendible la posición de Klaus Stern que señala que es más soportable el peligro de una regulación abusiva del legislador electoral que la imposibilidad de proceder a su reforma sin revisar previamente la Constitución. En los países en que reina el principio de desconfianza el freno que suponen las normas constitucionales evita abusos alterativos de mayorías coyunturales. Por tanto, no hay una única respuesta factible sino que depende de la cultura política.

La estabilidad y el dinamismo del legislador electoral.

1. Sin perjuicio de la permanencia de las bases del régimen electoral que la Constitución contiene, su concreción por el legislador —el legislador electoral— requiere una deseable estabilidad, pero una no menos exigente búsqueda de perfeccionamiento, en tanto en cuanto los procedimientos de expresión del poder electoral demandan la mejor realización de las fórmulas para que dicho poder, que da origen a los demás, sea lo más eficaz y auténtico posible, a fin de llevar a cabo su función de legitimación del sistema político. Navarro Amandi, con lenguaje arcaizante pero perfectamente inteligible, indicó que según sea la ley electoral «buena o mala, los gobiernos de que ella es el principal resorte serán buenos o malos», con lo que apela a su efectividad y adecuación.

La democracia o, si se quiere, el poder electoral del que aquélla nace, no es una realidad alcanzada sino una obra perfectible, por cuanto el fin último es asegurar la plena identidad entre gobernantes y gobernados. Por ello, dentro de las bases constitucionales del régimen electoral, el legislador electoral, convertido en una suerte de «legislador cuasi constitucional», ha de ser naturalmente crítico con su obra y volver sin complejos a su reconsideración o con las miras puestas en la más idónea consecución del ideal democrático. En esta concepción dinámica del legislador electoral, no hay otro límite que el derivado de tal finalidad. Por eso, volvemos a Aragón Reyes, “a la luz del principio democrático han de efectuarse las críticas y han de hacerle las propuestas de mejora de los mecanismos electorales. A la luz del principio democrático han de estudiarse los modos de organizar la administración electoral, las formas de confección del censo, los sistemas de votación y de escrutinio, o, en fin, las diversas vías de control de los procesos electorales.”

El principio democrático es el único guía, la sola luz a seguir en la necesaria y nunca terminada obra de mejora de los mecanismos electorales, entendiendo por tales no sólo las condiciones de ejercicio del sufragio o sistemas de votación sino el conjunto de los actos conformadores del proceso electoral, pues es de éste en su globalidad considerado del que deriva la credibilidad y legitimidad de las elecciones, y, por ende del sistema democrático mismo. Con acierto lo pone de relieve Nohlen al escribir que «hoy se tiene más presente que el derecho electoral no sólo se define por el derecho individual de participar en la elección de los órganos representativos, sino también por todo este conjunto de normas que regulan el proceso electoral: la institucionalización de los actores en este proceso; su independencia del gobierno; la elaboración del censo electoral; las disposiciones que garantizan la libre competencia y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral; la operación material de la votación que asegure la libertad y el secreto del voto; la fiabilidad del escrutinio; en suma, todas aquellas garantías administrativas y jurídicas destinadas a que las elecciones sean libre y honestas (*free and fair*); y, por tanto, dignas de confianza o “confiables”, en el feliz término acuñado por el constitucionalismo iberoamericano para traducir el reconocimiento de que el proceso electoral se ha desarrollado de modo normal, ordenado, objetivo, y de que los resultados reflejan fiel y correctamente la realidad expresada en las urnas.

2. En los términos expuestos es en los que la reforma está ínsitamente unida al régimen electoral. Tal idea de reforma no tiene un sentido unívoco, unidireccional. pues el ideal democrático no es idéntico en su realización en todos los tiempos, en todos los países o en todas las culturas políticas, si bien comporta siempre la aspiración del *self government* y de la integración real y plena de los ciudadanos en la comunidad en la que nada les resulta ajeno, en la que nada les es impropio.

El legislador electoral, conscientemente vinculado al logro más eficaz del ideal democrático, no encuentra más límites objetivos que los que se insertan en la Norma Fundamental. Dentro de la Constitución su capacidad es máxima para la libre articulación del régimen electoral del modo más acorde con la consecución de la democracia representativa más real y efectiva. El régimen electoral debe, en fin, estar indisolublemente unido la magia envolvente de la idea de reforma. No

puede dar la espalda, a riesgo de renunciaciones mayores, a las exigencias que derivan de su propio perfeccionamiento que es el de la democracia misma. La democracia aparece, pues, como una realidad a alcanzar y construir, no como algo logrado efectivamente en su plenitud, porque, en la reiterada aseveración de Esposito, el contenido de la democracia no radica en que el pueblo constituya la fuente histórica o ideal del poder, sino en que tenga efectivamente el poder, con lo que naturalmente a su perfeccionamiento progresivo para la completa integración de los ciudadanos en la sociedad política a la que pertenecen y que les pertenece.

Ahora bien, no es posible avanzar, progresar en la reforma, sin un consentimiento cierto de los actores en presencia. Si la Ley Electoral es la norma primaria del Estado democrático», en cuanto constituye el marco jurídico garantizador de la libre competencia por el poder entre las fuerzas políticas en presencia, cuya articulación procedimental es la elección como método especial de creación de los órganos representativos, no cabe dar paso algo sin el acuerdo o compromiso entre o las principales fuerzas políticas. Consenso y Ley Electoral son términos que han de entrecruzarse, pues la legitimidad de la Ley Electoral deriva precisamente de la voluntad conjunta de los actores políticos. El consenso, el pacto político, no constituye una rémora ni puede ser definido como una cláusula retardataria impedidora de la consecución del ideal democrático, del perfeccionamiento de los modos de expresión del poder electoral. Muy al contrario, es propio principio habilitante.

3. Mayores dificultades plantea el que podríamos definir como límite subjetivo de la reforma del régimen electoral: el principio conservador o ley de la inercia, que aparece como una de las constantes del Derecho Electoral. En palabras de Sánchez Agesta, “el único principio teórico válido en Derecho Electoral es que, una vez establecido el sistema, éste se perpetúa por la ley de la inercia”. No más optimistas se nos revelan Montero y Vallés, al aseverar que el recurrente y apasionado debate sobre la reforma electoral se traduce raramente en cambios sustanciales, y ello por la tendencia de las formaciones políticas mayoritarias a inmovilizar más que a estabilizar la normativa electoral -el juguete más hábil de entre los juguetes parlamentarios, según la simbólica afirmación de Musilier-, por lo que resultan más frecuentes las modificaciones parciales, limitadas o menores que ni alteran, ni afectan los elementos nucleares que definen el sistema. Estas “reformitas” o modificaciones menores se han concentrado en lo adjetivo o procedimental, manteniéndose inalterables los elementos definidores del sistema electoral, con las contadas excepciones a las que antes nos referíamos. En conclusión, ni todo fluye, como sostuvo Heráclito, ni ningún verdadero cambio es posible, como defendió Parménides. La realidad parece dar a Demócrito la razón: detrás de todas las formas que van y vienen existen algunas permanentes e inalterables.

La ley electoral española es un consumado ejemplo: más de veinte reformas parciales en cuarenta años acreditan escasa resistencia al cambio, pero éste ha afectado exclusivamente al procedimiento electoral. Más de la mitad de los preceptos de la ley electoral española, todos de naturaleza procedimental, han sido reformados en todo o en parte. Lo adjetivo es importante, pues como decía Ortega y Gasset “La salud de las democracias cualesquiera que sean su tipo y grado, depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral... Sin el apoyo de auténtico sufragio las instituciones democráticas están en el aire”. Con su habitual sagacidad subrayaba la relación íntima entre la democracia y el procedimiento electoral, elevado así a un lugar primario en la definición del régimen electoral en la medida en que los elementos técnicos aseguran la confianza en el desarrollo indiscutido de las elecciones.

Damien Cottier, Président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, représentant la Commission des questions politiques et de la démocratie, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

La portée du principe de stabilité du droit électoral

Introduction

Des élections libres et équitables ne sont pas suffisantes pour établir une véritable démocratie : celle-ci se compose de nombreux autres éléments. Pourtant sans élections libres et équitables, il ne saurait y avoir de démocratie. Celles-ci sont donc un élément constitutif essentiel de tout régime démocratique et, à ce titre, elles méritent une attention toute particulière.

J'aimerais remercier les organisateurs, en particulier la Commission de Venise et l'Université de Barcelone pour l'organisation de ce séminaire et l'opportunité donnée à un représentant de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe d'y contribuer. Je m'exprime ici en particulier en tant que président de la Commission des affaires juridiques, représentant de la Commission des affaires politiques et parce que j'ai eu l'honneur de présider la conférence de Berne, organisée par l'APCE et le Parlement suisse en mai 2023, qui était consacrée au thème des « élections en temps de crises ».

L'Assemblée parlementaire observe régulièrement des élections sur le terrain, notamment dans les pays placés sous procédure « de suivi » (ou « monitoring ») ou de « dialogue post-suivi » (actuellement la Macédoine du Nord et le Monténégro, pays pour lequel je suis par ailleurs l'un des co-rapporteurs). Or il ressort de nos observations d'élections que la législation électorale est régulièrement révisée peu avant les élections. Et cela doit nous interpeller ! Car l'Assemblée parlementaire, s'appuyant sur les recommandations de la Commission de Venise, s'attache à rappeler l'importance de la stabilité électorale et des éléments fondamentaux du droit électoral¹ tels que précisés dans la [déclaration interprétative de 2005](#) – mais face à ces changements fréquents à court terme, il est de notre devoir de nous interroger : ces éléments sont-ils encore suffisamment adaptés face aux multiples crises et situations d'urgences que nos Etats connaissent, et des réponses qu'elles appellent ?

Exemples et enseignements tirés de l'observation des élections

J'aimerais partager avec vous quelques réflexions tirées de récentes observations des élections faites par l'Assemblée, et peut-être poser quelques questions qui pourront jaloner vos discussions. Plusieurs de nos rapports d'observation attestent des changements de dernière minute, contraires aux recommandations de la Commission de Venise, comme récemment en Pologne, où des amendements substantiels à la loi électorale ont été adoptés en mars 2023², alors que les élections étaient prévues en octobre, en violation des dispositions constitutionnelles³ et de la jurisprudence du tribunal constitutionnel

Voici quelques observations et enseignements que nous pouvons tirer de notre observation de ces changements électoraux :

¹ A savoir le système électoral proprement dit, la composition des commissions électorales et la délimitation des circonscriptions électorales

² Ces amendements, adoptés en pleine période de « silence législatif » et en l'absence d'une large consultation publique, introduisaient la mise en place d'un registre central des électeurs, la possibilité de créer de nouveaux bureaux de vote dans les circonscriptions, ainsi que des modifications relatives aux conditions d'adhésion aux commissions électorales de circonscription (CEC) dans l'optique d'augmenter la participation aux élections. Concernant le registre central des électeurs, il s'agissait certes d'une recommandation faite par l'Odihr, mais le calendrier choisi n'a pas permis de garantir un délai suffisant pour l'élaboration, la mise à l'essai et le déploiement du registre central des électeurs ainsi qu'une évaluation indépendante périodique du processus afin de renforcer la confiance du public dans le nouveau système. [ODIHR Legal Opinion](#) on the draft act amending the Election Code and certain other legal acts (20 February 2023).

³ Le délai minimum pour modifier la loi électorale est de six mois, à compter de la date la plus tardive à laquelle le Président de la Pologne peut ordonner des élections (14 août 2023).

- a. Dans certaines circonstances, les changements de législation électorales sont conçus comme un outil de sortie de crise politique.

Rappelons ici les 4 tours d'élections anticipées en Bulgarie, où les changements de mode de scrutin et le recours au vote électronique, ou aux machines de vote électronique, ont été pensés par les partis et coalition au pouvoir pour influencer le vote des électeurs et permettre, au risque d'incertitudes juridiques, de dégager une majorité parlementaire [ce qui n'a finalement pas été le cas]

Mentionnons aussi le cas (particulier) de la Bosnie-Herzégovine, où des changements ont été « imposés » par le Haut-Représentant en juillet 2022, trois mois avant les élections, pour palier l'incapacité des partis politiques à se mettre d'accord. Ces changements - critiqués pour ne pas avoir fait l'objet d'une véritable consultation publique - portaient sur d'importantes garanties d'intégrité⁴, mais aussi, le jour même des élections, sur la loi électorale et la constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine⁵. Ce qui, pour nos observateurs, aboutissait au fait qu'au moment du vote, les candidats et les électeurs n'étaient pas en mesure de prévoir toutes les conséquences du vote de l'assemblée cantonale.

- b. Les changements de dernière minute peuvent cependant résulter d'un accord entre les partis politiques et refléter le résultat d'une négociation politique.

Plusieurs exemples peuvent être mentionnés :

En Géorgie, d'importantes modifications ont été adoptées quelques mois avant les élections législatives du 31 octobre 2021, à la suite d'un processus de consultation large et inclusif d'une durée d'un an.

En Serbie, des modifications importantes de la législation électorale ont résulté d'un accord interpartis [du 4 février 2022], deux mois avant les élections législatives et présidentielles anticipées d'avril 2022.⁶ Ces modifications, quoique tardives, ont pourtant été essentielles pour relancer un processus électoral inclusif, et convaincre une partie de l'opposition de ne plus boycotter les scrutins.

En Albanie, avant les élections d'avril 2021, une série d'amendements au code électoral et à la constitution ont été adoptés par le parlement le 23 juillet 2020 à l'issue de consultations et de discussions ouvertes, inclusives et complètes, impliquant les autorités, les partis politiques la société civile, ainsi que des experts internationaux.⁷

La dimension du consensus politique est donc un important facteur à prendre en compte pour évaluer la portée de la stabilité électorale. Il peut contribuer à une sortie de crise et, dès lors, s'il

⁴ A savoir : la définition du discours de haine ; interdiction de l'utilisation abusive des ressources administratives pour les titulaires de fonctions exécutives et les élus ; interdiction de l'échange de postes de commissaires de bureaux de vote entre les partis politiques ; augmentation des amendes pour les infractions liées aux élections).

⁵ De plus, ces changements tardifs n'ont pas permis à l'administration électorale de se familiariser avec les changements, et ont introduit une instabilité juridique. Ajoutons que, le jour même des élections, des changements supplémentaires à la loi électorale et à la constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine ont été introduites par le Haut-Représentant (Les amendements, entre autres, ont augmenté le nombre de sièges au sein du HoP de la FBiH et ont introduit des changements significatifs dans les procédures de prise de décision de l'organe en ce qui concerne la nomination du président et des vice-présidents de la FBiH ainsi que des postes judiciaires clés.

⁶ Ces modifications portaient sur des éléments importants, et ont notamment permis de renforcer la représentation de l'opposition dans les commissions électorales pour ces élections, d'améliorer les dispositions touchant au financement des partis politiques et de la campagne ou à la couverture médiatique de la campagne et le mécanisme de surveillance des médias.

⁷ Ces amendements prévoyaient, entre autres,

- des garanties réglementaires supplémentaires contre l'utilisation abusive des ressources publiques, des garanties renforcées pour l'équilibre entre les sexes sur les listes de candidats
- les amendements constitutionnels du 30 juillet ont introduit le vote préférentiel.
- Les modifications du code électoral du 5 octobre ont remplacé les seuils régionaux de qualification des candidats par un seuil national de 1 %, a prévu un nombre minimum de candidats sur les listes des partis et a permis aux dirigeants des partis politiques et des coalitions d'être désignés comme candidats dans un maximum de quatre circonscriptions électorales.

résulte d'un large accord il peut probablement être vu, dans de nombreux cas, comme un élément positif.

- c. Mais le respect du délai d'un an, au nom de la stabilité électorale, peut-être contournée sur des aspects substantiels du processus électoral

- i. *Remédier à l'impossibilité de revoir la loi dans l'année précédant l'élection*

En Türkiye, nos observateurs ont noté que la constitution elle-même interdit au législateur de modifier la législation électorale moins d'un an avant les élections, et cette condition a été scrupuleusement respectée avant le dernier scrutin parlementaire et présidentiel cette année. Les amendements électoraux, votés en mars 2022, sans consultations suffisamment inclusives, n'étaient cependant pas sans soulever plusieurs questions, comme cela a été relevé par la Commission de Venise, et ils n'ont pas été corrigés avant le scrutin.

Les observateurs ont alors accueilli favorablement les mesures prises par le Conseil suprême des élections entre les deux tours, y compris pour ce qui concerne la composition des commissions électorales de circonscription - la législation de 2012 régissant l'élection directe du Président de la République n'abordant pas des aspects essentiels d'organisation d'un second tour de l'élection présidentielle⁸.

- ii. *Tenir compte des changements de dernière minute de la législation connexe qui impacte les conditions de participation aux élections et d'autres éléments substantiels du processus électoral*

Notre expérience d'observateurs nous a rendus vigilants face aux changements tardifs de la législation électorale, mais aussi de législations connexes qui ont un impact sur le processus et l'environnement électoral, et en particulier sur les forces d'opposition :

Citons ici la loi sur la désinformation adoptée moins d'un an avant les élections turques et ses dispositions trop vagues qui criminalisait la dissémination d'informations qu'un juge aurait pu qualifier de « fausses ou trompeuses »⁹ ; ou encore la loi controversée sur la Commission d'Etat chargée d'enquêter sur les influences russes sur la sécurité intérieure de la République de Pologne de 2007 à 2022, et son manque de garanties « contre les abus politiques et l'instrumentalisation de la commission pour éliminer les opposants politiques » (dixit la Commission de Venise).

A cet égard, notons que la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui la stabilité de la législation électorale revêt une importance particulière pour le respect des droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1, a conclu que les conditions de participation aux élections imposées aux formations politiques font également partie des règles électorales fondamentales¹⁰ :

- Dans l'affaire *Ekoglasnost c. Bulgarie* (2012), la Cour a souligné que « si un État modifie trop souvent les règles électorales fondamentales ou s'il les modifie à la veille d'un scrutin, il risque de saper le respect du public pour les garanties censées assurer des élections libres ou sa confiance dans leur existence¹¹, voire de compromettre les chances mêmes

⁸ Notamment les questions liées à l'inscription des électeurs, à la composition et au travail de l'administration électorale, à la réglementation de la campagne, y compris dans les médias, au vote à l'étranger et à la présence d'observateurs des partis

⁹ Comme la montré l'avis de la Commission, aurait pu, en raison de la vague définition des infractions, menées à criminaliser des opinions dissidentes ou critiques, qui sont le propre d'avis exprimés par de représentant.e.s élu.es., et en premier chef issu.e.s de l'opposition.

¹⁰ La Cour a conclu que les nouvelles conditions de participation aux élections parlementaires introduites un mois avant la date limite de dépôt des candidatures¹⁰ constituait une violation article 3 du Protocole no. 1, les autorités bulgares ayant manqué d'établir « un juste équilibre entre les intérêts légitimes de la société dans son ensemble et le droit du parti requérant de participer aux élections législatives ».

¹¹ (*Parti travailliste géorgien c. Géorgie* no [9103/04](#), § 88, CEDH 2008).

des partis d'opposition de parvenir un jour au pouvoir.¹² L'introduction de nouvelles exigences peu de temps avant la date des élections peut amener, dans des cas extrêmes, à la disqualification d'office de partis et coalitions d'opposition (...) incompatible avec l'ordre démocratique.

- Notons aussi que dans d'autres affaires, la Cour a accepté certaines modifications tardives de la loi électorale¹³, notant toutefois que ce changement avait été opéré par une loi « organique », qui exige la majorité des membres de chaque chambre du Parlement (et pas que les membres présents), en citant l'exception prévue par le Code de bonne conduite en matière électorale de la Commission de Venise (modifications au niveau constitutionnel ou à un niveau supérieur à celui de la loi ordinaire).

Ces exemples témoignent que non seulement le changement de dernière minute d'éléments essentiels de la législation électorale, mais aussi de celles de législations connexes qui, parce que touchant à la liberté d'expression, de réunion, peuvent comporter des risques [de manipulation] à la veille d'élection, et entraver la capacité des acteurs politiques – en particulier de l'opposition – à concourir à armes égales.

Il est ainsi important, lors de nos observations d'élections, de s'assurer du respect de la stabilité électorale, gage de sécurité juridique et de confiance des électeurs, tout en appréciant les changements tardifs de la législation à la lumière des principes énoncés dans la déclaration interprétative, mais aussi d'un contexte politique et de l'intention manifestée par l'ensemble des acteurs de la vie politique.

Addressing contemporary issues, states of emergencies, crisis and adjusting our standards: some proposals

Starting from our findings, which principles should we keep in mind when discussing stability of the electoral law and its scope? Is it possible – or necessary - to upgrade, the lists of fundamental elements that should be listed in the interpretative declaration?

That brings to the second part of my presentation, which will also tackle some other issues we will be discussing today, as the scope of the principle of stability of electoral law should also be apprehended in light of our changing and unpredictable times.

I had the opportunity to chair the Conference on Elections in times of crisis organised by the Parliamentary Assembly and the Swiss Parliament.

The conference was first designed during the pandemic period, which had required urgent adjustments. But it also focused on additional challenges (such as the Russian aggression's against Ukraine, the earthquake in Türkiye and other natural disasters, terrorist attacks, etc) which are likely to affect ordinary electoral processes.

- Some countries face major challenges. The recent opinions adopted by the Venice Commission on the Republic of Moldova¹⁴ (few weeks before the local elections) and

¹² La Cour a également souligné que l'adoption d'une telle mesure peu de temps avant le scrutin, à un moment où la part des voix revenant au parti au pouvoir est en déclin, peut servir d'indication de son caractère disproportionné (voir *Tănase c. Moldova* [GC], no 7/08, § 179, CEDH 2010 (extraits)).

¹³ Comme par exemple l'exclusion des partis n'ayant pas atteint le seuil électorale aux dernières élections générales pour des élections partielles (*Cernea c. Roumanie* 2018).

¹⁴ The (initial) Law submitted by the Moldovan authorities provided for the ineligibility to be elected in presidential, parliamentary and local elections, for five years, of members of the executive body of a party declared unconstitutional and members of such a party who hold an elected office. The VC considered that "the restriction affected a large group of persons, making them collectively responsible for the illegitimate activities of the party they belong to, thus lacking individualisation and therefore due process guarantees". It recommended a series of measures "to avoid upsetting the balance between the legitimate aim of the protection of the State's democratic order and national security and the need to protect individual's electoral rights, without disproportionately

Ukraine¹⁵ dealt with the ineligibility of members of suspended or banned parties due to their threats to internal security and national sovereignty. States should be able to react to such threats, in the light of geopolitical circumstances that cannot be ignored, while respecting - as the Venice Commission pointed it out - the principle of individualisation of sanctions and proportionality.

The key message of the Bern conclusions was : adaptation and anticipation.

Let me anticipate some of our discussions today and recall few conclusions of our conference, which could be useful for your work:

- Our conference discussed the need to adapt in times of changes and crisis. The Bern Declaration laid out a roadmap of action for governments, Electoral Management Bodies and relevant international organisations to strengthen the capacities to assess, upgrade, and maintain the integrity of elections in the era of multiple crises. So: adaptation.
- Electoral legislation should be revised to specify the circumstances under which postponing elections is permitted in emergencies and to avoid making last-minute changes to electoral law. Such decisions should be made through consensual processes in a political space that includes all relevant stakeholders. So: anticipation.
- Member States should consider undertaking comprehensive risk assessments to check whether their electoral processes are sufficiently robust to overcome both 'normal' and 'emergency' conditions.
- The Russian Federation's large-scale aggression against Ukraine and its hybrid character have highlighted the urgency for Council of Europe member States to update their national security concepts and to continue work to upgrade election security and combat harmful content.

Our standards were developed over several decades and catered for times of peace and progress. But times have changed. Today, we face multiple crisis, democratic backsliding and new threats of hybrid warfare. In Bern and Reykjavik, we agreed that the scope and impact of the Council of Europe activities in the field of democratic elections should be further reinforced, also to support the efforts of our member states to combat undue interference – including foreign interference - in

undermining the essential role played by all political actors in ensuring pluralism nor threatening the representative nature of the legislature." In : Joint Opinion of the Venice Commission and ODIHR on amendments to the Electoral Code and other related laws concerning ineligibility of persons connected to political parties declared unconstitutional, approved by the Council for Democratic Elections at its 78th meeting (Venice, 5 October 2023) and adopted by the Venice Commission at its 136th Plenary Session (Venice, 6-7 October 2023), [CDL-AD\(2023\)031-e](#)

¹⁵ The VC – which, for the first time – had to analyse the loss of parliamentary mandate because of (previous) political party affiliation-, considered that the draft law submitted by the Ukrainian authorities would "considerably limit the parliamentary rights of MPs in office who were members of political parties that have been suspended (now dissolved) in Ukraine, lead to a "serious" interference with the MPs rights and would amount to a *de facto* stripping of their mandate; this would "interfere with the MPs' right to sit as an elected parliamentarian, a corollary of the right to free and fair elections enshrined in Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR.(...). Though "the draft law legitimately aims, in principle, at protecting, *inter alia*, the State's independence, the democratic order and national security" "in light of the unique historical situation which Ukraine is facing", the Venice Commission concluded that "the severity of the sanctions, coupled with the lack of a real individual assessment, the unlimited application *ratione temporis* and the lack of due process guarantees carry the risk of its arbitrary and disproportionate implementation" and recommended a series of measures "to avoid upsetting the balance between the legitimate aim of the protection of the State's independence, democratic order and national security and: (i) the need to ensure a level playing field, without disproportionately undermining the essential role played by all political actors, including the opposition, in ensuring pluralism nor threatening the representative nature of the legislature and, (ii) the basic principle underlying the freedom of expression according to which a democracy should not fear debate, even on the most shocking or anti-democratic ideas". In : Opinion on the draft law on Amendments to Article 51 of the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada on political liability of Members of Parliament of Ukraine associated with political parties whose activities have been suspended, adopted by the Venice Commission at its 136th Plenary Session (Venice, 6-7 October 2023), [CDL-AD\(2023\)026-e](#)

electoral systems and processes, including by pinpointing shortcomings in election legal frameworks that do not ensure the full exercise of fundamental freedoms. This will be important to ensure and maintain public trust and confidence to protect free and fair elections.

I have recently initiated a motion for the Parliamentary Assembly to discuss the follow-up and implementation of the Bern conclusions - and Reykjavik Principles for Democracy. The work of the Venice Commission and your reflections today will most certainly be inspirational to encourage member states to ensure that elections remain free, safe and secure despite changing, challenging circumstances.

As a conclusion

1. In light of the election observation carried out by the Assembly, it is a fact that member states do not always refrain from changing the electoral law, or connected legislation, shortly before the elections.
2. It is therefore essential to recall that stability of electoral law is part of the integrity of elections. Frequent, last-minute changes to essential elements of elections create instability, loss of trust in the electoral system and could result in manipulation of electoral processes.
3. However, our democracies are expected to be reactive when facing unexpected challenges – including political dead ends - that could undermine the electoral process. The question could be whether short term changes could be acceptable if:
 - a. justified by the circumstances;
 - b. designed to enhance the integrity of the electoral process and people's trust in the system;
 - c. based on broad consultations and consensus of most political actors;
 - d. taking place sufficiently early to be implemented, and thoroughly understood by all political players.
 - e. but, in no circumstances, these changes could be designed- or perceived - as creating a risk of manipulation of the elections, or even a perception of this risk.

I trust that today's discussions will be helpful to design some principles which could guide our reflections about effective and realistic ways to both secure electoral stability and reinforce people's trust in electoral processes.

This surely require from our member states to stick to the principle of electoral stability in good faith, and to strengthen their capacity to adapt and anticipate unforeseen and unexpected situations.

Eirik Holmøyvik, Member of the Venice Commission, Norway, Substitute member of the Council for Democratic Elections, Norway

The scope according to the Code of Good Practice in Electoral Matters

The principle of stability of electoral law is set out in guideline II.2.b of the Code of Good Practice in Electoral Matters (hereafter: the Code):¹⁶

“The fundamental elements of electoral law, in particular the electoral system proper, membership of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries, should not be open to amendment less than one year before an election, or should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law.”

However, the Code do not define what are the “fundamental elements of electoral law”. The Code mentions three examples, but the wording “in particular” suggests that these examples are not exhaustive. The interpretative declaration from 2005 adds some detail to the three examples.¹⁷ As for the electoral system proper, this includes “rules relating to the transformation of votes into seats”. As for membership of electoral commission, this also includes “another body which organises the ballot”. Finally, in addition to drawing of constituency boundaries, the interpretative declaration also mentions “rules relating to the distribution of seats between the constituencies”. As the interpretative declaration only adds detail to the three already mentioned by the Code, the declaration does not enlarge the scope.

On the contrary, the interpretative declaration makes a general limitation of the scope concerning amendments that serve to improve the electoral law in accordance with the standards of the European electoral heritage and the implementation of recommendations by international organisations. This limitation has practical significance as it allows for improvements of the electoral law during the preparation of an election and also in case of snap elections that cannot be foreseen by the legislator. However, as will be discuss more in detail below, the application of this general exception raises some caveats.

Since the Code do not define “fundamental elements of electoral law”, the principle of stability should be interpreted according to its purpose. Understanding the purpose of the principle may help us see more clearly how its scope should be limited.

A teleological approach to the scope: What is the purpose and function of the principle of stability?

Purpose

In the Code, the principle of stability of electoral law is listed in section II, which contains conditions for implementing the principles of Europe’s electoral heritage. These five principles are “*universal, equal, free, secret and direct suffrage*”. Furthermore, elections must be held at regular intervals.” The order in which the recommendations are made in the Code, is important. This point is clearly spelled out in the Explanatory Report, which says that “[t]he underlying principles of European electoral systems can only be guaranteed if certain general conditions are fulfilled”, one of which is that “electoral law must enjoy a certain stability, protecting it against party political manipulation”.¹⁸

¹⁶ See Venice Commission, CDL-AD(2002)023, Code of Good Practice in Electoral Matters, Guideline II.2.b.

¹⁷ See Venice Commission, CDL-AD(2005)043, Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law, II.4.

¹⁸ Venice Commission, CDL-AD(2002)023, Code of Good Practice in Electoral Matters, para. 58.

This means that the stability of electoral law is not an end in itself, but rather a safeguard to achieve free elections being “the free expression of the opinion of the people”, to paraphrase Article 3 of Protocol 1 of the ECHR. If we accept that the aim of the principle is to safeguard the free expression of the opinion of the people through elections, then one could also argue that the scope of the principle should be adapted to effectively meet this aim. In other words, the scope of the principle must be sufficiently wide or flexible to provide effective protection against party political manipulation of the election through late amendments to electoral laws.

The wording of the recommendation in the Code do allow for such a purposive interpretation of the scope of the principle of stability of electoral law. The wording refers to the “fundamental elements” of electoral law and mentions “in particular” the electoral system proper, membership of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries. The list of examples is therefore not exhaustive. There may be other elements of an electoral law that can be considered fundamental than the three mentioned in the Code.

Function

The scope of the principle of stability of electoral law may also follow from its function in a Rule of Law context. In my view, the Rule of Law function is another argument for a purposive interpretation of the principle. In a Rule of Law context, the principle has both a checks and balances function, and a legal certainty function.

Rule of Law function:

As for the checks and balances function, what the principle of stability do is to restrict the exercise of legislative power by a majority in parliament. The principle says that certain amendments to electoral law are temporarily banned before an election. This function of the principle is comparable to other checks on the legislative power common in European constitutional systems. For example, constitutions, laws, and parliamentary rules of procedures seek to protect political minorities against arbitrary majority rules by requiring certain decisions to be made following certain procedural steps, such as committee preparation, public hearings, or several readings in parliament.¹⁹ It is also common to have temporal delays in the adoption of constitutional amendments by requiring amendment proposals to be adopted only after a parliamentary election or a certain time lapse.²⁰ Constitutional amendments and so-called organic laws in some states also require a qualified majority in parliament. These are all procedural restrictions on majority rule in the exercise of legislative and constituent power.

These examples show that restrictions on the exercise of the legislative power to safeguard the legitimate interests of the political minority are not uncommon. While democracy in its purest form means majority rule, pluralism, which is a necessary component in the Council of Europe conception of democracy, requires some protection against political majorities that seek to limit pluralism through legislation. Here it is important to recall the word of caution in the Venice Commission’s Rule of Law Checklist, that the Rule of Law “promotes democracy by establishing accountability of those wielding public power and by safeguarding human rights, which protect minorities against arbitrary majority rules.”²¹ This is precisely what the principle of stability of electoral law do: It prevents the abuse of the legislative power by a majority in parliament to the detriment of the political rights of the opposition.

Legal certainty function:

¹⁹ See Venice Commission, CDL-PI(2021)003, Compilation of Venice Commission Opinions on Law-Making Procedures and the Quality of the Law.

²⁰ See Venice Commission, CDL-AD(2010)001, Report on Constitutional Amendment.

²¹ Venice Commission, CDL-AD(2016)007, Rule of Law Checklist, para. 33.

Legal certainty is one of the main elements of the Rule of Law. The principle of legal certainty seeks to prevent arbitrary exercise of public power through legislation, by requiring that laws are accessible and foreseeable so that legal subjects can regulate their conduct in conformity with the laws. The Rule of Checklist also list “Stability and consistency of law” as a prerequisite for legal certainty.²² The question asked in the Rule of Law Checklist links stability to legal certainty: “Are laws stable, to the extent that they are changed only with fair warning?”

Stability is of course a relative concept. Unlike the Code of Good Practice in Electoral Matters, which defines one year before an election as a general rule for stability for electoral laws, the Rule of Law Checklist does not define stability of legislation in general. However, in the Rule of Law context, the concept of stability is perhaps less important than the purpose of stability in relation to legal certainty, which is to provide the legal subjects with “fair warning” of legislative changes that concern them.

The commentary to the guideline of stability of law in the Rule of Law Checklist emphasise that stability of legislation in relation to legal certainty is linked to foreseeability so that private legal subjects should be able to plan their actions according to the law. At the same time, and in accordance with the interpretative declaration to the Code, the commentary underline that stability of legislation does not mean that the law is unchangeable if circumstances change. But when the law changes, there should be a public debate and notice so that private legal subjects can adapt to the law.

“Instability and inconsistency of legislation or executive action may affect a person’s ability to plan his or her actions. However, stability is not an end in itself: law must also be capable of adaptation to changing circumstances. Law can be changed, but with public debate and notice, and without adversely affecting legitimate expectations (see next item).”²³

According to the Venice Commission, the general Rule of Law principle of stability of legislation is about legal certainty, foreseeability, and legitimate expectations for private legal subjects. The specific electoral law principle of stability in the Code should be understood in the same way. The scope of the principle must correspond with its function and purpose and be sufficiently broad for the principle to be effective and practical.

Specifically, understanding the principle of stability as a matter of legal certainty means that some types of amendments to electoral laws that do not concern the fundamental elements of the law, may nonetheless in some specific circumstances fall under the scope of the general Rule of Law principle of stability of law. In theory, this means that the scope of the principle of stability of electoral law should be sufficiently broad to apply to any legislative change within one year before the election that may have substantial negative effects for any the five main principles of free elections: Universal, equal, free, secret, and direct suffrage. On the face of it, this understanding of the principle may appear to broaden its scope compared to the Code, but that is not the case. The point is simply that the more fundamental the rules are, the more likely late amendments will have substantial negative effects on the principles of free elections. Conversely, late amendments of less fundamental rules are less likely to have substantial negative effects on the principles of free elections. Late amendments of such rules should therefore only be banned when the specific circumstances suggest that the amendments may have substantial negative effects on the principles of free elections.

Importantly, the purposive interpretation of the principle of stability of electoral set out here is in line with the approach of the ECtHR in electoral law cases. So far, the ECtHR has not interpreted Article 3 of Protocol No. 1 to include a general prohibition of late amendments to fundamental elements of electoral law. Rather, the ECtHR has linked the principle of stability of electoral law in the Code

²² Venice Commission, CDL-AD(2016)007, Rule of Law Checklist, B.4.

²³ Venice Commission, CDL-AD(2016)007, Rule of Law Checklist, para. 60.

to the impact of late legislative amendments on the right to free election in the specific context. In the case of *Georgian Labour Party v. Georgia* from 2008, where a change in the registration system for voters was made one month before the election, the ECtHR found that “as a matter of policy, it would indeed be preferable to maintain the stability of electoral law (see also the Venice Commission’s recommendation in this respect, paragraph 47 above). Fundamental electoral rules, such as those concerning voter registration, should not normally be amended too often and especially on the eve of an election, otherwise the State risks undermining respect for and confidence in the existence of the guarantees of a free election.”²⁴ In the specific “post-revolutionary” context, unexpected changes to the rules on voter registration one month before the election was permissible.

The following part of this report will address some issues of late amendments of electoral law that according to a purposive interpretation should fall within the scope of the principle of stability in the Code.

General instability in the electoral legislation

One issue concern general instability in the electoral legislation in a country. General instability of electoral legislation typically means frequent reforms of the electoral legislation over a long period of time, so that the fundamental elements of the law change from one election to the next. This may happen when there is a change of political majority, or when the same majority remains in power. The problem isn’t who benefits from each reform, but the public perception of continuous electoral reforms.

This issue doesn’t necessarily raise concerns in relation to legal certainty in the narrow sense, as amendments to the electoral law may take place more than one year before an election. The problem of general instability is two-fold. On the one hand, frequent reforms of electoral law undermine the public trust in the electoral system because the electoral law will be perceived by the public as being part of the political game and subject to political manipulation for short-term political gains. On the other hand, frequent reforms can cause practical difficulties for electoral management bodies to apply the law and for voters and contestants to adapt to ever-changing rules.

The concern of general instability of electoral legislation was raised by the Venice Commission and ODIHR in 2023 in relation to Armenia. The joint opinion noted that “international good practice highlights the importance of the stability of electoral legislation and the impact that frequent changes can have on public trust. Frequent amendments furthermore risk confusing voters, parties and candidates, and making it difficult for the competent electoral authorities to apply the law, which may lead to mistakes in the electoral process and, as a consequence, distrust in the elected bodies. A more comprehensive reform could prevent such risks and provide the opportunity for a more structured and clear process.”²⁵

The issue of general instability of electoral legislation is also addressed in the explanatory report to the Code of Good Practice of Electoral Matters: “It is not so much changing voting systems which is a bad thing – they can always be changed for the better – as changing them frequently or just before (within one year of) elections. Even when no manipulation is intended, changes will seem to be dictated by immediate party-political interests.”²⁶

The issue of general instability of law is not unique for electoral law. The Venice Commission has raised the same concern in relation to judiciary laws, where frequent reforms over an extended

²⁴ ECtHR, *Georgian Labour Party v. Georgia*, no. 9103/04, 8 July 2008, para. 88.

²⁵ CDL-AD(2023)030, Armenia -Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the Draft Amendments to the Electoral Code and related legislation, para. 14. See also CDL-AD(2022)047, Georgia - Joint opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on draft amendments to the Election Code and the Law on Political Associations of Citizens, para. 28.

²⁶ Para. 65.

period of time may undermine the public trust in the judiciary as independent and impartial institution outside the political game.²⁷

Numerous late but small changes

Related to the issue of general instability of electoral legislation are numerous but small changes to the electoral legislation shortly before an election. Even if each of the amendments are minor or do not affect the fundamental elements of electoral law, taken together the sheer number of amendments may pose both practical problems of implementation for electoral management bodies, as well as confusion and mistrust among electoral contestants and voters. The problem of trust can be aggravated if there is a general lack of trust of institutions in the population. In high-trust societies, this type of amendments may be less of a problem. The practical problems can also be aggravated by low degree of professionalism in the electoral management bodies. For this reason, the interpretative declaration emphasises that the stability principle of no changes less than one year before the election is a good guideline for all electoral law reforms due to their impact on the applicability of the law.²⁸

Other fundamental elements of electoral laws

Introduction

The Code of Good Practice in Electoral Matters mentions three fundamental elements of electoral laws that should not be amended less than one year before the election: the electoral system proper, membership of electoral commissions, and the drawing of constituency boundaries. In addition to these three elements, there may be other elements of electoral laws that can be considered fundamental in the sense that late amendments may open the door to political manipulation of the election or by putting the opposition at a disadvantage.

The election dispute resolution system

One fundamental element of electoral laws is the election dispute resolution system. The European Court of Human Rights has in several decisions stated that a system of effective examinations of electoral disputes, “is one of the essential guarantees of free and fair elections” and “an important device at the State’s disposal in achieving the fulfilment of its positive duty under Article 3 of Protocol No. 1” of the ECHR.²⁹ Late amendments to the electoral law that substantially alters the election dispute resolution system, for example by limiting standing or introduces new appeals bodies, should be considered to fall within the scope of the principle of stability unless the amendment clearly improves the effective examination of election disputes.

Changes pertaining to the independence and impartiality of institutions

The Code mentions membership of electoral commissions as a fundamental element falling within the scope of the principle of stability. Other amendments concerning electoral commissions should also be restricted. This concerns amendments that affects the independence and impartiality of electoral commissions in other ways than membership. The ECtHR has found independent electoral commissions to be a requirement according to Article 3 of Protocol No. 1 of the ECHR.³⁰ Similarly, amendments that have negative consequences for the effectiveness of electoral commissions may also be considered fundamental within the scope of the principle of stability, given the key role of these bodies in managing the election.

²⁷ See i.a. CDL-AD(2019)027, Ukraine - Opinion on the Legal framework in Ukraine governing the Supreme Court and judicial self-governing bodies, paras. 13-16.

²⁸ See Venice Commission, CDL-AD(2005)043, Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law, para. 5.

²⁹ See ECtHR, *Namat Aliyev v Azerbaijan*, no 18705/06, 8 April 2010, para. 81.

³⁰ *Georgian Labour Party v. Georgia*, no. 9103/04, 8 July 2008, para. 101.

Related to electoral commissions, substantial changes in the rules on electoral observation could be considered to fall within the scope of the stability principle, since observation in some countries are vital for public trust in the elections.

As for the scope of the principle, the notion of electoral law should not be limited to the electoral law proper if this law depends on other laws for the conduct of elections.

In relation to election disputes, amendments of the laws on the judiciary may also affect the effective examination of electoral disputes if courts are appeal bodies. If that is the case, it is possible to envisage that legislative amendments with substantial consequences for the right to appeal the decisions of electoral commissions as well as the electoral result, may also fall under the scope of the principle of stability of electoral law. One possible example is changes to the appointment procedure of judges or the composition of the relevant courts that raises legitimate concerns for the lack of independence and impartiality of the appeal body.

The Venice Commission has previously raised this concern in relation to Türkiye following the 2017 constitutional reform that had consequences for the independence of judges. In Türkiye, the Supreme Board of Elections is composed of judges and is the highest election management body in addition to being the final appeal body in election disputes. The Provincial Electoral Boards too are composed of judges. In its 2018 joint opinion on amendments to the electoral law following the constitutional reform, the Venice Commission and ODIHR noted that the constitutional reform raised serious concerns for the independence of judges in Türkiye, and that these concerns spilled over to the electoral commissions being composed of judges.³¹ In this case, the timing of the constitutional reform before an election was not the issue, but the case illustrate that a constitutional reform or reform of other laws than the electoral law proper, can have consequences for fundamental elements in the electoral law.

Another example is the Polish law “On the State Commission to Investigate Russian Influence on the Internal Security of the Republic of Poland in the period of 2007-2022” adopted a few months before the parliamentary elections in 2023. This law established a state commission to conduct investigations of former public officials with the aim to uncover Russian influence. The law was widely criticised both in Poland and abroad as a means to discredit opposition candidates in the upcoming election. In an urgent opinion, the Venice Commission linked the law to the principle of stability, even if the law was not formally an electoral law:

“The Law has been adopted shortly before the 2023 parliamentary elections. Although the Law does not expressly amend the electoral legislation, it introduces a new ground of ineligibility to be elected (Article 37 of the Law provides for a 10-year ineligibility for a person found by the State Commission to have acted under Russian influence). Further, it has the potential to harm the reputation of certain candidates having to undergo the verification procedure before the State Commission or to dissuade certain individuals from standing as candidates as a result of the stigmatising effect of a procedure before the State Commission and the publicity surrounding it. In the Venice Commission’s view, therefore, the Law can seriously affect the level playing field as well as the course of the elections, thus having a major political impact.”³²

Voting modalities

From the perspective of legal certainty, significant changes to the voting modalities shortly before the election can have an impact on the election result. For example, introducing e-voting at the last moment raises issues both in relation to training of election officials, security, but also participation, since voters may lack trust in the new voting modalities. Election laws usually contain detailed rules

³¹ See CDL-AD(2018)031, Turkey - Joint Opinion of the Venice Commission and ODIHR on Amendments to the electoral legislation and related “harmonisation laws”, para. 38-44.

³² Venice Commission, CDL-AD(2023)037, Poland - Urgent Opinion on the Law on the State Commission to Investigate Russian Influence on Internal Security in the Republic of Poland between 2007 and 2022 and on the draft law amending that Law, para. 14.

on the voting modalities, and it is arguable that the principle of voting should be considered a fundamental element of the electoral law. A fundamental change of voting modality, such as a shift from ballots to electronic voting or e-voting, would then be within the scope of the principle of stability.

Voter registration and the right to vote

The right to vote is the key element in the principle of universal suffrage. Rules concerning the scope and application of the right to vote should therefore be considered part of the election system proper and within the scope of the principle as described in the Code.

Similarly, amendments that substantially affects the exercise of the right to vote should also fall within the scope of the principle, given that such changes may substantially affect the outcome of the election. If the rules on voter registration or the exercise of the right to vote is changed at the last minute, it can be hard for voters, and even specific groups of voters to adapt to the new rules, allowing for political manipulation of the election. In the case of *Georgian Labour Party v. Georgia* from 2008, the ECtHR referred to the principle of stability of electoral law in the Code of Good Practice in Electoral Matters and rules on voter registration were “Fundamental electoral rules”, though in the specific context, the late amendments did not lead to a violation.³³

The right to stand for election

The Venice Commission has not yet found that rules concerning the right to stand for election fall within the scope of the principle. The issue was raised in two opinions from 2023 on legislation in Moldova and Ukraine concerning ineligibility of persons connected to political parties declared unconstitutional. Here, the Commission noted that “the Code does not explicitly refer to the right to vote and to be elected” and refrained from taking a general stance whether this right should fall within the scope of the principle. In this specific case, the Venice Commission noted that the amendment was made to bring the electoral law in line with a Constitutional Court decision.

According to the case law of the ECtHR, the right to stand for election is less absolute than the right to vote, meaning that states have a wider margin of appreciation. This may also imply that the rules on eligibility for candidates are less fundamental than the right to vote. However, if we consider the principle of stability from a legal certainty perspective, there may be situations where amendments to the eligibility requirements or registration procedures shortly before the election may effectively prevent a competitive election if candidates are not able to adapt to the new rules in time. If key opposition candidates are unable to stand for election due to late amendments to the electoral law, the purpose of the principle of stability suggest that the principle may apply in such cases too. This was also the conclusion of the Venice Commission concerning the above-mentioned Polish law on “On the State Commission to Investigate Russian Influence on the Internal Security of the Republic of Poland in the period of 2007-2022”.³⁴ Late amendments that effectively denies the opposition to participate in the election would also undermine the public confidence in the integrity of the election.

Positive amendments may still be problematic

The interpretative declaration to the Code of Good Practice in Electoral Matters says that the principle of stability of electoral law “should not be invoked to maintain a situation contrary to the standards of the European electoral heritage, or to prevent the implementation of recommendations by international organisations.”³⁵

³³ *Georgian Labour Party v. Georgia*, no. 9103/04, 8 July 2008, para. 88.

³⁴ Venice Commission, CDL-AD(2023)037, Poland - Urgent Opinion on the Law on the State Commission to Investigate Russian Influence on Internal Security in the Republic of Poland between 2007 and 2022 and on the draft law amending that Law, para. 14.

³⁵ Venice Commission, CDL-AD(2005)043, Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law, II.4.

However, there may be situations where even amendments that, viewed generally, will improve the democratic standard of the election, can still be problematic in terms of legal certainty when they are given effect shortly before the election. One example of such a positive but problematic late amendment is given in the 2018 joint opinion on Türkiye. Here, an amendment shortly before the election allowed parties in electoral alliances to be considered together in relation to the then 10% electoral threshold. This amendment had an impact on a fundamental element of the electoral law but was positive in the sense that it partly mitigated the then exceptionally high threshold in Türkiye. Nonetheless, and keeping in mind the interpretative declaration, the Venice Commission and ODIHR found the amendment problematic in the specific context since “at the time of its adoption, it must have been clear for the different stakeholders that this particular amendment could have a significant impact on the election results. Such amendments shortly before an election are highly problematic. Indeed, the amendment turned out to have a direct impact on the election results as it allowed the junior partner in the opposition coalition, the Good Party (İyi), to meet the threshold and thus be represented in Parliament.”³⁶

This example shows that even positive amendments can be problematic if they are given effect so close to the election that it will make it hard for the electoral contestants and voters to regulate their conduct. A very late amendment to the electoral law that can have consequences for the electoral result risks both arbitrariness and political manipulation in the specific election, even if it may be positive for the quality of the electoral law in general.

³⁶ CDL-AD(2018)031, Turkey - Joint Opinion of the Venice Commission and ODIHR on Amendments to the electoral legislation and related “harmonisation laws”, para. 24.

2nd Panel: Regulatory levels – including the role of secondary (EMBs') legislation

Manuel Delgado Iribarren, Letrado de las Cortes ante la Junta Electoral Central

Para evitar redundancias con lo expuesto en otros paneles, me limitaré a recoger en este escrito un resumen de mi intervención contestando a las dos preguntas que se nos hacían respecto de los niveles regulatorios en materia electoral. Lo haré de forma sucesiva.

Para ello hay que partir recordando los criterios recogidos en el apartado II.2 del Código de Buenas Prácticas en materia electoral aprobado por la Comisión de Venecia en 2002 sobre niveles normativos y estabilidad electoral:

“a) Con excepción de las reglas sobre cuestiones técnicas y de detalle, que pueden ser establecidos por una norma de rango reglamentario, las reglas del derecho electoral deberán tener por lo menos rango de ley.

b) Los elementos fundamentales del derecho electoral y, en particular, el sistema electoral propiamente dicho, la composición de las comisiones electorales y el trazado de las circunscripciones no deberían ser modificables menos de un año antes de una elección, o deberían estar plasmados en la Constitución o en un nivel superior al de la ley ordinaria.”

A la vista de esas recomendaciones, se nos formulaban las cuestiones a continuación se tratarán.

Primera pregunta: *¿Sería preferible insistir en la adopción de la legislación electoral por consensos amplios, tras amplias consultas públicas con todas las partes interesadas, en lugar de insistir en la recomendación de no modificación con menos de un año antes de una elección?*

1.- La contestación me parece indiscutible que resulta mucho más importante que cualquier reforma legislativa relevante en materia electoral se realice mediante un consenso amplio entre las fuerzas políticas que el mero lapso temporal de un año como límite recomendable para llevarlo a cabo.

En primer lugar, porque ese límite temporal puede ser un magnífico subterfugio para regímenes autocráticos, ya que les permite cumplir formalmente con esta recomendación aun cuando realicen reformas partidistas y manipuladoras.

Por el contrario, el consenso de las principales fuerzas políticas refleja mejor el carácter democrático y pluralista de una modificación sustancial del sistema electoral, incluso aunque ésta pueda realizarse en un lapso temporal inferior a un año.

Afortunadamente esto es lo que ha sucedido en España, ya que todas las reformas sustanciales de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se han hecho mediante consenso de las principales fuerzas políticas.

Más aún, se ha producido un peculiar fenómeno mediante el cual el Poder Ejecutivo ha renunciado tácitamente a ejercer la iniciativa legislativa en esta materia, dejando que sean las Cámaras, mediante proposiciones de ley consensuadas por los principales grupos parlamentarios, quienes ejerzan la iniciativa legislativa. Fenómeno peculiar que no deja de crear otros problemas técnicos que escapen a nuestro examen en este momento.

2.- Pero esto no impide que se deba subrayar la importancia del principio de estabilidad electoral y la necesidad de que cualquier modificación legislativa en materia electoral de suficiente enjundia se realice con suficiente antelación a la convocatoria electoral.

Desgraciadamente en España este criterio se ha cumplido en escasas ocasiones. Antes al contrario, con frecuencia se activa el procedimiento legislativo para poder aprobar la reforma pocas fechas antes de la convocatoria electoral. Debo decir que más por inercia u olvido que con fines de manipulación, puesto que después estos textos se aprueban de forma consensuada, como ya se ha indicado. Se convierte así en una suerte de legislación de urgencia que no deja de presentar otros inconvenientes.

Un ejemplo de lo expuesto fue la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2011, que modificó el procedimiento de votación de los españoles residentes en el extranjero y otras reglas importantes en materia de campaña electoral. La Ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de enero de 2011 y en menos de dos meses (el 28 de marzo) se convocaron elecciones locales y autonómicas, cuando se da la paradoja de que, a diferencia de otros procesos electorales, estos comicios tienen una fecha predeterminada en nuestro sistema electoral (art. 42.3 de la LOREG). Esta circunstancia obligó a que en menos de dos meses el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio del Interior, la Oficina del Censo Electoral y la Junta Electoral Central tuvieron que aprobar diferentes resoluciones para poner en marcha esa reforma.

3.- Siendo importante el consenso y compartiendo la necesidad de que las principales decisiones electorales queden *“plasmadas en la Constitución o en un nivel superior al de la ley ordinaria”* (como recomienda el citado Código de Buenas Prácticas), quiero llamar la atención sobre los riesgos de establecer mayorías muy cualificadas que conduzcan a una petrificación o congelación del sistema electoral por la extremada dificultad de cualquier reforma.

Me parece que un ejemplo paradigmático es el sucedido en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en que el Estatuto de Autonomía exige una mayoría de dos tercios para aprobar la ley electoral, lo que ha hecho que tras más de 40 años todavía no se haya aprobado ninguna y las elecciones tengan que regularse mediante disposiciones provisionales o la aplicación supletoria de la legislación estatal.

4.- Ese riesgo puede producirse también si se otorga rango constitucional a determinadas decisiones. Como explicó Konrad Hesse³⁷, solo lo importante debe fijarse en la Constitución, debiendo quedar el resto de decisiones políticas *“abiertas al tiempo”*.

¿Qué decisiones electorales deben fijarse en la Constitución? En mi opinión, debe ser un número limitado, que yo reduciría a cuatro:

- a) *La consagración de las elecciones políticas por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto.* Se trata de un estándar mínimo universal, recogido en todos los textos internacionales de derechos humanos, y en buena parte de las Constituciones. A ello puede añadirse el *reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en condiciones de igualdad* (como hace la Constitución española en su artículo 23.2), así como la concreción de algunas causas de inelegibilidad o incompatibilidad de los candidatos y representantes electos (la Constitución española lo hace en su artículo 70), remitiéndose a la ley en lo demás.
- b) *El número de miembros de la Cámara.* Sobre ello el derecho comparado nos muestra un amplio abanico que va desde establecer un número fijo (como hace la Constitución italiana vigente, 400 diputados y 200 senadores, o la Constitución colombiana que fija en 100 los senadores); o bien una banda que debe ser concretada por el legislador (entre 300 y 400 diputados en la Constitución española); un criterio de elección (3 senadores por provincia en la Constitución argentina, o 4 en la española); o un límite máximo (como hace la Constitución francesa, 577 en la Asamblea Nacional y 348 en

³⁷ HESSE, Konrad: Escritor de Derecho Constitucional, CEC, Madrid, 1983, pp 18-21.

el Senado). Pero no faltan textos constitucionales (como en la República Federal de Alemania o en Chile) que dejen este aspecto a la libre elección del legislador.

Es sin duda un aspecto menos claro puesto que una excesiva rigidez puede también plantear dificultades con el transcurso del tiempo.

- c) *Los criterios esenciales del sistema electoral*, al menos en lo referente a la circunscripción y al criterio de asignación de escaños.

Así sucede en España en que la Constitución ha fijado la provincia como circunscripción en las elecciones al Congreso, estableciendo que la elección deberá atender a "*criterios de representación proporcional*" (art. 68.2 y 3 CE); y en el Senado combina la elección provincial con un cupo en el ámbito de las Comunidades Autónomas, remitiendo a la ley electoral y a los Estatutos de Autonomía su concreción.

En otros países el asunto queda a la libre elección del legislador, lo cual puede dar lugar a continuos cambios en dicho sistema, como ha ocurrido en los últimos tiempos en Italia o en Francia.

La cuestión es discutible pues cada opción tiene sus ventajas. En la medida en que cualquier cambio en el sistema electoral favorece a unos y perjudica a otros, tener predeterminadas las reglas esenciales puede favorecer una estabilidad que evite manipulaciones partidistas de mayorías ocasionales.

Pero a la inversa, la opción de constitucionalizar los elementos determinantes del sistema electoral puede producir una rigidez que dificulte la adaptación a posibles cambios.

- d) *Las autoridades electorales*.

En este punto cabe advertir una clara separación entre las tradiciones constitucionales europeas, especialmente en Occidente, y lo que sucede en los países iberoamericanos.

En la Europa occidental, lo más común es que, salvo algún aspecto específico, la Constitución no haga referencia a las autoridades electorales. En este sentido, hay una corriente que mantiene la vieja tradición liberal en el sentido de que es el propio Parlamento quien debe verificar las actas de sus miembros, como sucede en Italia, en la que la Constitución determina que cada Cámara determina la validez de las actas (art. 66). En la República Federal de Alemania se mantiene ese criterio pero la Ley Fundamental de Bonn admite que el candidato electo puede plantear recurso ante el Tribunal Constitucional Federal (art. 41).

Por el contrario, en Francia, la Constitución de 1958 atribuye el control de las elecciones al Consejo Constitucional (art. 58 y 60) y prevé que una Comisión independiente examine cualquier revisión de las circunscripciones electorales (art. 25). En esa línea, en España, la Constitución consagra el control judicial de actas de los parlamentarios, remitiéndose a la ley electoral para su concreción (art. 70.2). Similar situación se produce en algunos de los países de la Europa del Este, tras su democratización: así, en Polonia en que su Constitución confiere al Tribunal Supremo el control judicial de los procesos electorales.

La cuestión es radicalmente distinta en los países latinoamericanos en los que la regla es la contraria. Es la Constitución la que regula de forma detallada las autoridades electorales, estableciendo órganos judiciales específicos, en ocasiones incluso con rango constitucional. Hay también aquí una doble línea. La primera vincula estas autoridades electorales al Poder Judicial, como ocurre con el Tribunal Superior de la Federación en México (que revisa las actuaciones del Instituto Nacional Electoral, órgano administrativo independiente, también previsto en la norma

fundamental), con el Tribunal Calificador de Elecciones en Chile, o con el Tribunal Superior Electoral en Brasil y Costa Rica.

Por el contrario, hay países en que estas autoridades se nombran por el Congreso: así sucede en Uruguay, en que el Congreso elige por una mayoría de dos tercios a los miembros de la Corte Electoral de Uruguay; o en Bolivia, en que lo hace por mayoría cualificada al Consejo Electoral Plurinacional.

En los países iberoamericanos es también un rasgo característico la concentración de poderes en ese Tribunal o Consejo Electoral, de manera que sus decisiones son irrecurribles. Esta circunstancia hace que plantee indudable riesgo el que, bajo la apariencia democrática de una elección por el Congreso, se deje al arbitrio de la mayoría política un órgano supremo cuyas decisiones son irrecurribles. Por eso, en mi opinión, es importante que, de optar por este tipo de autoridades electorales con poderes omnímodos y sin posible revisión judicial de sus resoluciones, estas autoridades estén asociadas al Poder Judicial.

Sobre ello, el Código de la Comisión de Venecia - de forma excesivamente liviana en mi opinión- señala que *“cuando no exista una larga tradición de independencia de las autoridades administrativas frente al poder político, deberán crearse Comisiones Electorales independientes e imparciales a todos los niveles desde el nacional hasta el de la mesa electoral”*, añadiendo que estas comisiones electorales superiores deben tener *“por lo menos un magistrado”* (apartado II.3.1 d). A mi juicio debería buscarse una fórmula más avanzada y efectiva, como la que propongo a continuación: *“procurando que, en el caso de la más alta autoridad exista una mayoría judicial, y en el caso de que estas comisiones se elijan por el Parlamento, se haga mediante mayorías reforzadas, de manera que ese nombramiento tenga que contar con el apoyo de las principales minorías parlamentarias”*. Con ello, se pretende evitar que una mayoría política designe a la máxima autoridad electoral sin participación alguna de las minorías.

En el caso español, he defendido en otro lugar³⁸ la conveniencia de que la Constitución española incorporase una cláusula que reconociese el sistema de juntas electorales independientes, dotadas de neutralidad política y con una mayoría judicial de sus componentes. La consagración constitucional permitiría dar estabilidad al vigente modelo de autoridad electoral establecido en la LOREG (que siguió en este punto, con pequeñas modificaciones, el establecido en el Real Decreto Ley de 18 de marzo de 1977, aprobado durante la transición política a la democracia), evitando que en momentos de inestabilidad política se pueda ceder a la tentación de hacer una modificación partidista que acabe con la actual imagen – y también efectiva actuación- neutral de las juntas electorales. Nuestro sistema añade un carácter aleatorio en la designación de esos jueces que, en mi opinión, ha acrecentado la imagen de independencia de las juntas electorales, impidiendo que las mayorías políticas de cada momento completen la composición de las autoridades electorales con personas afines a los partidos integrantes de esas mayorías. Que esta tentación no es un mero *desiderátum* lo muestra el intento llevado a cabo por la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, del referéndum de autodeterminación -anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/20107- que creaba la Sindicatura Electoral de Cataluña con 5 vocales no judiciales designados por la mayoría absoluta del Parlamento de Cataluña, sin incluir ningún juez en su composición.

Segunda pregunta: *¿Cuáles son los límites de la legislación secundaria, en particular de los Reglamentos emitidos por los órganos de gestión electoral?*

La directriz II.2 a) del Código de Buenas Prácticas de la Comisión de Venecia señala que *“con excepción de las reglas sobre cuestiones técnicas y de detalle, que pueden ser establecidas por*

³⁸ “Cuarenta años de Junta Electoral Central” en la obra colectiva “España constitucional” (1978-2018), dir B. Pendás, CEPC, Madrid, 2018, pp.3123-3140.

una norma de carácter reglamentario, las reglas del derecho electoral deberán tener por lo menos rango de ley”.

Me parece correcto este criterio. A mi juicio, esas cuestiones técnicas y de detalle tendrían como campos propios de actuación los siguientes:

- 1) *La organización y procedimiento de formación y revisión del censo electoral.* Aun cuando la ley deba fijar los criterios esenciales (en el caso español la LOREG lo hace de forma amplia en los artículos 31 a 40), es indudable que los detalles organizativos y la concreción de los procedimientos deben hacerse mediante normas reglamentarias. En el caso español, incluso, cabe distinguir entre decretos aprobados por el Consejo de Ministros para los aspectos más relevantes y que aconsejen una mayor permanencia³⁹, órdenes ministeriales⁴⁰, e incluso resoluciones de rango inferior⁴¹, para el resto.
- 2) *Las características de los locales y del material electoral,* dentro de los principios legales: urnas, papeletas, sobres, cabinas e impresos electorales. En España los aspectos más importantes se recogen en el Real Decreto 605/1999, pudiendo modificarse los impresos electorales y otras cuestiones similares mediante orden ministerial, previo informe de la Junta Electoral Central, según habilita la disposición final de dicho Real Decreto.
- 3) *Medios personales,* incluyendo la retribución de quienes participan en la gestión electoral, con la misma distribución normativa que en el apartado anterior.
- 4) *Procedimientos especiales de votación.* En España, la LOREG lo prevé para el personal embarcado o en misiones en el exterior, así como para los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el extranjero (art. 74.1)⁴². Igualmente, lo hace para los ciudadanos que residan de forma permanente fuera de España en lugares donde no sea practicable el procedimiento general establecido en el artículo 75 de la LOREG (art. 75.12).

Todos estos supuestos son razonables y permiten una mayor flexibilidad para su adaptación respecto de las materias o situaciones reguladas.

Hay, sin embargo, otro tipo de *disposiciones normativas adoptadas por las autoridades electorales en el ejercicio de una función directiva e interpretativa de la legislación electoral.* En el caso español, la LOREG atribuye a la Junta Electoral Central la potestad de dictar disposiciones como las siguientes:

- 1.- Las necesarias para la dirección y supervisión de la actuación de la Oficina del Censo Electoral (art. 19.1 a).
- 2.- Instrucciones de obligado cumplimiento para la Juntas Electorales en cualquier materia electoral (art. 19.1 c).
- 3.- Resoluciones con carácter vinculante que respondan a consultas de las Juntas Electorales, de autoridades y corporaciones públicas, de formaciones electorales y de electores (art. 19.1 d y art. 20).
- 4.- Unificación de los criterios interpretativos de las Juntas Electorales (art. 19.1 f)

³⁹ Por ejemplo, el Real Decreto 157/1996 (modificado en varias ocasiones) sobre la actualización mensual del Censo Electoral).

⁴⁰ Así la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 21 de marzo de 1991, que regula el proceso de reclamación administrativa en materia de censo electoral.

⁴¹ La Resolución de la Oficina del Censo Electoral de 19 de julio de 1996 con normas técnicas para la actualización del Censo Electoral

⁴² Véase, por ejemplo, el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, o la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril.

5.- Resolución de quejas, reclamaciones y recursos (art. 19.1 h), que eventualmente pueden dar lugar a la adopción de decisiones que trasciendan del caso concreto.

6.- Instrucciones de desarrollo interpretativo del artículo 66 de la LOREG, para garantizar durante los periodos electorales los principios de pluralismo, igualdad, neutralidad informativa y proporcionalidad en los medios de comunicación.

7.- Cualquier otra que pueda adoptar en orden a garantizar la transparencia, objetividad e igualdad de los procesos electorales (art. 8.1).

La experiencia española permite apreciar una sensación ambivalente respecto a la actitud del legislador en relación con las juntas electorales, que refleja tanto confianza como recelo hacia su actuación. Confianza al atribuirle funciones tan capitales como la de garantizar la transparencia, objetividad e igualdad de las elecciones. Recelo por cuanto en muchas ocasiones no les proporciona los instrumentos necesarios para ello. Por eso, la Junta Electoral Central mantiene, en mi opinión, una actitud de contención y prudencia en el ejercicio de estas facultades normativas, cuando no hay una atribución explícita de potestad reglamentaria secundaria. Solo la ejerce en los casos imprescindibles y justificados, sobre la base de los títulos habilitantes que tiene que buscar en la legislación electoral.

Así, la Junta Electoral Central ha aprobado instrucciones basadas en la ya citada cláusula general del artículo 8.1 de la LOREG, que le encomienda la función de garantía de la transparencia, objetividad e igualdad en los procesos electorales. Lo hizo prohibiendo las campañas de logros que las autoridades políticas y administrativas llevaban a cabo durante los periodos electorales, aprobando su Instrucción de 13 de septiembre de 1999. Posteriormente el legislador, mediante la Ley Orgánica 2/2011, trasladaría a la Ley electoral la mayor parte de su contenido con la nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 50 de la LOREG.

Lo mismo sucedió con la Instrucción de 13 de septiembre de 1999, en orden a garantizar el respeto a los principios de pluralismo, igualdad, neutralidad informativa y proporcionalidad en los medios de comunicación durante los periodos electorales, que en 2011 recibiría la cobertura legal que ahora proporciona la nueva redacción del artículo 66 de la LOREG. En ambos casos el legislador incorporó lo que previamente había avanzado la administración electoral, a pesar de no disponer de un fundamento normativo explícito, sobre la base de la cláusula general establecida en el artículo 8.1 de la LOREG.

Hay una última circunstancia que conviene reseñar. En España el Gobierno con frecuencia ha mantenido una actitud de inhibición en el ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de la legislación electoral, confiando, y en ocasiones solicitándolo, que sea la Junta Electoral Central la que lo haga. Así ha sucedido, por ejemplo, respecto del procedimiento de votación de los electores residentes fuera de España. A pesar de la habilitación expresa que el apartado 12 del art. 75 de la LOREG hace al Gobierno, ha tenido que ser la Junta Electoral Central la que ha tenido que aprobar numerosas resoluciones e instrucciones para resolver problemas o aclarar cuestiones dudosas⁴³.

Por eso, en mi opinión, el Código de la Comisión de Venecia debería reconocer *la conveniencia de dotar a las comisiones electorales independientes y neutrales de una potestad reglamentaria secundaria*, sin duda que limitada por la ley electoral, pero que además de atender a cuestiones técnicas y de detalle, permita dictar disposiciones generales en orden a ejercer funciones de dirección de los procesos electoral y de interpretación de la legislación electoral.

⁴³ Para mayor detalle, véase ARNALDO, E. y DELGADO-IRIBARREN, M., Código Electoral, 10º ed., El Consultor, Madrid, 2023, pp.706-726

Finalizaré con unas conclusiones que reflejen de forma sintética mi opinión sobre las cuestiones planteadas.

PRIMERA. - El principio de estabilidad electoral aconseja mantener en el Código de Buenas Prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia la conveniencia de que las reformas electorales de relevancia deban ser aprobadas con un año de antelación a la celebración del proceso electoral, añadiendo que dichas reformas se realicen con un amplio consenso entre las principales formaciones políticas.

SEGUNDA. - Si bien resulta relevante que las decisiones políticas más importantes en materia electoral (número de miembros de la Cámara representativa, circunscripción electoral, fórmula de asignación de escaños y autoridades electorales) queden plasmadas en la Constitución o mediante leyes aprobadas por mayorías reforzadas, como recomienda el citado Código de Buenas Prácticas, debe evitarse una excesiva petrificación del sistema electoral.

TERCERA.- El derecho comparado muestra diferentes alternativas a la constitucionalización de los elementos determinantes del sistema electoral, por lo que no resulta sencillo establecer una recomendación genérica, debiendo insistirse, por tanto, en que cualquiera que sea la solución elegida, las modificaciones legales se adopten mediante mayorías cualificadas que aseguren el consenso de las principales formaciones políticas.

CUARTA.- Resultaría aconsejable que la actual recomendación del Código de la Comisión de Venecia de que *“cuando no exista una larga tradición de independencia de las autoridades administrativas frente al poder político, deberán crearse comisiones electorales independientes e imparciales a todos los niveles desde el nacional hasta el de la mesa electoral”*, añadiendo que estas comisiones electorales superiores deben tener *“por lo menos un magistrado”* (apartado II.3.1 d), fuera sustituida por una fórmula más avanzada y efectiva, como la siguiente: *“procurando que estas comisiones electorales, en el caso de la más alta autoridad exista una mayoría judicial, y en el caso de que estas comisiones se elijan por el Parlamento, se haga mediante mayorías reforzadas, de manera que ese nombramiento tenga que contar con el apoyo de las principales minorías parlamentarias”*.

QUINTA. - En lo referente a la potestad reglamentaria en materia electoral, además de tener por objeto las reglas sobre cuestiones técnicas y de detalle como admite el Código de Buenas Prácticas, podría incluir también el reconocimiento de una potestad reglamentaria secundaria a las autoridades electorales independientes y neutrales, a fin de que éstas puedan ejercer sus funciones de dirección del proceso electoral y de interpretación de la normativa electoral.

Óscar Sánchez Muñoz, Substitute Member of the Venice Commission, Spain**Instrumental nature of the principle of stability of electoral legislation**

The principle of stability of electoral legislation is not an end in itself, but has an instrumental character: it is presented as an instrument to guarantee the neutrality of the public authorities in the electoral process. Stability is intended to prevent any of the electoral competitors from trying to change the rules of the game in their favour.

The neutrality of the public authorities is one of the dimensions of the principle of equality of opportunity between electoral competitors. This principle, as developed by the legislation of democratic states, applies to the three main forms of influence that present the greatest risk of giving an unfair advantage to one of the electoral competitors: influence derived from political power, influence derived from economic power, and influence derived from media power, which is fed by the two previous ones. In today's society, where communication is mediated by digital technologies, we could add a fourth form of influence derived from the use of personal data in digital communication.

Thus, the principle of equal opportunities prohibits electoral competitors from using the levers of political power that they may have at their disposal to their own advantage. This leads us, therefore, to a mandate of strict neutrality that is applicable to each and every one of the actions that the public authorities may deploy in the different phases of the electoral process. Specifically, these actions are the following:

- 1) The role of public authorities as regulators of electoral competition.
- 2) The performance of the public authorities in the administration of the electoral competition.
- 3) Actions by public authorities that can influence in one way or another the formation of electoral opinion (communicative activities) and the formation of electoral will (direct influence on voters by means of incentives or pressure). This is what we generally include in the category "abuse of public resources".
- 4) The role of public authorities in the resolution of electoral disputes or, as we might also call it, in the arbitration of competition.

Therefore, as we can see, the regulation of the electoral competition is one of the fundamental aspects on which the mandate of neutrality is projected. In short, we are talking about preserving the neutrality of the rules of the game that govern the competition. If these rules are not neutral, i.e. if they are subject to any manipulation to favour one of the competitors, then the competition will no longer be fair and its outcome will not be credible. The neutrality of the rules of the game therefore affects citizens' confidence in the fairness of the electoral process.

And this is where the great paradox of electoral competition comes into play: the rules of the competition, which should be neutral, are drawn up by the very actors who participate in the competition and who, by definition, are not neutral, since they are interested actors. How to resolve this paradox is what we are going to deal with in this conference, and the principle of stability, as established by the Venice Commission, is only an attempt, an approximation, to resolve this paradox.

But let us assume from the beginning that we are faced with a paradox that has no solution, or no fully satisfactory solution. We can only find a reasonable compromise, a compromise between the ideal of neutrality and the harsh reality of the struggle for political power in electoral contests. It is in the search for such a reasonable accommodation that the principle of stability makes sense.

The key is provided by the Explanatory Report that accompanies the Code of Good Practice in electoral matters. It states that electoral law must have a certain stability to protect it from partisan manipulation.

"Stability of the law is crucial to credibility of the electoral process, which is itself vital to consolidating democracy. Rules which change frequently –and especially rules which are complicated– may confuse voters. Above all, voters may conclude, rightly or wrongly, that electoral law is simply a tool in the hands of the powerful, and that their own votes have little weight in deciding the results of elections".⁴⁴

Later, the same Explanatory Report talks about avoiding "not only manipulation to the advantage of the party in power, but even the mere semblance of manipulation"⁴⁵.

Stability –which is actually deployed in two recommendations: the one referring to the one-year time limit and the one referring to the normative levels– is clearly posed with an instrumental character, not as an end in itself. Stability makes sense as an instrument to guarantee a certain neutrality of the rules of the game or, at least, the appearance of neutrality, because if this appearance of neutrality is broken, the credibility of the electoral process will be at risk.

The recommendation on normative levels interpreted as a guarantee of neutrality: political consensus as a flexibilisation approach.

Starting from this connection between the principle of neutrality and the principle of stability, we will now focus on what is the subject of this panel, i.e. trying to analyse in what sense the recommendation concerning the normative levels, i.e. the recommendation that the fundamental elements of electoral law should be contained in the Constitution or in laws at a higher level than ordinary laws, can contribute to better guarantee the neutrality of these rules.

The answer is quite obvious: constitutional norms, because of their special procedure of elaboration or reform, are the fruit of a qualified level of consensus that goes beyond a simple majority.

When it comes to the creation of a new constitutional order, as happens in the processes of transition to democracy, constitutional norms are generally the result of a broad participatory process, often involving the citizens themselves, with a broad political consensus and often with popular ratification.

If it is not about the creation of a new order, but about the reform of the existing constitutional order, we are likely to be faced with the requirement for complex procedures requiring qualified majorities, in order to ensure a broad consensus among the different political forces represented in parliament, and often with popular ratification by referendum.

And when it comes to the adoption of laws of a higher level than ordinary laws, this will most certainly lead to a requirement of qualified majorities –absolute majority or even higher– which therefore imply a high level of political consensus.

At any rate, the Venice Commission's guidelines on stability of electoral law make several exceptions concerning the possibility to adopt amendments, even to fundamental rules, later than one year before elections. One of them concerns the texts "written in the constitution or at a level higher than ordinary law". This exception should not be understood in a formalistic way but as enabling amendments made by consensus.

⁴⁴ Venice Commission, Code of Good Practice in Electoral Matters, CDL-AD (2002) 23 rev, Explanatory report, para. 63.

⁴⁵ Ibidem, para. 64.

Therefore, we can see that in all cases the key element is consensus:

"Adoption of electoral legislation by broad consensus after extensive public consultations with all relevant stakeholders is one of the fundamental elements of electoral reform, in particular when a change of the electoral system is envisaged: it contributes to the acceptance, legitimacy and stability of the governing system."⁴⁶

In fact, when it comes to the application of the principle of stability in the VC's opinions or in the reports of the electoral observation missions, the element of consensus has always operated as a flexibilisation approach to the prohibition to carry out reforms in the year prior to the election. In other words, if it was accredited that the reform had been carried out with the consensus of all or most of the political actors involved, then the reform could be acceptable, regardless of the technical difficulties for its application in a short period of time, which are another problem altogether⁴⁷.

Let us look at some examples of this flexibilising approach:

"(,...) a broad consensus can legitimise changes close to an election deadline"⁴⁸.

"The Venice Commission is convinced that only a consensus among the political forces on possible new electoral rules to be applied to the parliamentary elections and the organisation of the elections by a truly independent body can justify a departure from the principle of stability of electoral law, and give legitimacy to the electoral process, in the hope that the candidates and citizens will accept the results of the elections"⁴⁹.

"The Venice Commission underlined that the reservations stated in the Code of good practice in electoral matters and the Interpretative declaration on the stability of electoral law regarding substantive changes are less relevant if there is consensus among political forces about the changes"⁵⁰.

On the contrary, numerous opinions strongly argue that the absence of a thorough, inclusive and public debate to reach consensus on major changes to electoral legislation negatively affects the perception of the neutrality of regulation⁵¹.

To put it simply: majority consensus would operate as an incantation to ward off the spectre of partisan manipulation, while, on the contrary, the lack of a thorough, inclusive and public debate raises all the red flags and suspicions of manipulation.⁵²

⁴⁶ Venice Commission - OSCE/ODIHR, Republic of Moldova - Joint opinion on the Law for amending and completing certain legislative acts (electoral system for the election of the parliament), CDL-AD(2018)008, para. 19.

⁴⁷ "(...) late amendments to the electoral legislation limit the time needed for electoral preparations, including training and voter education, and make it difficult to apply the electoral legislation properly and uniformly. Voters and electoral contestants may also have difficulties adopting 'last-minute' amendments". Venice Commission, Report on electoral law and electoral administration in Europe, CDL-AD(2020)023, para. 20.

⁴⁸ Venice Commission, Tunisia - Urgent opinion on the constitutional and legislative framework on the referendum and elections announcements by the President of the Republic, and in particular on the Decree-Law n°22 of 21 April 2022 amending and completing the Organic Law on the Independent High Authority for Elections (ISIE), para. 46

⁴⁹ Ibidem, para. 69.

⁵⁰ Venice Commission - OSCE/ODIHR, Armenia - Urgent joint opinion on amendments to the Electoral Code and related legislation, CDL-AD(2021)025, para. 22. See also, in the same sense, Venice Commission - OSCE/ODIHR, Georgia - Urgent joint opinion on revised draft amendments to the Election Code, CDL-AD(2021)026, paras. 13, 41; Georgia - Joint opinion on draft amendments to the Election Code and to the Rules of Procedure of the Parliament of Georgia, CDL-AD(2023)047, paras. 47, 48, 49.

⁵¹ "In a number of countries (e.g. Italy, North Macedonia, Poland, Turkey) important electoral reforms were adopted only a few months prior to recent elections in a hasty and non-inclusive way, without providing an opportunity for meaningful public debate and consultations with stakeholders". Venice Commission, Report on electoral law and electoral administration in Europe, CDL-AD(2020)023, para. 19.

⁵² "Adding to the concerns over the timing of the amendments, it is problematic that the March and April amendments were adopted in a hasty manner without a proper consultation of the relevant stakeholders, including the opposition parties and civil society. In numerous opinions, the Venice Commission and ODIHR have stressed the importance of a comprehensive and inclusive public consultation when adopting legal frameworks on issues of major importance for society, such as major amendments to electoral

This simple association between political consensus and regulatory neutrality can often be right – indeed, we can even agree that on most occasions it is right– but it is not right on all occasions. Moreover, on some occasions, majority consensus can actually be an alibi that masks the crudest partisan manipulation.

In certain situations, majority consensus alone does not guarantee neutrality. Just as the one year rule is often insufficient, the consensus rule is sometimes not enough. This does not mean that we have to abandon both rules. I believe that they complement each other and work reasonably well in many cases, but not in all cases. Therefore, we have to look at where the weaknesses are and see how to correct the perverse effects they can produce in some situations. To this end, it is necessary to analyse in more detail how the rules governing electoral competition are incorporated at each of the regulatory levels and what effect these levels have on neutrality.

The effectiveness of the guarantee of neutrality at different regulatory levels

Constitutional level

At this level, the question we must try to answer is whether the constitutionalisation of electoral rules is effective in guaranteeing their neutrality.

Historically, constitutions did not include too many aspects related to elections, except for the reference to the right to vote. Actually, to be more precise, it can be said that there is an oscillating movement in history: Early constitutions, such as the French constitutions of 1791 and 1793 or the Spanish constitution of 1812 were quite detailed on electoral matters. So is the Norwegian Constitution of 1814. Later, as we move into the liberal state and non-normative models of constitutions, there is a tendency to refer much of the regulation to electoral law, e.g. the French constitutional laws of 1875 or the Spanish constitutions of the 19th century.

However, it is a recent trend that constitutions increasingly include issues related to the configuration of the electoral system in its basic and sometimes not so basic aspects, rules on the prohibition of parties (or analogous measures) affecting the barriers to access to electoral competition, the establishment of independent electoral authorities and sometimes even rules on the electoral campaign, in some cases with a very high level of detail, as in the Mexican Constitution.

It is interesting to analyse the pros and cons of this constitutionalisation from the point of view of guaranteeing neutrality.

In a recent article, Tom Ginsburg and Mila Versteeg report on the increasing constitutionalisation of electoral rules and analyse its consequences⁵³. The obvious consequences are twofold: On the one hand, constitutionalised electoral rules are more difficult to change and thus have the effect of "tying the hands" of the legislator. On the other hand, ordinary electoral rules will be subject to more judicial control, i.e. this gives more power to the constitutional courts to control the ordinary electoral legislator.

Whether these two phenomena can have a positive or negative effect on democracy is debatable.

The effect is positive insofar as it protects against temporary majorities in situations where perhaps not all political actors are sincerely committed to democracy.

law". Venice Commission - OSCE/ODIHR, Turkey - Joint Opinion on Amendments to the electoral legislation and related "harmonisation laws", CDL-AD(2018)031, para. 28.

⁵³ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. "The Constitutionalization of Democracy". *Journal of Democracy*, Volume 34, Number 4, October 2023, pp. 36-50.

For example, in the case of Mexico, the constitutional reform proposal on electoral matters failed to reach the required 2/3 majority. In this way, it was possible to put a stop to a project that, according to the Venice Commission Opinion, did not offer sufficient guarantees of independence and impartiality of the new electoral administration and of the judges of the Electoral Tribunal⁵⁴.

The same Opinion recalls that "any constitutional reform must be the product (...) of a broad consensus among political parties and society"⁵⁵.

The effect of constitutionalisation is also positive because in transitional situations it can provide more clarity on the rules of the game in a context where there is no previous experience and no established democratic conventions, so to speak. Clearer rules at a higher hierarchical level can encourage fair play and discourage the temptation for electoral competitors to resort to cheating practices.

For example, the Venice Commission Opinion on the reform of the Albanian Constitution in 2008 considers to be appropriate that the regional-proportional system be established in the text of the Constitution. It states that "In general, electoral matters should not be regulated in detail in the Constitution. In Albania there is, however, an evident concern to ensure the stability of the electoral choices in a political framework where conflicts are frequent and there is no common acceptance or interpretation of important rules of the democratic game"⁵⁶.

However, when the constitutionalisation of electoral rules takes place, the important role given to constitutional courts can be a double-edged sword in situations where these courts are not fully committed to democracy or are not truly independent.

Thus, constitutionalisation may not always be so positive and may even have perverse effects for democracy in contexts where constitutional courts have been captured by a majority that even secures protection from future legislative changes promoted by an alternative majority. This is sadly evident, for example, in relation to the rules on the prohibition of "unconstitutional" parties.

To this can be added, in my opinion, that the majority consensus required for the adoption or reform of constitutional norms is not always a guarantee of the preservation of neutrality.

Constitutional consensus reflects the existing power (un)balance in the constituent moment – between territories, between ethnic groups, between power groups–. This power (un)balance can end up forcing the inclusion in the constitutional text of asymmetrical compromises in the rules of the electoral game which are then petrified in the constitutional norms without the possibility of future changes or with many difficulties for these changes to take place due to the rigidity of the constitutional norms. In these cases, the original constitutional consensus, far from guaranteeing neutrality, enshrines and perpetuates the lack of neutrality without the possibility of future correction.

Take, for example, the US Constitution and the electoral college for the election of the President. It is the fruit of a bargain that reflects a balance of power, a balance of power between northern and southern states.

This petrifying effect of non-neutral rules of the game is even clearer in situations of transition in which the majority consensus may be the fruit of a pact in which there is no symmetry between the actors of the regime that is being extinguished and the new democratic actors. A paradigmatic example of this situation can be found in the constitutions approved by the military reserving areas of power for themselves, as it was the case with Chile's 1980 Constitution.

⁵⁴ Venice Commission. Mexico - Opinion on the draft constitutional amendments on the electoral system, CDL-AD(2022)031, para. 47.

⁵⁵ Ibidem, para. 66.

⁵⁶ Venice Commission. Opinion on the Amendments to the Constitution of the Republic of Albania, CDL-AD(2008)033, para.

Although this may perhaps be controversial in my own country, I think that another good example of this type of constitutional asymmetric compromises is the Spanish electoral system, which enshrines a politically biased voting inequality that is now almost impossible to correct because part of the political actors –beneficiaries of the system– is unwilling to accept change and blocks any possibility of reaching the necessary consensus for reform.

Similarly, in cases of constitutional reform, a supermajority resulting from a skewed electoral system or from unfair elections where the level playing field has not been respected can shore up its power by reforming the rules of the electoral game and elevating them to constitutional status, thus preventing a new majority from reversing the changes introduced.

We could cite numerous examples of presidents with autocratic tendencies taking advantage of already dubious majorities to shore up their power through constitutional reforms that enshrine politically biased electoral regulation. Recently, we have seen this kind of situation in Belarus, where the 2022 constitutional reform, driven by undemocratic institutions and with an undemocratic procedure, only further reinforces the regime, making it more difficult to reverse.

Legislative level

In relation to the legislative level, there are four issues to be addressed when it comes to analyse the effectiveness of the principle of stability:

Firstly, the “reserve of law” –affecting the relationship between legislative norms and regulatory norms– and which means that electoral regulation must, in principle, be contained in laws adopted by parliament, except in its purely technical aspects. It is a basic guarantee to avoid manipulations that may arise from executive involvement in regulation. In many countries, this guarantee is reinforced by the assignment of the regulation of the technical aspects of election management to independent authorities.

Secondly, in federal states –or states with territorial entities endowed with a high degree of political autonomy– the question of the division of legislative competences on electoral matters between the federation and the member states arises.

Thirdly, there is also the question of the division between general electoral laws and specific laws for different types of electoral processes and the problems of coherence that may arise.

Finally, fourthly, there is the provision of more rigid special laws –requiring qualified majorities for their adoption or reform– for the regulation of the basic aspects of the electoral system and procedure.

Each of these questions could be the subject of a very extensive treatment, but today I will only focus on the last question, analysing it also from the point of view of its greater or lesser effectiveness in guaranteeing the neutrality of the rules of the electoral competition.

To this end, I will try to answer the following question –similar to the one we have asked with respect to constitutional norms –: Is the reservation of certain aspects of electoral regulation to special, more rigid laws effective in order to guarantee their neutrality?

And, as we saw in the case of constitutional norms, it should also be noted here that, although these more rigid special laws tend to have a positive effect on neutrality, insofar as they “tie the hands” of temporary majorities, requiring a broader majority consensus and somehow prolonging the constitutional consensus on a matter considered “material constitutional”, however, this statement is also not without nuances, for several reasons that I will explain below.

3.2.1. Qualified majorities may not be sufficient

The first reservation derives from the fact that the majorities required for the adoption or reform of these laws may not be sufficient to guarantee the absence of manipulation at all. For example, the absolute majority of members of parliament, which is often required to reform many electoral laws, may in practice be quite easy to achieve for the parties that support the executive and thus neither guarantees consensus between government and opposition, nor is it a very effective protection against manipulation.

3.2.2. Qualified majorities can be achieved artificially as a result of non-neutral prior regulation.

As a second nuance, it should also be borne in mind that majority consensus in parliament does not always reflect real political consensus. The institutional political reality in many cases may not reflect the real state of opinion in society. This is particularly true in situations where we start from a composition of parliament that is already the consequence of a previous non-neutral electoral regulation. A parliament that has been elected with biased rules can result in an artificial majority that is then, in turn, used to further modify those rules in order to further shore up that majority.

3.2.3. Qualified majorities can serve to reinforce illiberal regimes by hindering future democratising reforms

In addition, the "hands-tying effect" of requiring special majorities also serves to shield non-neutral rules against possible future majorities of the opposite sign. Thus, it is becoming increasingly clear that illiberal governments are taking advantage of this kind of formal guarantees to block future democratising reforms.

A paradigmatic case is that of Hungary, which is why it is worth quoting here the Venice Commission's Opinion on this country adopted in 2021, although, in my opinion, it does not go so far as to openly raise the problem of the difficulties of future majorities in dismantling the regulatory framework put in place by the current majority⁵⁷ :

"The final provisions in Act CLXVII of 2020 on the Amendment of Certain Acts relating to Elections deem many of the aforementioned amendments to be cardinal pursuant to various articles of the Fundamental Law. Such cardinal provisions will be subject to special legislation needing two-thirds parliamentary majority to be amended in the future. Some of the amendments deemed cardinal are relatively technical in nature, such as the deadline for voters to submit requests for absentee voting. While stability of the law is crucial to the credibility of the electoral process, it is those rules covering the election system itself, the composition of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries that should be particularly safeguarded from political manipulation. Qualified majority is one mechanism to provide for stability and broader consensus. However, other types of electoral provisions should normally have the rank of statute law that can be amended by simple majority. Indeed, rules on implementation, in particular those on technical questions and matters of details, can be in the form of regulations which provides the election administration with the necessary flexibility to respond to obvious needs. The Venice Commission and ODIHR remind that a too wide use of cardinal laws, which once again took place when adopting the Act, is problematic with regard to both the Constitution and ordinary laws and recommend reconsidering their use for electoral law provisions of an administrative nature.

38. Further, the Venice Commission stresses that provision for qualified majorities is designed to require the search for a broad agreement between the majority and the opposition. This legitimate aim would be frustrated if the ruling coalition, on the ground that it possesses the qualified majority, refrained from even searching for such broad political agreement. The authorities claim that cardinal laws ensure the stability of the electoral law. While this objective should be commended in principle, requiring a qualified majority to amend technical or operational provisions in electoral

⁵⁷ Venice Commission - OSCE/ODIHR, Hungary - Joint opinion on the 2020 amendments to electoral legislation, CDL-AD(2021)039, paras. 37, 38.

laws poses an unnecessary hurdle for making changes needed for effective election administration".

3.2.4. Qualified majorities may favour the emergence of the cartel party

Finally, the requirement of qualified majorities to adopt or reform certain electoral rules, in order to ensure a broad parliamentary consensus, does not protect against the risk of cartelisation that certain regulations entail, that is, against the risk that the insider parties even if they are in conflict with each other, reach an agreement to make it difficult for new or emerging parties to compete. This can be seen, for example, very clearly in the legislation on party financing or on access to the media.

Conclusions

1. The principle of stability, with regard to regulatory levels, is an instrumental principle whose purpose is to guarantee the neutrality of regulation and, therefore, equality of opportunity among electoral competitors.
2. Over and above the timing of regulation, the adoption process appears to be the most relevant factor: the key element is therefore the presence or absence of an exhaustive, inclusive and public debate that allows a broad consensus to be reached among the actors involved, which has a direct impact on the neutrality (or the appearance of neutrality) of the regulation.
3. Rules that require a broad majority consensus may be a guarantee to safeguard the neutrality of regulation, but this statement is not without nuances.
4. Constitutionalisation of basic electoral norms can be positive, but it can also have perverse effects if there is a capture of constitutional jurisdiction.
5. Constitutionalisation can also petrify non-neutral rules of the game, which are the result of compromises made asymmetrically at the time of the constitution or in moments of transition.
6. Special electoral laws with reinforced majorities can also have positive effects in safeguarding neutrality but are insufficient when there is a firmly entrenched majority resulting from prior non-neutral regulation. Indeed, they can be counterproductive when they help to shield regulations introduced by illiberal governments from future attempts at reform.

Toni Greblă, Président de l'Autorité électorale permanente, Roumanie

Niveaux de réglementation - y compris le rôle de la législation secondaire, des organes d'administration des élections :

1. Constitution et législation ordinaire. Quelles sont les règles à inscrire dans la Constitution ?
2. Législation primaire et secondaire (y compris la législation des organes d'administration des élections. Dans quelle mesure la législation peut-elle être déléguée à un législateur secondaire, en particulier aux organes d'administration.

Le Code et la déclaration interprétative acceptent les amendements moins d'un an avant les élections s'ils sont effectués à un niveau supérieur à la loi ordinaire, notamment au niveau constitutionnel. Cette disposition a été prévue pour éviter les manipulations par la majorité, mais l'expérience a montré que la majorité peut abuser de la réforme constitutionnelle pour consacrer unilatéralement ses choix politiques. Au lieu de maintenir cette exception, ne serait-il pas préférable d'insister sur l'adoption de la législation par un large consensus après de vastes consultations publiques avec toutes les parties prenantes, une exigence régulièrement rappelée par les organisations internationales ?

En droit électoral, un certain nombre de questions sont traitées par le droit dérivé, en particulier par les règlements émis par les administrations électorales. Quelles sont les limites de la délégation à ces organes - ou au pouvoir exécutif ?

Note: Les grandes lignes de la présentation écrite doivent être soumises au Secrétariat au plus tard le 27 octobre 2023. Soumission d'un texte écrit sur le sujet convenu conformément au programme(Niveaux de réglementation - y compris le rôle de la législation secondaire, des organes d'administration des élections) de 10 à 15 pages au plus tard le 6 décembre 2023.

Les grandes lignes de la présentation :

1. Le sujet très généreux de la Conférence "Stabilité du droit électoral" nous amène à réfléchir sur de nombreux facteurs internes et externes qui peuvent influencer le cadre juridique électoral applicable à l'activité d'un organisme de gestion électoral.
2. Créer et renforcer les mécanismes nationaux pour régler, dans les meilleurs délais, le contentieux électoral en conjonction avec des normes internationales représente la base de l'évolution démocratique.
3. Les principes fondamentaux du droit électoral doivent servir de juste boussole. Le droit électoral est encadré par plusieurs principes constitutionnels.
4. De manière plus générale, toute réforme de la législation électorale destinée à être appliquée à une élection doit intervenir suffisamment tôt pour qu'elle lui soit réellement applicable.
5. "Le Code de bonne conduite en matière électorale" souligne que la stabilité du droit : "La stabilité du droit est un élément important de la crédibilité du processus électoral, qui est elle-même essentielle à la consolidation de la démocratie".
6. La nécessité de garantir la stabilité du droit.

7. Pour garantir l'acceptation des résultats des élections, il est important d'assurer que les élections sont bien gérées, en tant que processus politique. A cet effet, les parties prenantes au processus électoral doivent tout d'abord se mettre d'accord sur les « règles du jeu ».
8. Des élections honnêtes et crédibles se nourrissent d'un écosystème complexe apte à garantir la protection de plusieurs droits de l'homme interdépendants.
9. Les cadres d'un processus électoral, notamment le choix du système électoral et la conception de l'administration électorale, déterminent son issue et sa crédibilité et, partant, la confiance en la démocratie.
10. Le cadre juridique des élections (droit électoral) devrait être structuré de manière à être non ambigu, adapté et transparent, et devrait couvrir toutes les composantes d'un système nécessaire pour assurer des élections démocratiques.
11. Le terme "cadre juridique des élections" désigne généralement toutes les lois et le matériel ou les documents juridiques et quasi juridiques pertinents liés aux élections.
12. Utilisation et mérite de la loi écrite. Bien que les pays/gouvernements soient libres de développer leurs cadres juridiques, il existe une le besoin de droit écrit par opposition au droit coutumier ou aux politiques administratives pour régir les élections. La loi écrite offre les avantages de la certitude, de la visibilité et la transparence.
13. Il est important d'évaluer dans quelle mesure le cadre juridique des élections du pays est conforme aux normes électorales internationales.

Niveaux de réglementation

14. Le cadre juridique complet régissant les élections peut se baser sur une grande variété de sources, comprenant: des documents internationaux; des documents régionaux; la Constitution; les lois nationales qui peuvent prendre la forme d'un code électoral complet; les lois provinciales ou les lois d'États; les ordonnances et les règlements élaborés par les autorités au niveau national ou au niveau secondaire; les règlements, les proclamations et les directives émises par un OGE lorsque celui-ci a le pouvoir de le faire ; les lois et les conventions coutumières; les politiques administratives élaborées par un OGE ou d'autres organismes ; les codes de conduite (volontaires ou non).

Constitution et législation ordinaire. Quelles sont les règles à inscrire dans la Constitution ?

15. Une constitution écrite, comme base de la structure gouvernementale d'un pays, devrait servir de base aux éléments clés de son cadre électoral.
- 15 bis. Par exemple, la constitution de la Roumanie énonce le droit des citoyens d'élire et d'être élus, et exige une loi organique pour réglementer la création et le fonctionnement de l'Autorité électorale permanente.
16. Le degré d'intégration des dispositions électorales dans la constitution dépend principalement du niveau de confiance (réputation) du public dans l'administration électorale du pays.
17. La stabilité constitutionnelle constitue un obstacle pour les partis au pouvoir qui souhaiteraient changer les dispositions électorales à leur avantage.

18. Le cadre juridique pourrait alors s'avérer difficile à modifier à la lumière de l'expérience à cause du temps nécessaire ou de la difficulté des conditions à remplir pour amender la constitution.

Législation primaire et secondaire (y compris la législation des organes d'administration des élections).

19. Certains principes sont fondamentaux dans la législation électorale.
20. Législation électorale par rapport à d'autres lois. Une loi électorale ne peut ni ne doit contenir toutes les dispositions pertinentes pour la.
21. Une loi électorale réglementant toutes les élections est hautement souhaitable et recommandée. Une loi unique de portée générale couvrant toute l'activité électorale peut être encombrante, mais s'y référer ou la réviser peut s'avérer plus facile.
22. L'équilibre entre les dispositions électorales inscrites dans la constitution et celles contenues dans la législation doit être finement évalué, tout comme l'équilibre entre les dispositions électorales contenues dans la législation et celles prévues dans les réglementations ou les procédures dérivées.

Dans quelle mesure la législation peut-elle être déléguée à un législateur secondaire, en particulier aux organes d'administration ?

23. Dans un système démocratique, le cadre juridique est adopté par un le respect des valeurs démocratiques, la réglementation des élections ne devrait pas être fait par des décrets exécutifs. Cependant, il y a des limites à le nombre de questions administratives pouvant être incluses dans la loi édictée.
24. Certains principes doivent être respectés lorsque est autorisé à donner des instructions et des directives des OGE.
25. Dans certains pays, l'OGE dispose du pouvoir légal de réglementer le cadre électoral, soit en promulguant de nouvelles lois, soit en établissant des règles et des réglementations qui complètent la législation primaire existante. Ce mécanisme permet de gagner du temps en procédant rapidement aux modifications du cadre juridique.
26. L'organisation et l'administration des processus électoraux sont complexes et impliquent une quantité substantielle de détails. Les lois et les règlements écrits présentent les avantages de la certitude, de la visibilité et de la transparence. Si les règlements de l'OGE exigent l'approbation officielle de l'OGE, ils peuvent être rendus publics dans les procès-verbaux des réunions de l'OGE (transparence).
27. Certaines parties du cadre juridique peuvent également être établies sous la forme d'une législation dérivée, par exemple, par le gouvernement ou un OGE habilité à prendre un équivalent de décret exécutif ou sous la forme d'ordonnances; Dans ces situations, les documents adoptés ne doivent pas être utilisés à mauvais escient et les documents adoptés doivent faire l'objet d'une consultation publique et leur élaboration ne doit être effectuée qu'en cas de situations exceptionnelles (crise du temps, absence de quorum au Parlement, pandémie, etc.).

27bis. Par exemple, suite aux décisions de la Cour constitutionnelle de Roumanie, les autorités gouvernementales s'abstiennent d'adopter des règlements par le biais d'ordonnances gouvernementales d'urgence, et si une telle réglementation est

nécessairement urgente et nécessaire, elle ne s'applique que si elle augmente le droit de vote de l'électeur (ne restreint pas le droit de vote)

28. En ce qui concerne les situations de crise, si ce n'est pas stipulé autrement dans la loi électorale, l'OGE est le mieux à même d'être le garant de la démocratie, c'est-à-dire que l'OGE doit proposer au Parlement, le gouvernement ou a le droit d'adopter des règlements qui sont constitutionnels afin d'organiser des élections à temps, en respectant la Constitution, les lois électorales et les normes électorales internationales.
29. La législation électorale doit être suffisamment précise pour garantir l'intégrité et l'efficacité, sans être trop détaillée, afin d'éviter que toute modification mineure des opérations de l'OGE nécessite un amendement législatif.
30. Les OGE ou le pouvoir exécutif peuvent être en mesure d'élaborer des réglementations qui comblent les vides de la loi ; celles-ci sont généralement susceptibles de recours judiciaire ou autres. Il est important de trouver un équilibre entre le souci d'assurer la stabilité et la cohérence du cadre juridique et celui de donner la souplesse nécessaire à un OGE pour qu'il réponde efficacement aux évolutions du contexte électoral. Le degré de détails dans les instruments de haut niveau – constitutions et législations – en matière électorale dépendra souvent du niveau de confiance accordée aux participants politiques et à la performance de l'OGE.
31. Les pouvoirs des OGE pour élaborer des réglementations doivent toujours être exercés conformément à la constitution et au code électoral (législation électorale).
- 31 bis. Concernant la primauté du droit. Le rôle et la capacité de l'OGE dans l'interprétation et la mise en œuvre de la loi électorale, sans contrevenir au processus législatif, doivent être clairement définis dans le cadre juridique afin de ne pas avoir d'excès juridiques.
32. Le modèle de gestion électorale appliqué par un pays est un facteur important qui influence le comportement des OGE.
- 32 bis. Par exemple, les pays comme la Roumanie, dont la gestion électorale suit le modèle indépendant, disposent d'un OGE central et permanent qui coexiste avec des OGE temporaires et secondaires dans les régions et les départements. En fonction des responsabilités qui leur sont attribuées et de la logistique requise, ces OGE secondaires sont nommés de deux à six mois avant le jour du scrutin.
33. Le besoin de représentation de l'OGE au sein du gouvernement et du parlement.
34. Hors du pouvoir, des fonctions ou des devoirs de l'OGE, nous pouvons discuter de la capacité (ressources suffisantes) de l'OGE. Parlant de la capacité, l'une des ressources nécessaires à l'autorégulation des activités électorales peut être le personnel spécialisé sur le cadre électoral et une structure législative dédiée à l'intérieur de l'organigramme de l'OGE. En partant de cette prémisse quantitative, nous pouvons développer davantage ce que l'OGE peut couvrir dans le cadre de la loi électorale et de l'exécution réussie du processus électoral.
35. La législation électorale et Les codes de conduite. Le Parlement Européen a adopté une résolution sur les plaintes et les litiges résultant de la violation d'un code de conduite.
36. Le partage des responsabilités pour la réglementation de la législation électorale secondaire avec les GE qui ont des capacités techniques est nécessaire et pertinent et fournit un cadre utile pour l'administration efficace du processus électoral, mais cela doit

être fait de manière équilibrée afin de ne pas abuser ou diminuer la crédibilité du processus électoral ou la réputation de l'autorité électorale.

Pour des processus électoraux inspirant la confiance, il est important que toutes les composantes du cadre électoral - la constitution, les législations, les ordonnances gouvernementales et les réglementations des OGE et d'autres organismes, ainsi que les politiques administratives – soient mises à la disposition du public et que les modifications soient discutées et partagées avec les principales parties prenantes.

3rd Panel: The timing of the change

Marco Olivetti, Full Professor of Constitutional Law, LUMSA, Rome

1. This short presentation will be focused on three points: a short synthesis on the meaning of the “one-year rule” foreseen by the Code of good practices in electoral matters of the Venice Commission, in the context of the favor for stability of electoral law; some examples of “bad practices” concerning the violation of the “one-year rule”; some proposals – complementary or alternative to the “one-year rule” – as it is asked to the speakers of this session in the guidelines of today’s seminar.

2. The Code of good practices in electoral matters of the Venice Commission recognizes in general the principle of stability of the electoral law (Explanatory Report nr. 63). There are actually various reasons that justify such principle from the perspective of the history and of the theory of liberal-democratic constitutionalism.

2.1. First of all, as it is well known, the electoral law – also when is intended as limited to the rules on the electoral system and not to the right to vote and to be candidate in an election – is traditionally regarded as “the first political law” or “the first of the laws of politics” and has a nature that connects it to the substance of a representative constitution, as it includes the rules through which the representative bodies are constituted through periodical elections. Nevertheless, only some constitutions include the basic electoral rules in their text (may be the most relevant is the Swedish *Regeringsform*), while some more constitutions proclaim the principle of proportional representation as the base for the election of Parliament. In general, many, if not the majority, of European constitutions remain silent on the basic electoral rules and establish only the rules on the active and passive electorate. As a consequence of this paradox (constitutional nature *versus* deconstitutionalisation), the stability of electoral legislation is not protected by the special procedures that regulate constitutional amendments, but is left to the ordinary legislation, whose adoption is generally in the hands of the parliamentary majority in a given moment (sometimes with qualified majorities).

Secondly, the stability of electoral law also protects the predictability of the rules of the political game, protecting the legitimate expectations of political actors, mainly the political parties who structure the political offer to the citizens. Legal certainty is thus protected. And this is relevant not only for the political forces (*ex parte principii*), but also for the ordinary citizens (*ex parte populi*), for whom the stability of electoral laws avoids useless complications and contributes to the knowledge of the effects of their political choices in the elections.

Thirdly, stability contributes to the creation of a *tradition* on the rules of election that is sometimes extremely relevant also when the electoral system may be regarded as questionable from the point of view of some abstract political principles and even from the point of view of the democratic principle. It is the case of those electoral systems that are for some aspects unfair – for example for minor political parties – like those in force in the United Kingdom, in France or in Spain, but that – in the context of the national traditions – contribute to the working of the democratic system in terms of relations between voters and MPs, and specially of accountability to a specific part of the territory of the State.

2.2. But the principle of stability of electoral law may not be intended as an option for the crystallization of electoral legislation, that must be open to evolution or change, given the fact that the present condition of liberal-democratic States has not yet reached the “end of history” in term of constitutional and electoral engineering and that better solutions to many problems may be always found. While electoral change and electoral reform must be

possible, the “one-year rule” suggests to avoid amendments to the fundamental elements of electoral law – namely: a) “the electoral system proper”; b) the “membership of the electoral commissions”; c) “the drawing of constituency boundaries” – in the last year before elections. In alternative, such rules should be “written in the Constitution or at a level higher than ordinary law” (Code of good practices, II-2.b; Explanatory report, nr. 66).

The so called “one-year rule” aims to protect on one side some aspects of the principle of stability, but also other needs of an appropriately working constitutional system.

It protects stability in its dimension of legal certainty, because electoral rules don’t need only to be stable, but also to appear as stable and a “midnight” change gives in the most apparent form the impression of instability and precariousness. But, in my opinion, the one-year rule also protects loyalty and fairness of the political process and of the electoral procedure, given the fact that a last-minute change may give the impression that the new electoral rules have been adopted in the interests of the governing party or parties to remove foreseeable effects of the existing rules for those parties (who at the same are governed by the pre-existing rules and have the political authority to change them). The fact that the change of an electoral rule is adopted less than one year before the next election may be connected to some expectations on electoral trends and future electoral results, that the change may aim to reverse or to reduce in their effects. Some examples of electoral reforms adopted with this purpose will be given in the following section of this text.

2.3. Nevertheless, it is also possible to outline a double criticism of the one-year rule.

First, it is hard to justify the one-year rule as a “good practice”, given the fact that it may not be based on a set of rules with similar contents existing in the European constitutional tradition. A Rule of this type exist in the Constitution of Turkey⁵⁸, but it has been adopted one year before the Code of good practices in electoral matters and it is unlikely that the “one-year rule” was founded on it. The “one-year rule” may be a good rule – and for many aspects it surely is – but is not a practice. There is no connection between this rule and the European tradition of electoral law and, on the contrary, in some countries – like Italy – it could even be argued that the practice on electoral change is opposite, with a preference for changes adopted in a period rather close to the following elections. The “one-year rule” may be justified only from an ethical or political point of view, on grounds of constitutional opportunity, but not based on a pre-existing tradition.

Secondly, if the main purpose behind the one-year rule is not to preserve the stability of electoral legislation, but the fairness in the adoption of electoral law reforms, other devices could be created to serve this purpose. If the purpose is to avoid the abuses of the outgoing parliamentary majorities through electoral change, prohibiting such changes only in the last year before elections may not be enough.

3. Before trying to suggest some alternatives to the one-year rule, I would like to quote some examples of bad practices on electoral reforms. I will quote three cases of last-minute electoral change in three democracies that – with all the prudence that must be used on something that is believed to be solidly established – may be regarded as consolidated democracies: France, Greece and Italy.

3.1. The case concerning France dates back to the mid-1980s. On April 3rd, 1985 the French President, François Mitterrand, announced that his government – led by Prime Minister Laurent Fabius – was going to submit to the National Assembly a substantial

⁵⁸ Art. 67, last par.: “Amendments to the electoral laws shall not apply to the elections to be held within one year from the entry into force date of the amendments”.

amendment to the electoral legislation⁵⁹ regulating the election of that Assembly, that was due within the following year (and that actually took place on March 16th, 1986). Following one of the 100 proposals included in the program on which Mitterrand had been elected to the presidency in 1981, the reform was going to introduce a system based on proportional representation (proposal nr. 47), substituting the pre-existing system based on single-member district with runoff. When Mitterrand announced the electoral reform, the opinion polls were saying clearly that his Socialist party and its allies were going to face an electoral defeat in the legislative election of the following year, at least in the sense that the single-member district system would have produced a clear majority for the right-wing opposition led by Jacques Chirac. The partisan purpose was therefore evident.

The fact that the reform would have opened the door of parliamentary representation to the extreme-right National Front, that was already clearly foreseeable in the moment of Mitterrand's decision, was not a counterargument valid to stop him: on the contrary, Mitterrand was convinced that the entry of National Front in Parliament would have divided the right-wing coalition, and would have therefore favored his Socialist Party. The announcement of the reform caused the resignation of Michel Rocard, the main rival of Mitterrand within the Socialist Party, who was minister of Agriculture and who criticized exactly the systemic effects of the reform and its partisan nature⁶⁰. Nevertheless, the electoral reform was approved by the French Parliament and it was actually implemented in the 1986 election.

Given on one side the fact that the proportional system that it introduced was based on a department level and on the other side the clear swing of the voters in favor of the center-right coalition, it did not prevent the victory of the Gaullist-UDF coalition, who got an absolute majority of seats of the National Assembly in 1986, with the consequence that Mitterrand was obliged to appoint Jacques Chirac as new Prime Minister and to accept the first "Cohabitation" of the history of the French Fifth Republic. Moreover, Chirac's government promptly introduced a bill for the reversal of Mitterrand reform, reintroducing the previous electoral system, that was actually implemented in the 1988 parliamentary election. But the other effect of the reform – the entry of the National Front in Parliament – was not reversed and from that moment it became a stable feature of the French political system, mainly until last election.

3.2. The case concerning Greece took place a few years after the French one and the main actor of the last-minute change of the electoral system was another Socialist leader, Andreas Papandreou, who had become prime minister after the 1981 parliamentary election and had been confirmed in power four years later. In the first months of 1989 Papandreou's unpopularity was rather high, also for some corruption cases, the main of which involved a banker, George Koskotas⁶¹. Papandreou was therefore going to be defeated in the 1989 elections, if they had taken place with the pre-existing electoral rules, according to which the two main parties were strengthened in terms of seats, and the first party, if it was able to get more than 40 per cent of the votes, was assured of obtaining a majority in the Greek one-chamber parliament. According to the opinion polls, Papandreou was well behind New Democracy, the main opposition party led by Konstantinos Mitsotakis. At the same time, Mitsotakis' party fell short of the 50 per cent of votes necessary to get a majority of seats following a "pure" PRproportional system. It was, therefore, a system very close to this latter that Papandreou proposed to parliament, which swiftly adopted it.

59 R. Bernstein, France Adopting New Voting Plan, in The New York Times, 4.4.1985, p. A7; B. Valli, Mitterrand ha scelto, elezioni all'italiana, in La Stampa, 4.4.1985, p. 1.

60 R. Bernstein, Key French Minister, foe of electoral plan, quits, in The New York Times, 5.4.1985, p. A6.

61 See A. Debove, Grèce: l'affaire Koskotas – Un pays malade du scandale, in Le Monde, 1.4.1989, p. 3.

The consequences of the reform were remarkable both if compared with Papandreou's expectations and if seen from a need of functionality. In the June 18th, 1989 general election, New Democracy was clearly the largest party, but, with 44 per cent of votes, did not reach the absolute majority of seats⁶² and therefore its leader was unable to form the new government. After ten days of fruitless negotiations an unnatural coalition cabinet between New Democracy and the former Communist party under Tzannis Tzannetakis was formed with a mandate to adopt some anticorruption measures and give way to new general elections⁶³.

Greece went back to the polls on November 5th, 1989, but also the second general election of that year produced a hung Parliament, notwithstanding the excellent result of Mitsotakis' party, who further increased its electoral support⁶⁴. It is important to remark that, had the two 1989 election been celebrated with the pre-1989 electoral system, New Democracy would have gained a working majority. After a national union government of the three main parties led by the economist Xenophon Zolatas⁶⁵, a third general election was therefore necessary to solve the long crisis, and in it, on April 8th, 1990, New Democracy, with more than 46 per cent of the votes, obtained the half of the seats of the Chamber⁶⁶ and to form a one-seat parliamentary majority with the support of an independent MP⁶⁷: only at that point, Mitsotakis could finally become Prime Minister. But Papandreou's reform had reached the purpose of destabilizing his opponents position and produced more than a year of political void. The Socialist leader was even able to come back to power three years later.

3.3. The Italian case is more recent and it concerns the electoral reform of 2005, adopted only six months before the May 2006 general election. At the time, the Italian electoral system was a Mixed-member majority (MMM) system that had been introduced – after a referendum – in 1993, after almost half a century of elections under Proportional representation. The MMM system had been implemented three times (1994, 1996, 2001) and had allowed for the first time in modern Italian history the alternation in power of opposite coalition, of center-right (1994, 2001) and of center-left (2006). In the summer of 2005 the opinion polls suggested that – using the then existing MMM system – the ruling center-right coalition led by Prime Minister Silvio Berlusconi was likely to lose the following general election in favor of the left opposition, led by Romano Prodi.

Through an amendment to a bill already under consideration by the Italian Parliament a new electoral system was adopted by the law n. 270/2005. It introduced an electoral system based on proportional representation but with a majority-assuring bonus for the largest party or coalition of parties that would have given to it the 55 per cent of the votes in the Chamber of Deputies, while in the election of the Senate a similar bonus would have been distributed on a regional scale. The reform was adopted in a context of high political tension, as its partisan nature was undeniable. Among other things, the leaders of the center-right coalition were – maybe wrongly – convinced that the single districts thorough which were elected three quarters of the MPs under the MMM system in force after 1993 were contrary to the interest of the center-right coalition, that was supposed to be less able than the center-left to sum up the votes of it's the parties that composed it in many districts.

The new system had many drawbacks. It was based on long lists of candidates submitted to the voters in large regional (or multi-provincial) electoral districts, without allowing to the voters to choose between the candidates included in the list (at the same moment in which

62 C. Haberman, Papandreou loses majority control in Greek election, in *The New York Times*, 19.6.1989, p. 1 and 6.

63 M. Simons, Greek Communists join with Right to form new Cabinet, in *The New York Times*, 2.7.1989, p. 1 and 10.

64 M. Simons, Greek Election leaves two rivals in deadlock, in *The New York Times*, 7.11.1989, p. A7.

65 See D. Kunz, Grèce. Le nouveau gouvernement de coalition va s'employer à redresser la situation économique, in *Le Monde*, 24.11.1989.

66 A. Cowell, Greek conservatives finish first, but fail to win majority of seats, in *The New York Times*, 9.4.1990, p. A2.

67 A. Cowell, Greek right gains one-seat majority, in *The New York Times*, 10.4.1990, p. A3.

the new law was eliminating the single member districts that, for their dimensions, allowed a “personal” relationship between voters and candidates). The new system assured the winning coalition at national level of a majority of seats in the Chamber, but not necessarily also in the Senate, where the bonus was fragmented, and distributed at regional level. The result was a lack of democratic legitimacy of the system and instability, as in two cases (2006 and 2013) the coalition who got a clear majority in the Chamber, did not possess a majority in the Senate (2013) or was able to arrange only a very thin, and therefore unstable, majority in that Chamber (2006), while the Italian constitution requires to the government to possess a majority in both Houses.

The political purposes of the authors of the 2005 electoral reform were achieved, given the fact that the center-left coalition led by Romano Prodi was able only to obtain a partial victory in that election. However, given the excellent recovery of the center-right in that election, in comparison with the opinion polls, it could also be argued that the center-right coalition could have even won the election with the previous system, or at least could have achieved the result of a hung parliament.

The systemic results of the electoral reform were a total failure: as already said, the public’s perception was that it suffered of lack of legitimacy and it was finally declared unconstitutional by the Constitutional Court in 2013 (dec. 1/2014).

3.4. The three-abovementioned cases seem to give a support to the “one-year rule”, as the three reforms were adopted with the specific and partisan purpose of avoiding a victory of the opposition in the following elections or at least of reducing its magnitude. They were unfair and they produced – although in different forms and intensity – dysfunctional effects on the political system, on government stability and on the quality of the democratic process. The key-values they were against were – more than stability of electoral legislation – the fairness of political competition and the responsibility of the governing parties in face of the voters, with the actual possibility of the alternation in power of different political forces.

3.5. Some more words must be added on the Italian case, for two reasons.

First, Italy is a remarkable negative example for the fact that it is the only consolidated democracy characterized since the early 1990s by a fundamental instability of the electoral law concerning not only the details but also the general configuration of the system of election of the two Chambers that compose the national Parliament. Not only the electoral law has been re-written in 1993, in 2005, in 2015 and in 2017, while a further change is currently under discussion together with an amendment to the Constitution that would introduce the direct election of the Prime Minister. However, besides to these changes, it is necessary to consider also the referendums on electoral legislation that took place in 1991, 1993, 1995, 1999, 2000 and 2009: the result is that, after a general election, neither the citizens nor the political parties may be reasonably sure that the following one will be celebrated under the same set of rules.

Second, the Italian political class and maybe also the general public shares a conviction that runs exactly in the opposite direction of the one-year rule of the Venice Commission. Independently from the partisan reform of 2005, the Italian politicians believe that a reform of the electoral law must be adopted near the end of the term of Parliament, because, in their view, the new electoral law would deprive the existing Parliament of its legitimacy and would require its dissolution and the election of fresh Chambers with the new electoral law. This argument was even used by the President Oscar Luigi Scalfaro as a reason for justifying – together with other reasons – the dissolution of Parliament adopted in January 1994. And actually all electoral reforms adopted after 1919 were either adopted on the eve of the end of the term of Parliament (1919, 1953, 2005, 2017) or followed by an anticipated

dissolution of Parliament (1923 and 1993). The only exception is the electoral reform of 2015, which was declared unconstitutional by the Constitutional Court with the dec. n. 35/2017 and was never implemented.

4. The guidelines of this seminar invite the speakers of this session to offer a reasoning on solutions totally or partially alternative to the “one-year rule”.

In my opinion, notwithstanding the remark that I exposed in par. 2.3 on the lack of foundation of the “one-year rule” in the pre-existing practice, this rule is now – 20 years after the adoption of the Code of Good practices in electoral matters – rather well established. It is also established that it allows exceptions, as other contributions in this seminar have clearly explained. Therefore, to reverse it would not be wise. Nevertheless, in my opinion, to leave the exceptions in a sphere of indetermination would not be the best solution.

My proposal is to try to find a procedure to strengthen the one-rule and to allow, at the same time, some legitimate exceptions, when the electoral change in the last year before elections is not based on the expectation of drawing an unfair advantage from the change. In my opinion, the exceptions should be allowed if the law has been approved by a qualified majority, indicating that at least the main opposition party or coalition has accepted or supported the electoral reform. This could be the standard established by the Venice Commission.

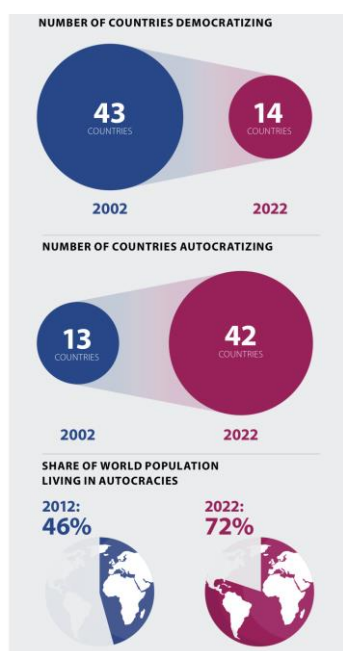
If we look at how the problem in question (admissibility of a modification of the electoral law in the last year before the elections) from the point of view of the regulation adopted by a State in its own constitution, the solution that could be advised, could be that of allowing a reform of the electoral law – as well as of other laws intervening directly or indirectly in electoral matters – in the year before the general election, only if adopted with a qualified majority (two-thirds or three-fifths), establishing at the same time an automatic (*ex officio*) and preventive control of constitutionality by the Constitutional Court, with the purpose of verifying if an amendment to the electoral law has been approved with the qualified majority or not. Exceptions – on matters of minor relevance – should be allowed only with the support of an opinion of an independent – and maybe external – body.

**Srdjan Darmanović, Vice-President of the Council for Democratic Elections,
Member of the Venice Commission, Montenegro**

One-year Rule is Still Relevant

Some three decades ago Samuel Huntington introduced his theory on waves of democratization in history followed by the counter-waves of democracy decline and shrinking. Three decades ago big democratic wave wiped out communist regimes in Eastern Europe making us to believe that liberal democracy triumphed not only over totalitarian communism, but over any other non-democratic alternative to come. It has been hardly to imagine that the new challenges might be difficult to overcome.

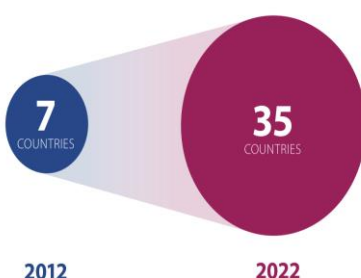
But, now we actually live in a time of democratic counter-wave. Democracy is globally at least in recession if not in a decline. It has deteriorated in many regions in the world. There are more *closed autocracies* in the globe today than *liberal democracies*⁶⁸ - for the first time in more than two decades. Freedom of expression is deteriorating in 35 countries in 2022, while ten years ago it was only the case in the 7 countries. Government censorship of the media is worsening in 47 countries over last ten years while repression against civil society in the same period is worsening in 37 countries⁶⁹.



Drastic Changes in Last Ten Years

- Freedom of Expression is deteriorating in 35 countries in 2022 – ten years ago it was only 7.
- Government censorship of the media is worsening in 47 countries.
- Government repression of civil society organizations is worsening in 37 countries.
- Quality of elections is worsening in 30 countries.

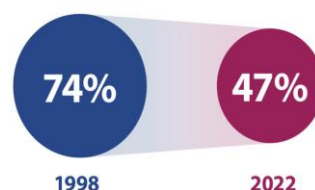
FREEDOM OF EXPRESSION DETERIORATING



5. Autocratization Shifting the Balance of Power

- The global balance of economic power is shifting. An increasing number of autocracies now account for 46% of global GDP.
- The global balance of trade power is also tilting in favor of autocracies. The share of world trade between democracies has declined from 74% in 1998 to 47% in 2022.
- Autocracies are becoming less and less dependent on democracies for both their exports and imports. Democracies' dependence on autocracies has doubled in the last 30 years.

SHARE OF WORLD TRADE BETWEEN DEMOCRACIES



⁶⁸ There are many typologies of the political regimes, but the one we are mentioning here recognizes four types of 1 rule, two on the non-democratic and two of the democratic side of the aisle: *closed autocracies* (full fledged authoritarian regimes), *electoral autocracies* (competitive authoritarian regimes), *electoral democracies* (competitive polyarchies with not necessary developed or relatively weak rule of law) and *liberal democracies* (well established democracies with the strong rule of law component).

⁶⁹ All the data and following tables presented according to the V-Dem Institute (Gothenburg, Sweden) Democracy 2 Report 2023 *Defiance in the Face of Autocratization*.

The data very relevant for our topic is the one indicating that quality of elections is worsening in 30 countries. It is an expected one. There where democracy is declining somewhat has to go wrong with elections, too.

Integrity is an essential part of a free, fair, and reliable election. It is inherent in the principles of a democracy and a representative system of government. Issues such as transparency, accountability and accuracy of election administration are considered highly important together with ethical electoral behaviour and integrity monitoring systems. Maybe the best way to explain the relevance of electoral integrity is if we put it in relation in connection with competitive authoritarian regimes (CAR). These types or regimes also have elections and competitive ones. Elections in CAR are in many cases not just a sharade, they are very often meaningful and incumbents can be defeated. It has already happened more than ones: Meciar in Slovakia (1997), PRI in Mexico (2000), Milosevic in Serbia (2000), Abdu Diuff in Senegal (2000), Gruevski in North Macedonia (2016). But, what is crucial feature of these elections is that *playing ground is not leveled* (Levitsky and Way)⁷⁰ what exactly means that electoral integrity has been under attack.

In our time to jeopardize electoral integrity ruling autocrats or would-be autocrats most often don't any more need to use brute force, but - good lawyers! They simply manipulate rules of the game turning tide in favour of the incumbents. To Steven Levitsky and Lucan Way, *Competitive Authoritarianism*, Cambridge University Press 2010. 3 2 dismantle the rule of law principles in the electoral field requires innovative legal specialists as distortion of the electoral rules are very often consisted of the legal subtleties. *Electoral field* thus becomes real *legal battlefield*.

Democracy, of course, is not all about elections, but free, fair and genuinely competitive elections are one of the indispensable pillars of democracy. What is to be emphasized is that *election is not a one-off exercise*. Clear and fair election day very much matters. But, election is a *continuous process* involving several stages. All of these stages need to be thoroughly analysed in order to assess an election. That includes, inter-alia, the choice of the electoral system, political party legislation, campaign and party funding, etc. All of these stages have to be constituted and exercised in a democratic and transparent manner in order elections to be assessed free and fair.

Long before the election day, the process starts with the elaboration of electoral legislation. *The quality of that legislation* is a major, although not the unique criterion to assess an election. *Sound electoral legislation* is a necessary requisite for putting the principle that citizens have the right to take part in government and in the conduct of public affairs into practice. But, even the most sound electoral legislation can be compromised by hasty and frequent changes, extravagant experiments and its adaptation to the party and political interests. It is why principle of stability of electoral law is a guarantee for *legal certainty*. It is why changes of the fundamental rules of the (electoral) game should take place well in advance of elections and the rules should by no means be changed *during the game*.

Why it is so? Because "rules of the game" is one of the most important features of elections. Any game, and electoral as well, should be based on the principle that the rules do not favour ones and disfavour the others. They should be equal for all contestants. Furthermore, these rules should be applied and exercised in the *playing ground* that is *leveled* for all the competitors. As long as the playing ground is leveled fully or at least to a large extent, what means rules of the game are equally applied, we're talking about democratic system. When the playing ground is not leveled, becoming so suddenly or in the gradual, sweeping manner, we're leaving the realm of democracy and entering into the world of competitive authoritarian regime (CAR). Frequent or sudden changes of the electoral legislation, or the ones that exercised almost in the eve of the elections, very often, though by far not in all the cases, may be motivated or may lead to the backsliding and ultimately to the decay of democratic system and moving to some form of autocratic or hybrid regime.

⁷⁰ Steven Levitsky and Lucan Way, *Competitive Authoritarianism*, Cambridge University Press 2010.

It goes without saying that all the story on the stability of the electoral legislation is by far most relevant to democracies because free and fair elections are 3 democratic institutions. Strangely enough principle of the stability of the electoral legislation can be relevant to competitive authoritarian regimes, too. Being hybrid regimes, sometimes democracies in backsliding or at least recession, or authoritarian regimes on the way to democratic transition, elections in them, though not fair, are still very often competitive and might be a tool of democratization or re-democratization of the country as in the examples we mentioned above.

Our story is, of course, completely irrelevant for closed autocracies as there is all the same when election laws are changed. Whenever the change occurs they are always changed under firm control of incumbents and in favour of incumbents. If we, for example, make the question is stability of electoral legislation relevant in Putin's Russia the answer is simple and easy and self-understandable.

For this and many other reasons it has always been very firm approach of the Venice Commission, clearly the expressed in the *Code of Good Practice in Electoral Matters* and its *Interpretative Declaration* that the fundamental elements of electoral law, in particular the *electoral system proper*, *composition of electoral commissions* and the *drawing of constituency boundaries*, should not be open to amendment **less than one year before an election**⁷¹. These three elements are often, rightly or wrongly, regarded as decisive factors in the election results and, consequently, are most often subjected to efforts to be changed (changes are almost always explained like "big improvements") and directed or manipulated in somebody's political favor.

Why these three elements? Rationally speaking, changing *electoral system* might not be a bad thing – they can always be changed for the better – but *changing them frequently* or just before (within one year of) the elections in the eyes of the voters almost always make an impression, even when no manipulation is intended, that change seems to be dictated by party political interests. And this impression often has a solid ground. Change of the voting system is usually beneficial for some political forces and detrimental for the others.

Even more so is the case with the composition of the election commissions and (re)drawing the electoral boundaries. In the first case it's usually the story of "ours" and "theirs", where "ours" are the same expected to be "our soldiers" and not those who will assist in elections to be as much free and fair as possible. Instability in the "The fundamental elements of electoral law, in particular the electoral system proper, membership of electoral 4 commissions and the drawing of constituency boundaries, should not be open to amendment less than one year before an election, or should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law.", *The Code of Good Practice in Electoral Matters* (CDL-AD(2002)023 rev, item II.2.B 4 composition of the central election commissions make this story even more credible thus seriously undermining the credibility of the electoral process.

In the case of redistricting, electoral geometry is becoming the skill on how to outmaneuver the opponents and profit from that in a number of seats in the parliament and not how to fairly administer the chances for as more rightful geographical distribution of the "will of the people". Constituency borders are fundamental elements of electoral law and redrawing them may and very often have significant political consequences.

There have been proposals (Moldova 2017) the deadline for the change to be reduced to at least 180 days, but The Venice Commission and the OSCE/ODIHR remained firm in their approach of "one year rule" that shorter deadline may not be sufficient to ensure impartial and comprehensive delimitation procedures before the election. To promote stability in the fundamental elements of

⁷¹ "The fundamental elements of electoral law, in particular the electoral system, membership of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries, should not be open to amendment less than one year before an election, or should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law". *The Code of Good Practice in Electoral Matters* (CDL-AD(2002)23 rev, item II.2.B

electoral law, the Code of Good Practice is also very clear recommending that such parts of an electoral law should not be open to amendment less than one year before an election.

Having that said it is a easily understandable why The Code of Good Practice in Electoral Matters highlights that the stability of the law is crucial to the credibility of the electoral process. Therefore, it should be avoided that fundamental elements of electoral law like those three mentioned above are changed frequently or just before elections. Nevertheless, the one-year rule applies *above all to fundamental elements* of the electoral system, even the cases of less consequential changes should be avoided as the closer to the elections the amendments to electoral legislation are passed, the more they may influence the election results.

If not for the substantial reasons - and they are often at place - rules which change frequently, or just prior to the elections and additionally if they are complicated – *may confuse voters*. Rightly or wrongly, voters might see the that “electoral law *simply as a tool in the hands of the powerful*, and conclude that their own votes have little weight in deciding the results of elections”⁷² It might prove to be one of the most detrimental consequences for the electoral integrity and for the public confidence that all, even most complicated social and political issues in democracy, should and could be resolved only by democratic procedures and through democratic institutions. It is not by occasion that elections integrity and very meaning of the elections as a par excellence democratic institution is under assault of cynicism of rising autocracies in our days.

In many countries the electoral framework is stable and necessary amendments are adopted well ahead of the next election. But, in some others significant changes to the election legislation occur frequently and late. In a number of countries (e.g. Italy, North Macedonia, Poland, Turkey) important electoral reforms were adopted only a few months prior to recent elections in a hasty and non-inclusive way, without providing an opportunity for meaningful public debate and consultations with stakeholders. The list of the countries The Venice Commission dealt on this very topic is impressive: Albania, Armenia, Bulgaria, Georgia, North Macedonia, Moldova, Turkey, Ukraine, and even EU members like Hungary, Italy, Poland... This list is most probably open as most probably we might have overlooked and not notified also other cases...

Problem with late changes of electoral legislation is that even when they serve for the better by for example implementing international recommendations and standards, late amendments to the electoral legislation limit the time needed for electoral preparations, making many technical steps like trainings or voter education difficult to apply in the electoral legislation properly and uniformly. Even electoral contestants themselves may have difficulties adopting “last-minute” changes. The perception of changes as it has already been emphasized above, that they are politically biased even if they are not, almost goes without saying.

The question may arise: does “one year rule” go automatically without the exception? The answer should be logical and flexible. In general, any reform of electoral legislation to be applied during an election should occur early enough for it to be really applicable to the election. Of course, in certain circumstances, exceptions to the one-year rule might be accepted, namely where there is a need to rectify, through legislation, unforeseen problems or to provide redress to violations of internationally recognised rights where they had been built into the electoral law. Needless to say, changes or introductions of appropriate provisions on liability and (administrative or criminal) sanctions for the breach of rules related to misuse of administrative resources are strongly recommended, even less than one year before elections.

So, if changes are clearly and without any doubt for the better and do not carry on with them a smell of party political manipulation, there are cases where they can be welcome. Nevertheless, these cases should be rather taken as exception to the rule rather than wide and frequent practice.

⁷² *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning the Stability of Electoral Law*, CDL-PI(2020)020, 5 page 4, para 63, Strasbourg, 14 December 2020.

One should always have in mind that political parties may be motivated to amend the electoral legislation before the elections in their favour and that temptation for that may rise in the parliamentary procedure of the draft law. It is why the parliamentary procedure of draft legislation should be watched closely to prevent any fundamental changes of the fundamental elements of electoral law and the stability of electoral law is of high importance to avoid any manipulation with the electoral system⁷³.

While, we have mostly concentrated on the late changes *before* the elections, it is self-understandable that Venice Commission has always firmly advocated principle that *no legislative changes should be applied to the electoral processes already underway*.

Interesting example happened in my country over local elections of 2022. Though, elections were duly called following the Constitution and the electoral calendar, our political class expressed not frequently seen political solidarity in decision to postpone them! What was the reason? Nothing special - they simply didn't like the date! They decided to postpone elections for four months what in reality really happened. The case is very instructive and we're going to present basic features of it here.

Local elections in Montenegro should have happened in June 2022 in most of the municipalities (14 out of 25). They had been duly set by the head of state for that date as it was the date when four years term expired for the local authorities in those municipalities. In an unprecedented move all parties in national parliament(!) agreed that they are basically not ready for the elections and they should be postponed for four months. As the date of the elections is a matter of the law they had no other way to put their action in motion, but to amend election law.

But, by amending the law, our members of the parliament and party leaders actually violated the Constitution. Why so? As the Constitution provides that no term in the legislative bodies (in national or municipal level) can last no longer than four years the public suddenly witnessed no less than *illegal and illegitimate prolongation of the rule* in 14 municipalities where around 75% of the country's population lives. Our political class united in its action actually committed *collective consensual violation of the Constitution* with full awareness of what they had been doing.

Speaking the language of fundamental political theory all principles of democratic government had been breached. Even if only for four months, *the social contract* with the citizens was terminated; the political class separated from the very bearer of sovereignty (the people) and thus *ceased to be legitimate*; it de facto declared that it was not interested in government by consent, but only based on its own assessment; the principle of accountability and periodical, constitutionally determined replacement in elections was rejected and in the end, the *modus operandi* of constitutional democracy - constitutionality and legality had been violated.

Luckily enough, there had been no revolutionary ambitions in this action whatsoever. No dictatorship or suspension of the overall democratic order was on the minds of our party politicians. None of them even indicated, let alone declared, that they wanted an extended suspension of the elections in the country. Finally, this was not the work of one party or a narrow group of people. Several different parties were the initiators and beneficiaries of this decision. The motives for postponing the elections and thus violating the Constitution were just ordinary electoral calculations with a temporary duration. To make the whole thing even sadder, in this inglorious enterprise, our party-political class had one tacit ally - representatives of the EU. For the sake of their not so important, almost banal, and in practice questionably feasible proposal to hold all local elections in the country in one day, they did not even speak out about the obvious threat to the basic principles of constitutional democracy and our constitution. This pretty much opened the way for our parties

⁷³ *Ibidem*, page 7, para 8, Strasbourg, 14 December 2020.

to take this action that made little if any detriment to the political life of the country but made a huge case for comparative constitutional practice⁷⁴.

Montenegrin case of postponement of the local elections was rather benign by intentions and by the consequences for the democracy in the country. But, it nevertheless demonstrates how much legal assault to the electoral rules and breaching stability of the electoral legislation if undertaken by ruling autocrats or would-be autocrats can be dangerous and far-reaching in its consequences.

Let's make a quick summary on the stability of electoral legislation. One-year rule always advocated by the VC should stay at place. Breaching the rule carry on with it many difficulties and risks and might seriously affect election integrity. Breaching the rule might and in most of the cases will: a) confuse voters; b) undermine public confidence in electoral process; c) caught off guard electoral administration; d) highly increase risks of party political manipulations with election legislation; e) produce hasty and rather low quality changes of election legislation; f) restrict in scope and time inclusive public debate within the society and among stakeholders; g) often affect the process of elections and election outcomes in favour of some of the contestants.

Exceptions of the rule are possible and some are welcome, by they have clearly to be of the nature that improve electoral environment or implement some international standards. 9

⁷⁴ The whole story is even more bizarre when we add the fact that the Constitutional Court of Montenegro 7 declared this law on postponing local elections unconstitutional only three months after it passed in national legislature when its consequences couldn't have been changed any more. Nevertheless in the article published in local press we praised the ruling of the Constitutional Court as an important legal document for Montenegrin political system though *pro futuro*.

4th Panel: Emergency situations

Carlos Vidal Prado, Miembro de la Junta Electoral Central, España, catedrático de Derecho Constitucional, UNED

Estabilidad de la Legislación Electoral en situaciones de emergencia

1. El dilema de suspender o mantener las elecciones en tiempo de pandemia. 2. La doctrina de la Comisión de Venecia sobre la suspensión de procesos electorales en situaciones de emergencia. 3. La suspensión de procesos electorales en Galicia, País Vasco y Cataluña. 4. Ausencia de cobertura legal y propuestas normativas.

1. El dilema de suspender o mantener las elecciones en tiempo de pandemia.

Entre los múltiples retos que nos ha planteado a los juristas la pandemia del coronavirus está el de qué hacer con la celebración de las elecciones. El ordenamiento jurídico no estaba preparado, tampoco en este terreno, para afrontar con garantías un proceso electoral, en muchos casos (en España, por ejemplo) no se preveía la posibilidad de suspensión electoral (y sigue sin preverse), en otros no estaba prevista la flexibilización de ciertos plazos, los límites en el acceso a lugares de votación por motivos sanitarios, la situación de las personas confinadas en la jornada de votación y que no habían podido tramitar a tiempo su voto por correo, etc.

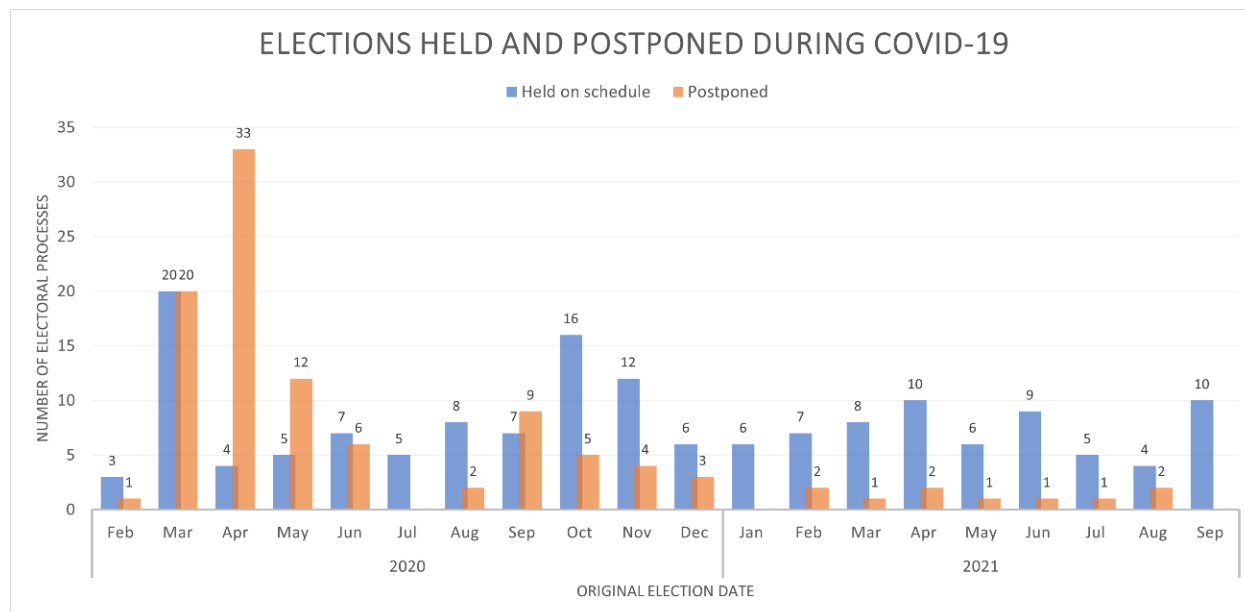
Es cierto que las situaciones de emergencia sanitaria no son las únicas, pues hay otras muchas que pueden condicionar la celebración de elecciones. Así, desastres naturales como terremotos, inundaciones, o situaciones de violencia ya sea por guerras o conflictos armados. Pero normalmente se han centrado más en las garantías para que puedan celebrarse unas elecciones que en la necesidad de suspenderlas o aplazarlas, como se planteó en muchos países con motivo del COVID 19.

Son cuestiones que ni se han abordado por el legislador ni, en buena parte, por la doctrina académica, aunque como es lógico en los últimos tiempos sí han sido objeto de análisis⁷⁵. Por otro lado, en la página web de IDEA International se han recogido las novedades en lo que se refiere al impacto de la pandemia en la celebración de procesos electorales en todo el mundo, lo cual es sumamente interesante⁷⁶. En diez años, del 21 de febrero de 2020 al 21 de febrero de 2022: al menos 80 países y territorios de todo el mundo decidieron posponer elecciones nacionales y subnacionales debido a la COVID-19, de los cuales al menos 42 países y territorios pospusieron elecciones nacionales y referendos; al menos 160 países y territorios celebraron elecciones nacionales o subnacionales a pesar de las preocupaciones relacionadas con la COVID-19, de los cuales al menos 130 fueron elecciones nacionales o referendos; Al menos 65

⁷⁵ Así, por ejemplo, ARNALDO ALCUBILLA, E., «La suspensión de la celebración de las elecciones comporta una nueva convocatoria íntegra», en *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 de abril de 2020. M. A. PRESNO LINERA, M.A., «Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (5): el derecho de voto (suspensión de elecciones vascas y gallegas)», en el blog *El derecho y el revés*, 3 de abril de 2020. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/03/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-5-el-derecho-de-voto-suspension-de-elecciones-vascas-y-gallegas/>; BARRAT ESTEVE, J. Spanish Regional Elections During the Covid-19 Pandemic. Case Study (30 March 2021), IDEA International, 2021; SÁNCHEZ NAVARRO, Á. (2020). «Emergencia sanitaria y suspensión de elecciones», en Barceló, D.; Díaz, S.; García Roca, J. y Guimaraes; M. E. (coords.), *COVID 19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 331-344. FERNÁNDEZ ESQUER, C., El impacto de la pandemia del covid-19 en las elecciones: especial referencia al caso autonómico español, en Palacios Romeo, F. y Cebrián Zazurca, E. (coords.) *Elección y representación: una conjunción compleja. Perspectivas y problemas de los regímenes electorales en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0307>; RIQUELME, P., «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en Dueñas, A., Fernández, D.; Guerrero, P. y Moreno, G. (coords.). *La Constitución en tiempos de pandemia*. Dykinson/Universidad de Valladolid, 2021, págs. 135-156. CEBRIÁN, E., «COVID-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en País Vasco y Galicia», *Revista General de Derecho Constitucional*, 33, 2020.

⁷⁶ IDEA International, *Global overview of COVID-19 impact on elections*, Disponible en: <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections> (actualizado el 11/10/2021)

países y territorios celebraron elecciones que inicialmente fueron pospuestas debido a preocupaciones relacionadas con la COVID-19, de los cuales al menos 33 fueron elecciones o referendos nacionales.



En España, la legislación electoral, como decimos, es una de las áreas normativas que necesita una actualización, puesto que ni la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) ni la normativa autonómica contienen previsiones en este sentido. La necesaria suspensión de los procesos electorales en País Vasco y Galicia se ha llevado a cabo sin cobertura expresa en la legalidad vigente, que no contempla este tipo de supuestos. Por eso ha sido clave que la decisión de suspenderlas se haya tomado con el acuerdo de todos los partidos políticos, ya que en caso contrario se podrían haber producido problemas jurídicos de difícil solución. En Cataluña no ocurrió lo mismo y además el Decreto se elaboró con mucho menos cuidado, como veremos luego.

Como en tantos otros supuestos, en el que estamos abordando debemos ponderar distintos derechos fundamentales. Por un lado, el derecho al sufragio activo y pasivo, el derecho a la participación y a la representación política, y por otro el derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

En este escenario, se reabren también los debates sobre las posibles alternativas al voto presencial, sistemas de voto que disminuyan el peligro para los electores, pero que también garanticen la limpieza, la representatividad y la legitimidad de las elecciones. De hecho, en algunos lugares se finalizó el proceso electoral utilizando el voto por correo, lo que no planteó, aparentemente, demasiados problemas, como ocurrió con la segunda vuelta de las elecciones municipales en el *Land* alemán de Baviera.

La repercusión de una situación de emergencia como la pandemia afecta no solo a la propia jornada electoral, sino a la campaña y al funcionamiento, en general, de la Administración electoral. Las decisiones que se tomen, tanto la de suspender como la de continuar adelante, tienen ventajas e inconvenientes. Mantener la cita electoral en estas circunstancias supone, asimismo, que los electores no puedan informarse adecuadamente, debido a las restricciones por razones sanitarias o de seguridad que han de respetarse en campaña electoral. Se trataría de una campaña mediatizada, con utilización exclusiva de medios de comunicación, redes sociales y envíos por correo postal, evitando el contacto personal, tanto en mítines como en visitas o actos a pie de calle. Sin embargo, suspender la celebración de las elecciones también puede ser visto como una «hibernación» que impide el ejercicio derecho de participación política, el derecho del

sufragio activo y pasivo. Además, en muchos casos, la suspensión significa prolongar la permanencia de un Gobierno que ya está en funciones, con un Parlamento disuelto, precisamente en un momento en el que los gobiernos concentran más poderes que nunca. Y, por otro lado, en caso de que la legislación electoral no tenga previsto cómo actuar, puede quedar en manos del Poder Ejecutivo la fijación, de modo unilateral, de la nueva fecha de las elecciones, con el consiguiente riesgo de manipulación por parte del Gobierno, o de su presidente.

A veces no bastaría con una reforma legislativa, sino que puede hacer falta hasta modificar la Constitución. Entre las alternativas que se han barajado, además de la ya mencionada del voto por correo, está la de distribuir la votación a lo largo de varios días, para evitar concentraciones de votantes la misma jornada electoral. Corea del Sur celebró, al principio de la pandemia, unas elecciones legislativas en las que la participación fue la más alta desde 1992. Se trata de un país que no solamente no confinó a sus ciudadanos en cuarentena, sino que, sobre todo, dispone de legislación y recursos para ofrecer alternativas. Una parte de los ciudadanos ejercieron su derecho al voto por correo, y otra parte lo hizo de modo presencial, pero en locales habilitados desde días antes del propio de las elecciones, de modo que se controló la afluencia para que no hubiese aglomeraciones. Además, fueron medidas que se tomaron con un gran consenso político.

En general las medidas más frecuentes que se tomaron en los diferentes países fueron el acortamiento del período de campaña electoral, la cancelación de mítines y actos de campaña o la limitación del número de personas que podían asistir a los mismos; otra serie de previsiones para proteger la salud de los participantes en la jornada de votación: protección de los miembros de las mesas electorales, de los votantes, de todo el personal implicado en el proceso. Y, principalmente, se previeron fórmulas alternativas de votación remota como el voto por correo, o incluso el desplazamiento de los responsables de las mesas con la urna a determinadas viviendas (en Portugal, por ejemplo, se hizo para facilitar el voto de los confinados o la población de riesgo). En todo caso, todas estas medidas exigen un mayor esfuerzo de la Administración electoral, que necesitaría más recursos, y sería necesaria una movilización de un número muy elevado de funcionarios. Asimismo, si se optase por ampliar el número de días de votación, haría falta implicar a muchos más ciudadanos, pues parece inviable reclutar a las mismas personas para formar las mesas electorales a lo largo de cuatro o cinco días seguidos. Por otro lado, el gasto se multiplicaría, ya que deberían habilitarse medidas sanitarias de prevención e incrementar las medidas de seguridad, además de movilizar a un número más elevado de personas para que el proceso se desarrollase sin incidencias. En el caso del voto por correo, seguramente sería necesario reforzar la estructura de los servicios de correos de cada país, con más medios humanos y materiales.

Existen, por tanto, diferentes alternativas a la suspensión, pero no son fáciles de poner en marcha si no se ha previsto antes un conjunto de medidas a aplicar en situaciones excepcionales o de emergencia, ya sea por catástrofes naturales, por epidemias o incluso por problemas de orden público. La suspensión o anulación de unas elecciones, por otro lado, plantea el problema de que no se puede posponer indefinidamente uno de los derechos más importantes en democracia, el que otorga legitimidad al propio sistema.

2. La doctrina de la Comisión de Venecia sobre la suspensión de procesos electorales en situaciones de emergencia.

A raíz de la situación que se estaba produciendo en todo el mundo, la Comisión de Venecia (2020), elaboró una *Compilación de opiniones e informes sobre estados de emergencia*⁷⁷, que recoge la doctrina de la Comisión en los últimos años. En dicho documento se advierte de que no hay ninguna regla formal que impida a los Estados celebrar elecciones o referéndums en

⁷⁷ Comisión de Venecia (2020). *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency*. CDL-PI(2020)003. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)003-e)
Versión en español disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/comisionveneciadoc/version-en-espa%C3%B1ol-compilaci%C3%B3n-de-los-informes-y-las-opiniones-sobre-los-estados-de-emergencia.pdf?sfvrsn=2>

circunstancias de emergencia como las que se estaba dando en el mundo a raíz de la pandemia, si bien puede haber otras emergencias provocadas por motivos de violencia o conflicto armado. Se admite la celebración de elecciones aun habiéndose declarado formalmente estados excepcionales (como en España son los de alarma, excepción y sitio), e incluso varias constituciones posibilitan (o exigen) el retraso de los procesos electorales en caso de activarse alguno de esos estados. Y ello porque, “existe claramente el peligro de que el proceso democrático se vea obstaculizado cuando haya restricciones a los procesos “normales” del Estado de derecho. También existe el riesgo de que los principios electorales fundamentales se vean socavados durante el estado de emergencia, en particular el principio de la igualdad de oportunidades”; y es asimismo “axiomático que la derogación de los derechos civiles y políticos de las personas crea el riesgo de que los resultados no sean democráticos” (núm. 34)⁷⁸.

La Comisión concluye (núm. 51) que “El objetivo legítimo de mantener el orden constitucional puede justificar el aplazamiento de las elecciones en situaciones excepcionales, como el estado de guerra o las catástrofes naturales. Cuando una crisis grave afecta a un país, las elecciones pueden, en efecto, exacerbar los conflictos políticos y puede ser necesario buscar una solución a la crisis. En condiciones muy excepcionales, puede ser deber de las autoridades aplazar las elecciones con miras a reducir las tensiones y dar a los votantes la posibilidad de expresar su voluntad en un contexto seguro y bien ordenado”.

En otro informe posterior, ya relativo a las medidas tomadas en los estados miembros de la UE como consecuencia del COVID⁷⁹, la Comisión reconoce (núm. 102) que “La celebración de elecciones en situaciones de emergencia puede resultar problemática desde el punto de vista del libre sufragio y, en particular, de la libertad de los votantes a formarse una opinión, así como en lo que respecta al respeto de los derechos humanos durante el proceso electoral, en particular durante las campañas. El respeto del sufragio universal también puede ser cuestionable cuando se impide a los votantes votar por razones de seguridad, por ejemplo, por motivos de riesgos para la salud”. En circunstancias de emergencia sanitaria, se pueden dar limitaciones⁸⁰ al ejercicio del “sufragio universal (algunos votantes pueden verse impedidos de votar, por razones de salud; o puede haber obstáculos a la celebración de elecciones a fin de evitar la diáspora, al menos en algunos países), o el libre sufragio”. En concreto, puede darse una menor participación y, “por tanto, a una menor legitimidad de las elecciones, concretamente porque los grupos más vulnerables corren el riesgo de no participar en las elecciones, lo que podría originar una divergencia entre la distribución de mandatos y las preferencias de la sociedad”.

Por tanto, por un lado está la necesidad de que el derecho de sufragio tenga que ejercerse con las necesarias garantías. Y si estas garantías no se dan, podría justificarse, como hemos visto ya, el retraso o el aplazamiento de las elecciones. Sin embargo, existe también un derecho a las elecciones periódicas, que debemos situar en el otro platillo de la balanza a la hora de ponderar la mejor decisión a tomar. Si las elecciones no se desarrollan en el momento previsto, resultaría que “la aplicación de regulaciones de emergencia podría ser una forma de mantener a los titulares

⁷⁸ La Comisión ejemplifica esta situación con varios antecedentes: Así, avaló una disposición constitucional de Georgia que establecía que no podía haber elecciones durante el estado de emergencia o el período de ley marcial y que no se podían celebrar elecciones hasta que transcurrieran 60 días desde el levantamiento del estado de emergencia, porque “las elecciones requieren un clima político pacífico y la plena realización de todas las libertades y derechos humanos y una condición de plena garantía del orden y la seguridad públicos”, basándose en el Dictamen CDL-AD(2017)005, sobre Turquía (Dictamen sobre las enmiendas a la Constitución aprobadas por la Gran Asamblea Nacional el 21 de enero de 2017 y que se someterán a referéndum nacional el 16 de abril de 2017, aprobado por la Comisión de Venecia en su 110ª período de sesiones plenarias (Venecia, 10 y 11 de marzo de 2017). En relación con Georgia, CDL-AD(2004)008, Opinión sobre los proyectos de enmienda de la Constitución de Georgia aprobados por la Comisión de Venecia en su 58ª sesión plenaria (Venecia, 12-13 de marzo de 2004), especialmente párs. 9 y 10”.

⁷⁹ CDL-AD(2020)018. Informe provisional sobre las medidas adoptadas en los Estados miembros de la UE como resultado de la crisis del COVID-19 y su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Aprobado por la Comisión de Venecia en su 124ª Sesión Plenaria en línea (8-9 de octubre de 2020) Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/documentos-comision-venecia/versi%C3%B3n-en-espa%C3%B1ol-informe-provisional-sobre-las-medidas-adoptadas-ue-covid-19.pdf?sfvrsn=2>

⁸⁰ Se remite aquí al informe: Comisión de Venecia, CDL-AD(2020)014, Informe - Respeto de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho en situaciones de emergencia - Reflexiones.

en el poder” (núm. 103), y esto podría suponer incluso la suspensión de la “normal división de poderes” (núm. 104).

Para equilibrar estas dos dimensiones es clave el principio de proporcionalidad (núm. 106): “además de respetar los principios de legalidad e interés público, las restricciones deben ser proporcionales a su objetivo. En particular, toda restricción destinada a garantizar la celebración puntual de elecciones debe ponderarse con la limitación del derecho a elecciones libres debido a la situación de emergencia y, a la inversa, el aplazamiento de las elecciones debe ponderarse con el riesgo de celebrarlas durante la situación de emergencia. Las medidas que se adopten también deben tener por objeto garantizar la confianza en las instituciones democráticas”.

Al abordar la pregunta de si deberían aplazarse las elecciones en un periodo de emergencia, la Comisión de Venecia aconseja valorar las “consecuencias institucionales” (núm. 114): “Cuanto más se vea afectado el funcionamiento normal de las instituciones del Estado, menos aceptable será el aplazamiento y deberá ser más breve. La situación es particularmente problemática cuando el parlamento ya se ha disuelto, como ocurrió en un Estado no miembro de la UE, Macedonia del Norte. (...) En estos casos, el aplazamiento de las elecciones debe considerarse cuidadosamente y ser la última opción. En general, sin embargo, el parlamento debe seguir funcionando hasta el día de las elecciones, pero debe limitarse la capacidad de las autoridades que permanecen en el cargo para adoptar medidas estructurales, no vinculadas a la situación de emergencia (enmiendas a la constitución, leyes orgánicas u otras reformas importantes)”. También se recomienda que la decisión de aplazar las elecciones sea decidida por el parlamento, si supera una cierta duración⁸¹. Con relación a la duración del aplazamiento, se dice: “126. El principio de proporcionalidad exige que la duración de un aplazamiento sea lo más breve posible. (...) Además, es probable que cuanto más largo sea el aplazamiento, más se perjudiquen los gobiernos en ejercicio que aspiren a la reelección cuando empiecen a notarse las consecuencias económicas”. Si se opta por celebrar elecciones aunque no haya finalizado la situación de emergencia (núm. 128) “los partidos políticos deben disponer de tiempo suficiente para cambiar sus métodos de campaña, debido a las restricciones específicas que afectan a los mítines y a las manifestaciones”.

En muchos países se plantearon modificaciones legislativas para dar solución a los problemas que se planteaban con las elecciones en estas circunstancias. En relación con esto, la Comisión de Venecia (núm. 122) opina que “las normas específicas sobre el aplazamiento de las elecciones no deben ser adoptadas por el poder ejecutivo ni por una mayoría simple del parlamento, sino que deben establecerse en la constitución o en una ley orgánica⁸². Asimismo, se afirma (núm. 127) que “La ley debe prever una duración máxima de toda decisión de aplazamiento de elecciones, así como una duración máxima total de dicho aplazamiento. Un nuevo aplazamiento debe someterse a las mismas limitaciones de procedimiento que el primero, incluido el control judicial”.

Un inconveniente de realizar reformas electorales a tan poco tiempo de la emergencia sanitaria puede entenderse que entra en conflicto con *Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral*

⁸¹ 123. “Si el aplazamiento se refiere sólo a una parte del país o si las elecciones se van a aplazar sólo por un período breve (menos de dos meses), la decisión puede ser adoptada por la administración electoral o el gobierno. En cambio, si el aplazamiento es de más de seis meses, deberá decidirlo el órgano legislativo. Una opción es exigir una mayoría cualificada en el parlamento para los aplazamientos más largos de las elecciones. Independientemente de la forma en que un Estado decida tratar la cuestión, sólo una institución debería ser competente para decidir al respecto. Se debe consultar previamente a los diferentes interesados, incluidos los partidos políticos, los órganos de gestión electoral y los expertos (por ejemplo, en caso de pandemia, las autoridades sanitarias). 124. Estas decisiones, y todas las que afecten estos procesos electorales extraordinarios, deben adoptarse de manera transparente y, cuando sea posible, consensuada, teniendo en cuenta minuciosamente las circunstancias exactas (en el caso de una epidemia: información sanitaria, capacidad del país, niveles de expansión de la enfermedad...). Deben estar abiertos a un examen independiente, preferentemente ante un tribunal de justicia”.

⁸² Comisión de Venecia, CDL-AD(2020)014, Informe - Respeto de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho en situaciones de emergencia - Reflexiones, párrafo 119

elaborado por la Comisión de Venecia (2002)⁸³, según el cual las reglas electorales no deben ser modificadas a menos de un año de la celebración de las elecciones. Pero la Comisión de Venecia (2020), en la Compilación mencionada (núm. 110), admite que se lleve a cabo una reforma en lo que se refiere a las modalidades de votación con un plazo temporal menor al año, siempre que con esa modificación se contribuya a la celebración de unas elecciones justas.

Como vemos, la Comisión se mueve en la ponderación entre el derecho a elecciones periódicas, por un lado, y el derecho a ejercer el sufragio con las necesarias garantías, por otro. Y para resolverlo, insiste en la necesidad de la proporcionalidad de las medidas. Además, ofrece una serie de pautas sobre la línea que debería seguirse en las modificaciones normativas, de las que conviene tomar nota.

3. La suspensión de procesos electorales en Galicia, País Vasco y Cataluña.

Como ya hemos comentado, en España se suspendieron los procesos electorales autonómicos de Galicia y País Vasco, con elecciones previstas para el 5 de abril de 2020, y se volvieron a convocar para celebrar las elecciones el 12 de julio de 2020. Asimismo, en Cataluña se intentó seguir una fórmula similar ya en 2021, pero el TSJ de Cataluña anuló el Decreto que lo establecía.

En los dos primeros casos se utilizó, para «dejar sin efecto» la convocatoria de las elecciones, la figura de un Decreto del Presidente del Gobierno autonómico. La exposición de motivos del Decreto gallego es más amplia que la del vasco, pero la motivación es similar, basándose, en los dos supuestos, en las limitaciones impuestas por la declaración de estado de alarma y la de emergencia sanitaria. La misma fórmula se empleó en 2021, en el Decreto 1/2021, de 15 de enero, por el que se deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento de Cataluña del 14 de febrero de 2021, posteriormente anulado por el TSJ de Cataluña, de 1 de febrero de 2021.

En el caso de Galicia y País Vasco, que analizaremos primero, se entendía que las medidas puestas en marcha, necesarias para la protección de la salud pública en los momentos críticos de evolución de la pandemia, resultaban incompatibles con el normal desarrollo de un proceso electoral y con el libre y normal ejercicio del derecho de sufragio. Se reconocía que había un «silencio» en la ley electoral, pero eso no excluía la necesidad de buscar una solución, atendiendo a los principios generales de la legislación electoral, que contempla la fuerza mayor como causa de interrupción de elementos del proceso, como la votación y el escrutinio, e incluso la nueva convocatoria de elecciones parciales en caso de anulación de una votación. Los dos decretos se aprobaron basándose en los respectivos informes de los servicios jurídicos, con el acuerdo de los partidos (con quienes ambos presidentes se reunieron y acordaron previamente) y con el aval de las Juntas electorales de las dos comunidades autónomas.

En cuanto al contenido normativo de ambos decretos, hay dos diferencias relevantes: a) en el decreto gallego se condicionaba la apertura del nuevo proceso electoral al levantamiento del estado de alarma (que depende del Gobierno central) y la emergencia sanitaria (que depende del Gobierno autonómico), mientras que en el vasco solamente se hacía depender del final de la emergencia sanitaria; y b) en el decreto vasco se habla de activar «de forma inmediata» la nueva convocatoria, mientras que en el gallego se habla del «plazo más breve posible». Son comunes a ambos decretos la audiencia previa a los partidos políticos y que se opta por comenzar de nuevo todo el proceso electoral, sin retomarlo en el momento en que el anterior había quedado suspendido. Inicialmente parece que la idea en Galicia era otra, pero a la vista de los informes jurídicos y de los problemas técnicos (el censo podía variar en los meses en que se mantuviese la suspensión, la composición de las mesas electorales también, incluso podría ser necesario que algunas candidaturas fuesen diferentes, etc.), se escogió la misma vía que había tomado el

⁸³ Comisión de Venecia (2002). *Code of good practice in electoral matters*. Opinion 190/2002. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.%20aspx?pd%EF%AC%83le=CDL-AD\(2002\)023rev2-cor-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.%20aspx?pd%EF%AC%83le=CDL-AD(2002)023rev2-cor-e).

Gobierno vasco. Como ha señalado Arnaldo Alcubilla, se trata de unas nuevas elecciones y deben quedar sin efecto todas las actuaciones ya realizadas en el proceso anterior, especialmente por lo establecido sobre el censo electoral en el artículo 39.1 de la LOREG (debe ser el cerrado el primer día del segundo mes anterior a la convocatoria)⁸⁴.

En cuanto a la fundamentación jurídica, al no hallar un respaldo expreso en ningún precepto de la normativa vigente, en ambos decretos se alude a una necesaria «interpretación sistemática, finalista, integradora y con dimensión constitucional del marco normativo» vigente, derivado de la declaración del estado de alarma y de la situación de emergencia sanitaria, «en aras de la efectividad del derecho de sufragio y de su ejercicio con las debidas garantías». Esa misma interpretación es la que ampararía la nueva convocatoria realizada por ambos presidentes autonómicos para las elecciones convocadas, en esta segunda ocasión, el 12 de julio de 2020.

No obstante, para que no hubiera contradicción expresa con los decretos que establecieron el estado de alarma y sus correspondientes prórrogas, la disposición final primera del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, modificó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en dos aspectos relacionados con el desarrollo de procesos electorales. En primer lugar, se añadió un nuevo número 1 bis al artículo 7, para disponer específicamente que la vigencia del estado de alarma no supondría obstáculo alguno al desarrollo y a la realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de las elecciones convocadas a parlamentos de comunidades autónomas. En segundo lugar, se introdujo una nueva disposición adicional séptima, en la que se prevé que el Gobierno, durante la vigencia del estado de alarma, dispondrá lo oportuno para que el servicio público de Correos, los fedatarios públicos y demás servicios de su responsabilidad coadyuven al mejor desarrollo y realización de elecciones convocadas a esos parlamentos autonómicos. La finalidad se deja clara en la exposición de motivos del Real decreto 514/2020, de 8 de mayo: hacer posible la celebración de las elecciones autonómicas.

Por lo demás, los decretos de nueva convocatoria se esfuerzan en subrayar que las condiciones sanitarias son diferentes, que han mejorado, y que las medidas preventivas se han ido flexibilizando.

El caso de Cataluña fue diferente, pues las elecciones catalanas se convocaron durante la vigencia del estado de alarma, pero al amparo de los preceptos que expresamente permitían la celebración de comicios. Se programaron inicialmente para el 14 febrero de 2021, y luego se pospusieron al 30 de mayo por temor a que las restricciones pandémicas debilitaran la legitimidad de los resultados, pero se después de los recursos presentados al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, éste anuló el Decreto de aplazamiento de las elecciones y se mantuvo la primera fecha.

El problema principal en este caso fue la poca fundamentación del Decreto, la poca clara competencia para poder firmar el Decreto por parte del Vicepresidente (que hacía las funciones de Presidente), la falta de informes previos por parte de los órganos consultivos (por ejemplo, no se pidió criterio a la Junta Electoral Central, que en el caso de Cataluña, al no haber Junta Electoral Autonómica, hace las funciones de ésta), la falta de acuerdo entre los partidos (en contraste con lo que había ocurrido en Galicia y País Vasco), la escasa concreción de los elementos a tener en cuenta para tomar la decisión y para fijar la nueva fecha de elecciones, el hecho de dejar abierta la posibilidad de un nuevo aplazamiento sin que quedase claro en qué criterios se podría basar este aplazamiento... A la vista de estos múltiples defectos en la tramitación y en la redacción del Decreto, el TSJ optó por anularlo. Y, aunque el Gobierno de Cataluña podría haber optado por aprobar un nuevo Decreto técnicamente más elaborado, no lo hizo y las elecciones se celebraron

⁸⁴ ARNALDO ALCUBILLA, E., «La suspensión de la celebración de las elecciones comporta una nueva convocatoria íntegra», en *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 de abril de 2020.

en la fecha inicialmente prevista, con protocolos de protección muy detallados y sin que se hubiese producido ningún incidente reseñable.

4. Ausencia de cobertura legal y propuestas normativas.

Tal y como hemos avanzado, aunque las decisiones que se han tomado en Galicia y País Vasco parecen razonables, y se basan en una adecuada ponderación entre derechos fundamentales en conflicto, lo cierto es que no poseen cobertura legal, ni en el ámbito de la legislación estatal (LOREG) ni en la legislación autonómica. Por eso se optó por una actuación basada, en primer lugar, en el consenso casi absoluto de los partidos (al menos en lo que se refiere a la suspensión, no tanto en la reactivación) y en el aval de las respectivas juntas electorales.

La LOREG no prevé la anulación de una convocatoria o la suspensión general de unas elecciones, ni en el ámbito autonómico, ni en el central. Solamente hay previsiones relativas a incidentes puntuales, en una Mesa electoral (por causa de fuerza mayor puede no iniciarse, suspenderse o interrumpirse la votación, conforme al artículo 84, apartados 2, 3 y 4) o en una o varias Mesas o Secciones (nulidad de la elección apreciada por sentencia judicial, contemplada en el artículo 113, 2, d), con nueva convocatoria para elegir en el plazo de tres meses a partir de la sentencia, salvo que su resultado no altere el número de escaños en esa circunscripción). No se prevé tampoco la posibilidad de abordar una situación excepcional que se produzca una vez publicado el Decreto de disolución del Parlamento y el de convocatoria de elecciones, antes de la jornada electoral.

La LOREG contempla, además, suspensiones limitadas de otros actos o elementos del proceso electoral, como por ejemplo la suspensión de la entrega de las copias del censo a los representantes de las diferentes candidaturas cuando éstas estén pendientes de recurso (artículo 41 LOREG), la interrupción o suspensión del escrutinio, por causas de fuerza mayor, una vez celebrados los comicios (artículos 95.2 y 107 LOREG), o la suspensión cautelar de la proclamación de los electos que puede solicitarse al Tribunal Supremo (artículos 108.4 bis). No obstante, varios de estos artículos (84, 95.2, 107 y el 108.4 bis) no son de aplicación directa a las elecciones autonómicas, al no figurar entre los incluidos en la Disposición adicional primera de la LOREG, que establece cuáles se aplican en el ámbito autonómico. Podrían ser, en todo caso, de aplicación supletoria, si la legislación autonómica no los aborda en su articulado.

Basándose precisamente en estas previsiones parciales, tanto en el caso vasco como en el gallego, se llevó a cabo esa interpretación «sistemática, finalista, integradora», que pretendía seguir los principios generales de la legislación electoral. Pero, aunque se llegase a concluir que era necesario dejar sin efecto la convocatoria electoral, otra cuestión pendiente era quién debía ejercer esa competencia. Al no estar previsto en la norma, inicialmente se habló por algunos dirigentes políticos de las Juntas electorales.

Sin embargo, lo que corresponde a las Juntas electorales, conforme a lo establecido por la propia LOREG (artículo 8), como parte de la Administración electoral, es «garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad». A partir de ahí, en el artículo 19 se relacionan las competencias de todas las Juntas electorales, detallando especialmente las de la Central, pero ni se les atribuye, ni parece que sea conveniente, una facultad de interrumpir o suspender una convocatoria electoral. En todo caso, sí corresponde a las juntas, y especialmente a la Junta Electoral Central, la facultad de resolver consultas (artículos 19 y 20 de la LOREG) sobre la normativa y el proceso electoral, y de interpretar la legislación en la materia. Si una Junta apreciase que las elecciones no pueden celebrarse en condiciones que garanticen el adecuado ejercicio del derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, y se pueda vulnerar la igualdad de condiciones en el ejercicio el derecho de participación política, o se produzca cualquier otra situación que ponga en peligro la realización del proceso electoral con la limpieza, transparencia y legitimidad necesarias, podría, en todo caso, plantear a la autoridad administrativa o política competente, la toma de medidas concretas para solucionar la situación planteada.

Qué debe incluir la norma electoral: parece razonable colegir que, en el caso de que tenga que interrumpirse, suspenderse o dejar sin efecto la convocatoria de un proceso electoral, quien debe tomar la decisión es el mismo órgano que ha aprobado la convocatoria, es decir, el presidente del Gobierno, ya sea central o autonómico. Es cierto que, una vez convocadas las elecciones, se mantiene como presidente en funciones, pero debe entenderse que conserva esa facultad. En todo caso, lo que sí procedería especificar, en una futura reforma normativa son los elementos que deberían requerirse para garantizar que la decisión no se toma unilateralmente.

Habría que incluir la posible excepción de la aplicación de la norma, en lo que se refiere a la interrupción de los plazos, o a dejar sin efecto una convocatoria ya publicada y poder modificar la fecha, previendo la respuesta ante una situación de emergencia, que puede ser sanitaria, derivada de catástrofe natural, por problemas de orden público o similar. Debería contemplarse esta posibilidad excepcional para el caso de declaración de uno de los estados de emergencia constitucional, o incluso en el supuesto de emergencia sanitaria, siempre que se diesen los requisitos que se fijan en la reforma y con las garantías necesarias para que se trate de una decisión compartida por los distintos órganos de la comunidad autónoma y/o de la Administración central. En esa nueva disposición debería preverse a quién corresponde (y en qué condiciones) dictar el Decreto para dejar sin efecto la convocatoria y aprobar el Decreto en el que se fije la nueva (debería ser el presidente del Gobierno, central o autonómico), y qué artículos de la ley se verían excepcionados en su aplicación (especialmente los que se refieran a los plazos del procedimiento electoral).

Debería requerirse, como ya he comentado, el acuerdo del Poder Legislativo (en su caso, la Diputación Permanente), de la Junta Electoral competente, de la Administración sanitaria (o, en otros supuestos, la responsable en materias de Protección Civil o la de Seguridad e Interior), que debe refrendar la necesidad para la salud pública de tomar una decisión como la de anular la convocatoria electoral, e incluso, si se ve oportuno, el informe del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente en el ámbito autonómico.

La nueva convocatoria de las elecciones vascas y gallegas ha puesto de manifiesto, además, que deberían introducirse en la legislación electoral otras modificaciones que, sin llegar al extremo de la suspensión o el aplazamiento de las elecciones, permitan aplicar medidas de prevención para garantizar la salud pública y la de los ciudadanos en particular.

Algunas de esas medidas ya se habían previsto antes de decidir dejar sin efecto la convocatoria vasca y gallega, y se utilizaron en otros países europeos y del resto del mundo que mantuvieron sus convocatorias electorales, puesto que no requieren más que la toma de decisiones administrativas. Pero otras sí pueden chocar con previsiones legales, que deberían revisarse o, al menos, adaptarse a las nuevas circunstancias. Me refiero, por ejemplo, al procedimiento del voto por correo, el voto de los españoles residentes en el extranjero o incluso el sufragio de las personas que se encuentren confinadas o vivan en residencias de ancianos sometidas a importantes restricciones de movilidad. Las especiales circunstancias que se dan en una situación de pandemia, con graves peligros para la salud pública, hacen aconsejable que la legislación electoral introduzca también previsiones específicas.

Por ejemplo, deben estudiarse y ponerse en práctica medidas que agilicen los trámites, sin restar por ello garantías al proceso electoral. Se puede facilitar que procedimientos como el de solicitud de voto por correo o desde el extranjero se puedan realizar telemáticamente; se podría también autorizar que, en determinadas circunstancias excepcionales en que el servicio de correos, tanto en España como, sobre todo, en otros países, pueda presentar dificultades de funcionamiento, se reduzca el número de envíos a los imprescindibles y que, por ejemplo, las papeletas y la documentación electoral pueda recibirse telemáticamente, si es necesario a través de embajadas y consulados, de modo que solo deban imprimirse e introducirse en el sobre para enviarlo o votar en urna (en el caso de embajadas o consulados en los que es posible hacerlo).

La LOREG exige, en su artículo 72. b), que la solicitud del voto por correo se realice «personalmente», lo que se ha entendido que implicaba el desplazamiento a la oficina de correos, que asimismo debería repetirse una vez recibida la documentación (artículo 73.3), para tramitar el envío certificado del sobre con el voto. A ello se añade que el artículo 73.2 dispone que el aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación electoral «deberá ser firmado personalmente por el interesado previa acreditación de su identidad». Esto último, en un caso de riesgo de contagio como el que nos encontramos, y en el que sanitariamente está indicado que el funcionario de Correos no debe entregar ningún instrumento (bolígrafo, tablet...) al interesado para evitar que sea tocado por decenas de personas y se pueda transmitir el virus, debería también ser excepcionado por la norma en una situación de emergencia sanitaria que lo aconsejase.

Al no prever en este momento nada la LOREG, ha sido la Junta Electoral Central la que, interpretando la Ley Orgánica de un modo excepcional (y al límite de su propia literalidad), ha adoptado el Acuerdo 56/2020, de 28 de mayo, que flexibiliza estos requisitos⁸⁵. Así, se permite que, si el elector lo desea, la solicitud de voto por correo se realice de forma telemática y mediante firma electrónica, con las garantías establecidas en los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas. Además, se acepta que la recepción de la documentación electoral pueda ser acreditada sin que sea imprescindible la firma personal del elector, sino que, en consonancia con el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, reguladora del Servicio Postal Universal, «el personal de Correos deberá comprobar la identidad de dicho elector mediante la exhibición por el mismo del DNI o de cualquier otro documento oficial acreditativo de su identidad, debiendo anotar el número de dicho documento, dando fe de esa recepción personal» (esta solución ya existía en el Reglamento del Servicio Postal de 1999 y, en lo referente a notificaciones administrativas, fue avalada por la Sentencia de 8 de junio de 2004, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo). Por último, para facilitar el envío certificado previsto en el artículo 73.3 de la LOREG, se acepta que el mismo funcionario de Correos que entrega la documentación electoral ofrezca al elector la posibilidad de que, en ese momento, pueda cumplimentar todos los impresos, emitir su voto (sin menoscabo del requisito del secreto de sufragio), y entregarle el sobre con su voto y la documentación requerida, de lo cual se le dará el justificante acreditativo de que se ha realizado ese envío certificado, sin necesidad de desplazarse a la oficina de Correos. Todo ello se decide, como expone la Junta, para «proteger el derecho a la salud del personal de Correos, el derecho a la salud de los propios votantes y ponderando los valores jurídicos en conflicto».

Por último, otras cuestiones que deberían abordarse son el procedimiento de ejercicio del derecho de sufragio por parte de las personas mayores que viven en residencias, las personas que se encuentran confinadas por estar contagiadas por el virus o haber estado en contacto con algún contagiado, así como el del personal sanitario y de las Fuerzas Armadas o, en general, de servicios esenciales afectados por la emergencia sanitaria.

Estas disposiciones, como se ha dicho, suplen la ausencia de previsión en la legislación electoral de situaciones sanitarias graves como la que se ha vivido con motivo de la COVID-19, pero en algunos casos se sitúan al límite de lo dispuesto en la legislación, si no lo desbordan. De hecho,

⁸⁵ Estas decisiones de la Junta han sido duramente criticadas por algunos autores que, en mi opinión, no tienen suficientemente en cuenta la situación en que la Junta tuvo que asumir la responsabilidad de facilitar el desarrollo de un proceso electoral lo más garantista posible, pero también protegiendo la salud de los ciudadanos. Se dice, por ejemplo, que esos acuerdos contradijeron abiertamente lo establecido en los artículos 72 y 73 LOREG, comprometiendo incluso principios como los de personalidad y secreto del voto y, de este modo sembraron la duda sobre su validez jurídica. Cfr. BARRAT ESTEVE, J. *Spanish Regional Elections During the Covid-19 Pandemic. Case Study* (30 March 2021), IDEA International, 2021 (disponible en <https://www.idea.int/sites/default/files/spanish-regional-elections-during-the-covid-19-pandemic.pdf>); CEBRIÁN, E., "COVID-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en País Vasco y Galicia", *Revista General de Derecho Constitucional*, 33, 2020. No comparto estas apreciaciones, pues en ningún momento se comprometieron esos principios y, al contrario, de no haberse tomado esas decisiones, muchos electores se habrían quedado sin poder ejercer su derecho al sufragio.

ha habido partidos políticos que han alertado sobre la rebaja en el nivel de exigencia de las garantías del proceso electoral, si bien otros grupos políticos y las propias instituciones habían solicitado la puesta en marcha de medidas similares. Por eso es sumamente aconsejable y urgente que, cuanto antes, se incorporen estas previsiones a las leyes electorales, tanto la estatal como las autonómicas, de modo que se proteja la seguridad jurídica y se elimine cualquier atisbo de duda sobre las garantías del proceso electoral y la legitimidad de medidas como éstas o similares.

Oliver Kask, Former President of the Council for Democratic Elections, Substitute member of the Venice Commission, Estonia

Talking about stability of electoral legislation in emergency situations,

1. The first question is, what is emergency, which emergency situations we discuss while assessing the one-year rule stipulated in the Code of good practice in elections (CGPE). In the Report "Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency: Reflections", the Venice Commission (VC) defined the state of emergency as a - temporary - situation in which exceptional powers are granted to the executive and exceptional rules apply in response to and with a view to overcoming an extraordinary situation posing a fundamental threat to a country. Examples include natural disasters, civil unrest, epidemics, massive terrorist attacks, economic crisis, war and military threats. The existence of the state of emergency is premised on the dichotomy between the norm(alcy) and the exception.⁸⁶ As natural disasters we can speak about fires, flooding, earthquakes etc. While the notion 'fundamental threat to a country' is used, it has to be interpreted in a wide sense, as sometimes territorially limited circumstances may not hamper the functioning of the country in general, but in a limited area and during specific short timeframe, while still requiring special tailor-made legal solutions.
2. It has to be taken into account the level of difference from normal circumstances, as some unexpected issues may always arise. A strict definition of emergency situations could lead to a need for wider exceptions from the one-year rule in the Code of Good Practice in Electoral Matters. There has to be an impact of the emergency on holding campaign or organizing the voting on election day, including the possibility to have orderly observation possibilities in order to deviate from the one-year rule. Thus, one burning car on the street cannot hamper the electoral processes nor lead to late amendments to the electoral legislation.
3. Some other unexpected situations. Albania boycotting and postponement without legal ground.
4. The definition of emergency which allows deviation from general electoral principles, including one year rule, cannot be foreseen in the legislation in a detailed way as it may require addressing the unexpected situations case-by-case in the amendments to the legislation. Assessment whether the situation is an emergency, should, as far as the electoral legislation allows, be made by the independent institutions, EMBs. The role of government or politically active president may lead to misuse of the reasons to rearrange elections just before they take place.
5. Judicial control
6. A wide agreement in the society, such as political consensus or wide support should be required in order to consider the situation as an emergency. The opinion of opposition parties is especially important as the emphasis on danger situation or emergency will in most cases lead to the increase of the trust in the government and raise of support to the governing parties. Where the emergency situation is just apparent, not real, no exceptions for the one-year rule should be allowed.
7. Nothing hinders the adjustment of electoral legislation to some unforeseen circumstances before the emergency situations occur. Having generally worded notions in the law on the emergencies and some degree of discretionary powers vested on the EMBs may avoid the

⁸⁶ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)014-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)014-e).

need to amend the law after the emergency situation occurs. The Venice Commission has on many occasions recommended that the election laws should contain some criteria for postponement of elections during emergency situations, e.g. on Ukraine, Moldova, Albania and Armenia. The emergency situation may even hamper the parliament from addressing the situation in a well-discussed and well-thought legislation. A situation where the legislation is amended just before elections due to unexpected circumstances can be avoided by allowing lower-level regulations like CEC adopted rules if the voting procedures cannot be maintained.

8. Even if the legislation has to be adapted to unforeseen and exceptional dangers, one has to question to what extent the electoral legislation may be amended. Does the emergency require amendments to the electoral system proper, the delimitation of constituencies or the election dispute resolution system or how the EMB members are nominated? No. The one-year rule cannot be interpreted in a way which forbids amendments to the election-day procedures such as how many voters per polling station are allowed, how long is the voting time or whether the election day may be postponed. The most important rules which may need to be adjusted may concern the time of elections and campaigning.
9. Having more EMB members, late re-positioning of polling stations
10. Amending voting modalities
11. IDPs and refugees' participation: should there be different constituencies?
12. If the level of emergency is high, large-scale amendments can avoid postponing elections. A balance has to be struck between limitation of voting right by postponing elections and late change on voting amenities.
13. The one-year rule for the stability of electoral legislation does not fade due to the emergency. Emergency situation cannot be the reason for wider electoral reforms less than one year before elections than strictly necessary. There may be exceptions from the stability principle, but I refer to the interpretative declaration on the CGPE: The principle according to which the fundamental elements of electoral law should not be open to amendment less than one year prior to an election does not take precedence over the other principles of the Code of Good Practice in Electoral Matters. It should not be invoked to maintain a situation contrary to the standards of the European electoral heritage. Holding elections in a transparent, accessible way with a chance to hold meaningful campaigning is just as important as stability of the legislation. If due to the emergency the electoral legislation cannot be followed while guaranteeing these principles, the principle of stability of electoral legislation does not take precedence over these other main principles of democratic elections.
14. Preventing misuse of emergency situations and so-called emergency situations. The official state of emergency may be misused. Its prolongation may be misused, even if the situation was originally present. We have to keep in mind that any postponement of elections or part of the electoral procedures is a restriction of the fundamental right in the ECHR first protocol Article 3. Thus, a proportionality test is necessary both if the postponement stems from the amended legislation and when it is decided by some institution on *ad hoc* basis. A judicial control of the means used to address the emergency situation has to be guaranteed, both if it concerns the election day (postponement of elections), campaigning possibilities (e.g. prohibition of gatherings or their restriction) or voting procedures.
15. Misuse by not making the amendments on time. Lack of legislation is not an emergency, but has to be addressed. I refer to Serbian referendum law, which was unconstitutional until

the urgent need to amend the constitution (2021 opinions). stability is not a principle *per se* to avoid amending the law. Bringing in line with international standards. Getting rid of Tusk law?

16. The stability of electoral legislation also serves the EMBs. If some new voting methods are introduced or amenities provided a short time before elections, the training of polling station staff may suffer. Some discrepancies in the application of the law may occur or upcoming situations may be disregarded beforehand. The mistakes occurring due to that discredit the election results.
17. Future: does backsliding in implementation of main principles on elections lead to lowering the level of their validity or the bar? As we have noticed, on many occasions the late amendments to the electoral law reasoned by unexpected circumstances are very critically assessed by the opposition parties, considered by them as politically motivated and aimed at securing the majority for the political parties on power. Thus, I would conclude that the wider we accept exceptions from the principle of stability of the electoral legislation, the higher can be the level of politically motivated election reforms. A margin of appreciation and limited discretionary powers for the EMBs institutionally independent can address the unexpected emergency situations without a need to amend the election code less than one year before elections. Some norms adopted by the EMBs, on most clear cases the postponement of elections if there is consensus or at least high level of support for it, may be required. These late decisions cannot still cover the topics in election legislation which have a direct impact on the election results.

5th Panel: Digital technologies and elections

María Garrote de Marcos, Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Complutense, Madrid

Tecnologías digitales y elecciones. Qué significa el principio de estabilidad de la ley electoral en este ámbito

La utilización de las nuevas tecnologías en los procesos electorales.

Las tecnologías digitales (o las previamente denominadas “Tecnologías de la Información y la Comunicación”, TIC) se han integrado prácticamente en todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos. También se han incorporado a la mayor parte de las áreas de actuación e influencia de los poderes públicos. Hoy en día es imposible examinar y comprender la realidad sin prestar atención al impacto de la tecnología. Los procesos electorales no son ajenos a esta revolución digital. Revolución que ha incidido notablemente en dos planos diferenciados: el meramente procedimental, y el referido específicamente a la campaña electoral y a la garantía de la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales.

Desde hace décadas, muchos países han venido utilizando diferentes herramientas tecnológicas para facilitar la gestión del proceso electoral, incrementar la eficacia y eficiencia de los recursos y aumentar la participación ciudadana. La implantación del voto electrónico como método de votación (ya sea online o en máquinas de votación) no es, ni mucho menos, una práctica generalizada. En Europa lo contemplan solo Bélgica, Bulgaria y Estonia, aunque otros países han realizado diversos ensayos con más o menos éxito (Borucki y Hartleb, 2023). Pero más allá del voto electrónico, las tecnologías digitales han posibilitado el recuento electrónico de votos y el procesamiento de los datos de recuento, lo que acelera considerablemente el proceso. Además, las tecnologías se pueden aplicar a la gestión del censo electoral; al registro de votantes, observadores o medios; a la recolección de firmas electrónicas para apoyar determinadas iniciativas o candidaturas; a la publicación on line de la información electoral; a la transmisión de los datos electorales entre las diferentes autoridades electorales; o, también, a la determinación, procesamiento, transmisión y publicación de los resultados electorales. El uso de las tecnologías mejora la accesibilidad y la transparencia, y dota al proceso de una mayor velocidad. Al mismo tiempo, el sistema queda más expuesto a amenazas y riesgos derivados precisamente del uso de esas tecnologías.

Por otra parte, el desarrollo de la comunicación digital proporciona indudables ventajas para la celebración de elecciones libres y justas. Fomenta la participación electoral, especialmente entre los jóvenes; permite que los partidos políticos más modestos transmitan su mensaje sin necesidad del apoyo de los medios tradicionales; abre canales de comunicación más directos entre los candidatos y los votantes; facilita e intensifica el control y contribuye a enriquecer el debate público con una variedad más amplia de opiniones. Pero la comunicación digital, sobre todo la que se canaliza a través de las redes sociales, presenta también riesgos. Los más evidentes son: la viralidad de los mensajes, los “filtros burbuja”, los incentivos para comportarse de forma ofensiva o extrema (llamados comportamientos de cliqueo), la microsegmentación de los votantes y la elusión de los controles sobre el gasto electoral, las identidades ocultas o inciertas; y, por supuesto, la desinformación e información errónea a través de la explotación de estos canales. Estos aspectos negativos generan problemas que afectan al ejercicio de derechos y a la integridad del proceso electoral. El principal es que puede comprometer la igualdad de oportunidades en la competición electoral (Sánchez, 2020), y ello con independencia de que se difunda contenido calificado de desinformación. Además, la desinformación -como información falsa o engañosa que se produce, presenta y divulga para causar intencionalmente un perjuicio- tiene unos efectos negativos en la integridad del proceso electoral y las libertades de los ciudadanos. Es decir, afecta a intereses colectivos y derechos individuales (Krzywon, 2021).

Por lo tanto, las tecnologías digitales han irrumpido con fuerza en los procesos electorales con sus luces y sombras. Pueden suponer una seria amenaza contra la “democracia electoral”, cuando las infraestructuras quedan expuestas a la ciberdelincuencia, pero, sobre todo, amenazas contra la “democracia deliberativa”, cuando la desinformación y la difusión descontrolada de publicidad de contenido político o de mensajes políticos extremos debilitan la garantía de elecciones verdaderamente libres y justas⁸⁷.

La ley electoral. Aspectos formales y sustantivos.

Este complejo panorama descrito obliga a regular con cuidado y precisión muchos aspectos técnicos, sustantivos y procedimentales, y hacerlo ante una realidad en constante cambio. Resulta, por tanto, interesante analizar de qué manera se puede aplicar el principio de estabilidad de la ley electoral a la regulación las tecnologías digitales en los procesos electorales.

Para ello hay que partir de la definición y alcance del principio de estabilidad de la ley electoral, tal y como se recoge en el Código de Buenas Prácticas en materia electoral y en su interpretación. Pero también conviene delimitar, al menos analíticamente, el concepto de ley electoral y distinguir entre los variados aspectos que en ella se regulan. No todas las materias incluidas en la norma electoral merecen la misma consideración desde la perspectiva de la estabilidad de la ley. El tratamiento legal de las tecnologías digitales en procesos electorales permite diferentes modelos de abordaje, que pueden modular la aplicación del principio de estabilidad de la ley electoral. Este trabajo pretende ofrecer precisamente una clasificación de esos modos de abordaje legal en esta materia, como punto de referencia para determinar el alcance del principio de estabilidad de la ley electoral.

Según el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, aprobado por la Comisión de Venecia en 2002 (CDL-AD (2002) 023rev, II. 2.), entre las condiciones necesarias para implementar los principios del patrimonio electoral europeo. se encuentra la referida a los niveles regulatorios y la estabilidad de la ley electoral, que se define en estos términos:

1. Aparte de las normas sobre cuestiones técnicas y de detalle –que pueden incluirse en reglamentos del ejecutivo–, las normas de derecho electoral deben tener al menos rango de ley.
2. Los elementos fundamentales de la ley electoral en particular, el sistema electoral, la composición de los organismos electorales o la delimitación de las circunscripciones no debería modificarse con menos de un año de antelación de las siguientes elecciones o debería incluirse en la Constitución o en una ley con rango superior a la ley ordinaria.

La Declaración Interpretativa sobre el principio de estabilidad de la ley electoral, adoptada en 2005 (CDL-AD(2005)043) añade una serie de matices de gran relevancia.

1. El principio de estabilidad -entendido como la imposibilidad de reformar la ley electoral antes de un año de las siguientes elecciones- no es un principio que tenga preferencia con respecto a los demás.
2. Por tanto, no puede invocarse para mantener una situación contraria a los estándares europeos o para no implementar recomendaciones internacionales
3. Este principio solo afecta a las normas fundamentales que se recojan en la norma electoral mediante ley ordinaria.

⁸⁷ Véase, en este sentido, el Informe de la Comisión de Venecia sobre tecnologías digitales y elecciones, “Joint report of the Venice Commission and of the Directorate of information society and action against crime of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) on the Use of digital technologies and elections”, CDL-AD(2019)016,

4. En particular, se consideran normas fundamentales las siguientes:
 - el sistema electoral propiamente dicho, es decir, las normas relativas a la transformación de votos en escaños;
 - normas relativas a la composición de las autoridades electorales u otros órganos que organizan la votación;
 - el trazado de los límites de las circunscripciones y las normas relativas a la distribución de escaños entre las circunscripciones.
5. En general, cualquier reforma de la legislación electoral que afecte a un determinado proceso electoral debe realizarse con suficiente antelación para que sea realmente aplicable a la elección.

Estas directrices ponen de manifiesto una serie de cuestiones que es necesario tener en cuenta al aplicar el principio de estabilidad. Primero, el propio concepto de ley electoral. Se trata de un término que ofrece diferentes significados. Desde la perspectiva formal, la regulación de los procesos electorales puede encontrarse en normas jurídicas de muy diverso rango, desde la Constitución hasta normas emanadas de las autoridades electorales. Incluso, en ocasiones, determinadas decisiones judiciales pueden imponer reglas de obligado cumplimiento con alcance general. El principio de estabilidad solo afecta a las materias reguladas en la ley ordinaria.

Desde la perspectiva material, la normativa electoral es elástica y prácticamente infinita. La línea divisoria más obvia es la que diferencia el sistema electoral del procedimiento electoral. El sistema electoral, como mecanismo de conversión de votos en escaños, incluye una serie de elementos fundamentales: el tamaño del órgano representativo, la definición de la circunscripción electoral -su delimitación y mecanismo de prorrateo-, la fórmula electoral, la barrera electoral o la modalidad de voto. El procedimiento electoral, además de la delimitación del derecho de sufragio activo y pasivo, incluye otras muchas materias propiamente electorales o conexas con el proceso electoral. Hay normas sobre autoridades, su composición, funcionamiento y competencias, que pueden extenderse a cuestiones económicas, contables, de administración y gestión de recursos humanos y materiales. Hay normas sobre procedimiento, con derivaciones hacia aspectos logísticos que pueden además afectar a diferentes niveles y estructuras de la organización administrativa. Hay normas de garantía, que irremediabilmente se conectan con otras específicamente procesales. Y normas que regulan la publicidad, los debates electorales, las encuestas, que inciden en todo el sector mediático y audiovisual.

Lo que merece una especial estabilidad son las denominadas normas fundamentales, que enmarcan las reglas del juego más básicas. Es decir, el sistema electoral, con especial mención a la delimitación de las circunscripciones electorales, y la composición de las autoridades electorales. Todo ello afecta al núcleo más esencial de las elecciones, pues definen cómo se alcanza la representación y quién es el árbitro de ese proceso.

De modo que la necesaria estabilidad de la ley electoral tiene un alcance muy específico y ciertamente limitado: las reglas contenidas en una ley que se refieran a las normas fundamentales. No obstante, no cabe duda que hay muchos otros asuntos que impactan de manera directa en el proceso electoral y que, atendiendo al espíritu y finalidad del principio de estabilidad, no deberían ser objeto de enmiendas si las siguientes elecciones se prevén cercanas. Desde ese punto de vista, conviene distinguir en toda norma electoral una regulación sustantiva -estratégica si se quiere-, que es desarrollo directo de los principios del patrimonio electoral europeo (sufragio universal, libre, directo y secreto), de otra parte, más operativa, que incluye reglas técnicas, prácticas y de desarrollo.

Toda esta complejidad se acrecienta en el ámbito de las tecnologías digitales, porque es una materia regulada en diversas normas electorales -más o menos fundamentales, desde un plano estratégico u operativo- y, además, está también regulada en otras disciplinas, señaladamente en leyes civiles, administrativas, penales y leyes ad hoc. A todo eso se añade el hecho de que

la regulación del uso de las tecnologías digitales exige con frecuencia la ponderación de diferentes derechos o bienes jurídicos que pueden entrar en conflicto, lo que obliga al legislador a realizar un ejercicio de equilibrio complicado.

En todo caso, el principio de estabilidad de la ley electoral debería interpretarse de manera sistemática, y no solo centrado en las cuestiones reguladas -normas fundamentales-, o en el rango legal utilizado -ley ordinaria-. No en vano la Declaración Interpretativa contiene dos previsiones importantes: Una, no puede invocarse el principio de estabilidad para mantener una situación contraria a los estándares europeos o para no implementar recomendaciones internacionales. De modo que determinadas circunstancias pueden hacer necesario proceder a una reforma legal, aunque sea intempestiva, para proteger otros principios superiores. En sentido contrario, cualquier reforma de la legislación electoral que afecte a un determinado proceso electoral debe realizarse con suficiente antelación para que sea realmente aplicable a la elección. No se pueden imponer reformas que son imposibles de implementar a tiempo -o con todas las garantías-, aunque no afecten a las normas fundamentales del proceso. Estas dos consideraciones son especialmente pertinentes respecto a la regulación de las tecnologías digitales en los procesos electorales.

Modos de abordar la regulación. Posibles aplicaciones del principio de estabilidad de la ley electoral.

Tanto la utilización de las tecnologías digitales para facilitar el proceso electoral, como la prevención de los riesgos o la lucha contra las amenazas que estas tecnologías pueden implicar, han sido objeto de las normas electorales solo recientemente.

Conviene diferenciar, por una parte, las normas que regulan el uso adecuado de las tecnologías en la gestión de los procesos electorales, y que se centran en la garantía de seguridad en el tratamiento de los datos y en el diseño, desarrollo y utilización de las soluciones tecnológicas previstas para cada fase del proceso. En este caso, lo habitual es partir de unos principios legales perfectamente identificados, de los que se derivan después los requisitos legales y técnicos que se aplicarán a las soluciones tecnológicas. Los requisitos técnicos funcionales y no funcionales (requisitos de mantenimiento e interoperabilidad, además de los relacionados con la seguridad, la usabilidad y la accesibilidad), deben redactarse de forma tecnológicamente neutral. Esta regulación basada en principios y su correspondiente desarrollo normativo es la que propone el Consejo de Europa⁸⁸. Para ello, es necesario definir correctamente los niveles mínimos de los principios que deben garantizarse –*minimum level*–, que definen una especie de contenido esencial indisponible. Y ello porque a menudo no es posible garantizar el pleno respeto de todos los principios, ya que puede haber principios contradictorios o contrapuestos, como el secreto y la protección de datos, por un lado, y la transparencia, por el otro. En estos casos, se debe alcanzar un equilibrio de intereses y definir el nivel mínimo que se debe garantizar de cada uno de los principios en conflicto. Esta decisión debe tomarla la autoridad competente, normalmente el legislador.

Las medidas legales de lucha contra la ciberdelincuencia obedecen a una estrategia algo distinta, pues son normas encaminadas a garantizar la seguridad de las infraestructuras críticas y tienen un marcado carácter preventivo. Son normas de orden público que diseña el legislador pero que poseen un contenido esencialmente operativo y requieren de un desarrollo técnico bastante sofisticado.

En tercer lugar, encontramos las normas que afectan a la comunicación digital en campaña electoral y que se proyectan sobre las plataformas digitales que albergan diferentes redes sociales. A diferencia de los dos ámbitos anteriores (gestión de procesos y ciberseguridad), la utilización de tecnologías digitales en campaña electoral impacta de manera directa en dos

⁸⁸ Véase, las directrices aprobadas por el Comité de Minsitros sobre el uso de las TIC en los procesos electorales, de 9 de febrero de 2022: "Committee of Ministers' Guidelines on the use of information and communication technology (ICT) in electoral processes in Council of Europe member States" CM(2022)10-final

principios esenciales de las elecciones libres y justas: la igualdad de oportunidades entre los contendientes electorales y la preservación de la opinión pública libre. Y ello porque inciden en la propaganda y publicidad de los candidatos, en el debate público sobre las propuestas electorales, en las encuestas electorales, y en el llamado período de reflexión o veda electoral. Se trata de iniciativas legales que regulan los contenidos publicados y difundidos en redes sociales que afectan a varios derechos fundamentales, como la libertad de expresión e información, la libertad ideológica, el derecho de participación política, el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, el derecho a un proceso con todas las garantías o la libertad de empresa.

Hay diferentes modos de abordar los riesgos ocasionados en el ecosistema digital durante el período electoral. Generalizando mucho, podemos diferenciar tres tipos de aproximaciones:

Un modelo de tipo restrictivo y de alcance individual, basado en la supervisión judicial y las sanciones que se imponen a las plataformas digitales. Se basa principalmente en normas sancionadoras que prevén una serie de ilícitos cuya concurrencia compete determinar a los órganos jurisdiccionales, previa denuncia. Las plataformas están obligadas a remover los contenidos que violen la ley y su incumplimiento genera una responsabilidad jurídica.

Este modelo tiene limitaciones porque a menudo los supuestos ilícitos no están correctamente descritos, produciendo dos efectos: las plataformas pueden comportarse con un celo excesivo y moderar los contenidos de forma severa para evitar la sanción, afectando a la libertad de expresión e información. O puede que muchos contenidos merecedores de sanción no se detecten, de forma que tampoco se denuncian y no llegan al control judicial. Este modelo no tiene en cuenta el ambiente de gobernanza complejo de las redes, donde el flujo de contenidos es difícil de verificar. Además, carece de una visión holística de la “sociedad de las plataformas”, cuya dinámica afecta a decisiones económicas y prácticas sociales (Iglesias et al., 2023). Las reglas tampoco discriminan en función del daño causado, sino que se aplican de manera uniforme ante cualquier contenido supuestamente ilícito, desencadenando a veces una respuesta desproporcionada. Al final, la indefinición de los parámetros legales termina sometiendo la moderación de los contenidos a la regulación privada, a los términos de uso de las plataformas. Cede la posibilidad de modular la responsabilidad subjetiva de las plataformas introduciendo la noción del “deber de cuidado”, que le confiere un carácter colectivo. Esto implica que la plataforma digital solo incurrirá en responsabilidad si, tras las oportunas advertencias, incumple reiteradamente al orden de remoción de contenidos. Es decir, no se le exige una actitud proactiva sino reactiva. Pese a sus limitaciones este es el modo de abordaje pionero en Europa y el más habitual.

Una segunda aproximación es la basada en incentivos, medidas más proactivas que buscan integrar valores públicos en el modelo de negocio de las plataformas, como la responsabilidad por daños. En este modelo se encuentra la corregulación. Se trata de implicar a todos los actores, pero señaladamente a las plataformas digitales, en la determinación de las normas. Los derechos y bienes jurídicos que se pretenden proteger quedan reflejados en normas de tipo principio que se incorporan a los términos de uso de las plataformas y no solo en normas externas. Además, la aplicación de las normas puede ser responsabilidad directa y exclusiva de la plataforma, o puede hacerse mediante algún tipo de consejo supervisor. Finalmente, en la resolución de conflictos es imprescindible acudir a un modelo híbrido en el que se combine la actuación de los poderes públicos y las propias plataformas. En todo caso, se deberían respetar los principios equidad, rendición de cuentas, independencia, transparencia y eficacia.

Por último, otro enfoque posible es el que se centra en la imposición de cargas. Se trata de adoptar un modelo parecido al de prevención de riesgos laborales y que tiene como ejes fundamentales el registro minucioso de todas las incidencias, la transparencia en los datos y la información recabada, y la evaluación de riesgos. Bajo esta perspectiva, el control se lleva a cabo en el nivel del entorno de internet en su conjunto, en lugar de intentar censurar ciertos contenidos específicos. Así, en lugar de intervenir directamente para supervisar los contenidos, el órgano de control podría

examinar la conducta de las plataformas y exigir que informen de qué maneras están intentando reducir el daño y qué políticas y procedimientos implementan.

Todos estos modelos de abordaje se encuentran aislada o conjuntamente en diferentes leyes aprobadas en Europa: En Francia, la Ley contra la manipulación de la información de 2018; en Alemania, la ley contra el discurso del odio, “Netzwerkdurchsetzungsgesetz” (NetzDG), de 2018, reformada en 2021; en Irlanda, la Electoral Reform Act de 2022; o la propia Ley de Servicios Digitales (DSA) de la Unión Europea, de 2023.

En el ámbito del Consejo de Europa, las Recomendaciones aprobadas por el Comité de Ministros en 2022⁸⁹, sobre comunicación electoral y cobertura de los medios en campañas electorales, aconsejan también la utilización de los tres enfoques, dependiendo del ámbito concreto que se desee regular. Partiendo de la necesidad de establecer un marco legal que cubra el déficit regulatorio de las campañas online, apuesta claramente por la corregulación. Contempla normas sancionadoras frente a conductas ilícitas, prevé obligaciones de transparencia de las plataformas, sobre todo en lo concerniente a la publicidad de los partidos políticos online. Además, se exige a las plataformas un deber de cuidado en la lucha contra la desinformación, que no excluye la autorregulación, pero basada en principios y estándares éticos. En todo caso, se deberían respetar las garantías de la protección de datos personales y el acceso a un remedio efectivo frente a las medidas adoptadas por las plataformas.

Como puede apreciarse, la regulación del uso de las tecnologías digitales en campaña electoral es necesariamente poliédrica. La diversidad de principios, derechos y bienes en juego, de destinatarios, de autoridades implicadas, genera a su vez una variedad de normas. Ello obliga a plantear una aplicación diversificada del principio de estabilidad de la ley electoral, teniendo en cuenta su interpretación sistemática.

Siguiendo los modelos descritos, las normas que se enmarcan en el primer enfoque, de tipo sancionador y de alcance individual, pueden no requerir la antelación exigida por el principio de estabilidad. Cuando la acción legislativa se dirige a la lucha contra la desinformación, la inclusión de conductas infractoras en la ley y su posible sanción puede llevarse a cabo antes de la celebración de las elecciones, como respuesta ante amenazas que solo recientemente han sido detectadas (por ejemplo, los avances de la IA y los riesgos que pueden conllevar). En este sentido, es relevante diferenciar entre conductas comisivas y omisivas. La previsión de conductas comisivas no exige un plazo previo para su implantación. Sin embargo, la responsabilidad derivada de una omisión, como puede ser la que se atribuye a las plataformas por no remover los contenidos ilícitos sí puede necesitar de un tiempo de ajuste, pues hay que permitir a los interesados, las plataformas en este caso, que preparen y desplieguen los medios técnicos y humanos necesarios para cumplir con esa obligación. Algo semejante puede decirse de las obligaciones de transparencia o de registro, o incluso la previsión de un remedio efectivo, cuya definición e implementación requieren también de unos plazos mínimos.

El modelo corregulatorio, por las implicaciones en las dinámicas y estrategias de los actores, así como el enfoque basado en la imposición de cargas, exigen el respeto al principio de estabilidad de la ley electoral de manera estricta. Se trata de medidas de gran alcance que requieren de una programación y un desarrollo imposible de improvisar.

Por otra parte, deberíamos también diferenciar, incluso dentro de los propios modelos, el tipo de norma que se trata de implementar. En el enfoque sancionador, las multas o sanciones previstas para las infracciones pueden actualizarse justo antes de la convocatoria electoral. De hecho, hay ocasiones en las que conviene hacerlo así, para evitar que se queden obsoletas. Las normas que definen los principios deberían estar protegidas por la estabilidad, sobre todo para permitir una

⁸⁹ Recommendation CM/Rec(2022)12 of the Committee of Ministers to member States on electoral communication and media coverage of election campaigns.

adecuada función de garantía atribuida a los órganos supervisores, ya sean administrativos o judiciales. Las normas que desarrollan los principios y poseen un contenido técnico no tienen esa exigencia, pues deben acomodarse a una realidad cambiante.

Conclusión

El principio de estabilidad de la ley electoral, como condición indispensable para la garantía de los principios del patrimonio electoral europeo, debe ser interpretado de manera sistemática, no automática.

En el ámbito de las tecnologías digitales es crucial distinguir los principios estables de los requisitos que pueden cambiar con más frecuencia. Los principios estables incluyen disposiciones que definen prioridades y líneas de actuación, establecen pautas para la ponderación de los derechos e intereses en juego y determinan el marco institucional en el que se aplica la normativa. Son normas amplias, abstractas y aplicables con carácter sostenido. Estas normas requieren bastante estabilidad y deben estar incluidas en una ley. Los elementos que cambian con frecuencia están más cerca de los avances tecnológicos. Incluyen disposiciones que indican detalladamente las obligaciones de los diferentes actores y la manera en que se va a comprobar su cumplimiento. En algunos casos, podrían modificarse sin respetar estrictamente el principio de estabilidad de la ley electoral porque la estabilidad no es un fin en sí misma. Las leyes deben poder adaptarse a las circunstancias. Esto es especialmente cierto en el caso de las tecnologías digitales en campaña electoral, dada su dimensión social y política y la importancia para la integridad del proceso. En todo caso, debe respetarse el debate público y la publicidad, y no afectar negativamente a las expectativas legítimas de todos los actores implicados (Driza, 2016).

Citas

- BORUCKI, I., HARTLEB, F., (2023) Debating E-voting throughout Europe: constitutional structures, parties' concepts and Europeans' perceptions. *Front. Polit. Sci.* 5:982558.
- DRIZA MAURER, A., (2016). "Legality, separation of powers, stability of electoral law: The impact of new voting technologies". *Electoral Expert Review*:68-78.
- IGLESIAS, C., SCHERTEL, L, FERNANDES, V., (2023), "Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil", *Cadernos Adenauer – Konrad Adenauer Stiftung*, 1/2023.
- KRZYWON, A., (2021), "Integridad de los procesos electorales, desinformación e intervención del poder judicial. Comparación de los modelos europeos", SÁNCHEZ NAVARRO, A., FDEZ RIVEIRA, R., (Dir.), *Reflexiones para una democracia de calidad en la era tecnológica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- SÁNCHEZ, O., (2020), *La regulación de las campañas electorales en la era digital*, CEPC-Universidad de Valladolid.

José Luis Vargas Valdez⁹⁰, Miembro de la Comisión de Venecia, magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial, México

Desafíos en la Era Digital

I. Introducción

El internet y las redes sociales han revolucionado las formas en que los ciudadanos de todo el mundo interactúan, acceden a la información y ejercitan su libertad de expresión, la manera en que los medios de comunicación despliegan la libertad informativa que les es inherente, así como la forma en que ciudadanos, candidatos y partidos políticos se desenvuelven durante los procesos electorales.

La desconfianza en el monopolio de los medios tradicionales de comunicación (medios impresos, radio y televisión), aunado a la facilidad para crear, recibir y difundir información a través de las plataformas digitales, ha generado un nuevo modelo de comunicación y participación política en los sistemas democráticos.

La utilización de perfiles personales en Facebook, Twitter, Instagram, YouTube y otras plataformas digitales, particularmente en períodos de campaña electoral, fomenta el diálogo sobre temas de interés general entre la ciudadanía y los actores políticos, al fungir como catalizadores de transmisión de información, favoreciendo el ejercicio de los derechos de participación política en la plaza pública digital⁹¹.

No obstante, la difusión de propaganda electoral de bajo costo, la creación de perfiles falsos o pagados que difunden contenido desinformativo, los fenómenos asociados a la arquitectura del código de las plataformas digitales, aunado a la ausencia de regulación de estos fenómenos, han modificado las reglas del juego durante las campañas, afectando los principios que rigen los procesos electorales, y poniendo en riesgo al sistema democrático en su conjunto.

Es por ello que, con la finalidad de dilucidar los distintos riesgos de la propaganda política ilegal a través de internet y las redes sociales en los procesos electorales, en el presente artículo se expone, en primer lugar y de forma ejemplificativa, la ii) obsolescencia del modelo de comunicación política en México; posteriormente se abordan, los distintos iii) retos y desafíos de las nuevas tecnologías en los procesos electorales; en seguida se describen tres iv) casos relevantes sobre libertad de expresión, propaganda electoral y censura en redes sociales, así como v) posibles mecanismos para abordar los desafíos planteados por las nuevas tecnologías al sistema democrático, y para finalizar, se arriba a diversas vi) conclusiones.

II. Obsolescencia del modelo de comunicación política en México

Con motivo de la masificación del acceso a internet y el uso generalizado de las redes sociales, el modelo de comunicación política basado únicamente en el acceso a radio y televisión se encuentra en declive en muchos países democráticos, incluido México, al haberse transformado radicalmente la forma en que los ciudadanos consumen información y participan en el debate político.

⁹⁰ Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona. Exmagistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México (TEPJF).

⁹¹ La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que las redes sociales "constituyen la principal fuente para conocer eventos, revisar anuncios sobre empleos, hablar y escuchar en la plaza pública moderna, y al mismo tiempo explorar sobre los amplios ámbitos del pensamiento y conocimiento humano". Cfr. *Packingham v. North Carolina*, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, 2017, pág. 2, traducción propia.

Como resultado, los medios de comunicación tradicional han perdido relevancia, y el internet y las redes sociales se han convertido en las principales fuentes de información pública, es decir, hoy en día constituyen herramientas fundamentales para la difusión de mensajes políticos.

En tal sentido, la evolución de las prerrogativas de acceso a radio y televisión en México ilustra la necesidad de una revisión constante del modelo de comunicación política por parte del legislador y las autoridades electorales.

Con la reforma constitucional electoral de 1990, que dio origen al entonces Instituto Federal Electoral (IFE), se reconoció como prerrogativa de los partidos políticos tener acceso permanente a los medios de comunicación social⁹².

De este modo, previo a la reforma electoral de 2007, los partidos políticos podían contratar libremente tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral. Sin embargo, a partir de los abusos cometidos durante la elección presidencial de 2006, se prohibió la contratación de tiempo con fines electorales, y los partidos políticos comenzaron a ejercer su prerrogativa de acceso a través de los "tiempos del Estado"⁹³.

A partir de la reforma, la autoridad administrativa electoral es la única facultada para administrar el tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión para fines electorales, y como parte del modelo se advierten las siguientes directrices:

- **Prohibición de contratar tiempos en radio y TV.** Partidos políticos, candidatos y cualquier persona física o moral tiene prohibido contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión dirigidos a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía⁹⁴;
- **Obligación de suspender propaganda gubernamental.** Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, excepto las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia;
- **Obligación de imparcialidad en el uso de recursos.** Los servidores públicos tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos;
- **Neutralidad informativa.** La propaganda que difundan los poderes públicos deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social;
- **Prohibición de promoción personalizada.** En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público;

⁹² Actualmente el modelo de comunicación política se encuentra previsto en los artículos 41, numeral III, y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹³ En México, el espacio aéreo y, por extensión, el espectro radioeléctrico, son propiedad del Estado. De tal suerte que todas las radiodifusoras y televisoras deben contar con una concesión o permiso del Estado para radiodifundir contenidos y explotarlos comercialmente. Por tanto, una contraprestación que prevé la ley por el otorgamiento de esas concesiones o permisos es que cada concesionaria destine gratuitamente 48 minutos diarios a la difusión de contenidos del Estado.

⁹⁴ Durante procesos electorales federales, el Instituto Nacional Electoral (INE) administra 48 minutos diarios de tiempo en cada emisora de televisión y radio, desde las precampañas hasta la jornada electoral. Los mensajes (también denominados *spots*) tienen una duración de 30 segundos en periodos ordinarios y pueden variar entre 30 segundos, 1 o 2 minutos durante las campañas electorales. Estos mensajes se distribuyen durante un periodo de 6 am a 12 pm, con una transmisión de 2 a 3 minutos por cada hora de programación, y no pueden ser alterados por los concesionarios.

- **Medidas cautelares:** El INE puede ordenar la suspensión inmediata de cualquier propaganda política o electoral en radio o televisión que resulte violatoria de la ley.

Durante los últimos diez años, la discusión política y electoral en México se ha centrado en el uso de la radio y la televisión, sin embargo, este modelo de comunicación ha sido rebasado por el avance tecnológico, porque la difusión de propaganda electoral que se lleva a cabo en gran escala en internet y las redes sociales, no está contemplada en el modelo actual.

La vertiginosa evolución de las plataformas digitales ha obligado a los medios de comunicación tradicionales, a volcar parte de su entramado empresarial al ámbito digital con el objetivo de mantener su audiencia y alcance mediático, sin embargo, en la medida en que el acceso a internet aumenta, la gente prefiere acudir a las redes sociales para allegarse de información.

Ello implica que gran parte de la ciudadanía se informa y participa activamente en las redes sociales durante los procesos electorales, ejerciendo libre y continuamente sus derechos de participación política, evidenciando que las nuevas tecnologías suponen un cambio en las formas de hacer campañas.

La horizontalidad en la comunicación le permite al ciudadano ser escuchado en tiempo real e interactuar con mayor efectividad. Las campañas políticas han volcado su estrategia a la comunicación digital, ampliando sus alcances y con mejores resultados.

Las tecnologías digitales han cambiado las reglas del juego democrático hacia modelos más colaborativos y con una mayor dispersión de responsabilidades, lo que se traduce en la necesidad de vigilar las conductas de los actores políticos y la utilización de recursos en el ámbito digital, demostrando la necesidad de actualizar el modelo de comunicación política a las nuevas circunstancias y realidades.

III. Retos y desafíos de las nuevas tecnologías en los procesos electorales

Los cambios de las nuevas tecnologías repercuten en los mecanismos sociales de construcción de opiniones, en la participación y activismo político, e incluso en los valores legislativos de un Estado liberal. Es evidente que estos cambios también influyen en los procesos democráticos y plantean nuevos retos y desafíos, como por ejemplo:

- a) El flujo constante de información en tiempo real a través de múltiples plataformas simultáneas impone un reto enorme a la fiscalización y vigilancia de las campañas políticas;
- b) La información creada y compartida a través de las redes tiene múltiples autores, lo que hace difícil encontrar el origen e identificar a los sujetos responsables de ilícitos electorales;
- c) La existencia de bots y trolls que generan desinformación y pueden posicionar un tema, haciendo casi imposible verificar la fuente o la veracidad de la información. Esto puede afectar seriamente la equidad en la contienda y facilita que agentes externos influyan en las campañas y sus resultados;
- d) El fenómeno de la desinformación también repercute en la disponibilidad de información, haciendo que los usuarios reciban solamente aquella relacionada con sus intereses y comportamientos (burbujas de filtrado y cámaras de resonancia). Esta circunstancia dificulta medir y probar el impacto de la información en las preferencias electorales de los usuarios;

- e) Las ciber amenazas directas e indirectas, así como la ausencia de regulación genera polarización de opiniones, radicalización y violencia, además de favorecer la posibilidad de injerencias extranjeras durante los procesos electorales;
- f) El anonimato en las redes sociales promueve la creación de propaganda política ilegal y/o de contenido desinformativo.

La desinformación en cualquiera de sus vertientes, configura la generación y difusión deliberada de información falsa para manipular la opinión pública, lo que propicia una vulneración frontal al principio de equidad en la contienda y naturalmente disminuye la integridad del proceso electoral.

Lo anterior incide directamente en las posibilidades de comunicación de los usuarios, erosiona la libertad de expresión, dificulta el diálogo democrático, y atenta contra los principios de neutralidad estatal, autenticidad y equidad en los procesos electorales.

Como se advierte, el desarrollo de la incipiente democracia digital y su protección encuentra varios obstáculos, dado que las herramientas que favorecen su consecución, producen paralelamente espacios que permiten la manipulación del comportamiento humano a través de los diversos fenómenos digitales.

La protección del derecho a la libertad de expresión en línea, así como la salvaguarda de los principios que rigen los procesos electorales⁹⁵, conllevan importantes desafíos jurídicos en el contexto de las elecciones.

Si bien para la democracia resulta imprescindible garantizar este trascendental derecho, también es necesario regular el discurso político en línea, para prevenir la manipulación y la desinformación, disminuyendo la incidencia de estos fenómenos en los procesos electorales y sus resultados⁹⁶.

En consecuencia, resulta fundamental encontrar un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y la preservación de los principios que rigen los procesos electorales.

IV. Casos relevantes sobre libertad de expresión, propaganda electoral y censura en redes sociales

Los vacíos normativos y conflictos jurídicos que se presentan por el uso de nuevas tecnologías, ponen en juego una gran cantidad de derechos fundamentales y principios del sistema democrático, lo cual exige un particular deber de cuidado por parte de los tribunales constitucionales de cierre.

Los casos que serán expuestos a continuación son ejemplos de cómo los jueces constitucionales, motivados por la necesidad de encontrar soluciones legales y prácticas para la protección de los derechos fundamentales y principios democráticos, se enfrentan a las

⁹⁵ En particular, los principios electorales otorgan herramientas imprescindibles al sistema electoral para garantizar: i) la transición pacífica del poder político, ii) una adecuada conformación de las autoridades, iii) la tutela de los derechos político-electorales de la ciudadanía y, iv) el respeto a la voluntad popular obtenido mediante elecciones libres, auténticas y confiables. La autonomía, certeza, igualdad, equidad, imparcialidad, independencia, legalidad, objetividad, transparencia, autenticidad del sufragio, constituyen los principios rectores en materia electoral.

⁹⁶ El caso Cambridge Analytica puso de manifiesto que las plataformas digitales son susceptibles de incidir en los derechos fundamentales de los usuarios, a través de la venta y/o puesta a disposición de sus datos personales, a agencias de publicidad política (inclusive, extranjeras), que los utilizan sin su consentimiento, para dirigir publicidad electoral segmentada durante un proceso electoral. Para mayor abundamiento, véase, “*The use of Facebook users’ data by Cambridge Analytica and the impact on data protection European Parliament resolution of 25 October 2018 on the use of Facebook users’ data by Cambridge Analytica and the impact on data protection (2018/2855(RSP))*”. European Parliament. P8_TA(2018)0433. Strasbourg, 25 de octubre de 2018. Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0433_EN.pdf

problemáticas que surgen de la interacción de internet y las redes sociales, en su inextricable obligación de ponderar entre estos principios y derechos en los conflictos jurídicos sujetos a su competencia.

a) *Caso Elonis vs. Estados Unidos*⁹⁷

A través de este caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica determinó las consecuencias que conlleva la publicación de amenazas en las redes sociales y la relevancia penal de las mismas cuando son realizadas con un pseudónimo a través de un “perfil” de Facebook.

Como parte de los hechos del caso, Anthony Elonis publicó en Facebook letras de canciones de “rap”, que contenían amenazas violentas contra su exesposa y compañeros de trabajo. El denunciado alegaba que se trataba de letras ficticias, y que su difusión se encontraba protegida por la libertad de expresión.

A resolver el fondo del asunto, la Suprema Corte consideró que si bien la regla general es que la intencionalidad es un elemento necesario en la acusación y prueba de cada delito, el solo hecho de haber publicado una amenaza de muerte a través de Facebook resulta suficiente para sostener que la publicación no se encuentra protegida por la libertad de expresión, dado que se trataba de expresiones que cualquier persona podía interpretar como una amenaza real contra la vida.

De este modo, el elemento crucial que separa la inocencia legal de la conducta ilícita, es la naturaleza amenazante de la publicación o publicaciones en Facebook, es decir, el requisito de que el mensaje difundido contenga una amenaza explícita es necesaria.

El caso antes expuesto demuestra la complejidad jurídica a la que se enfrentan los jueces constitucionales, ya que la clave para la solución de este tipo de asuntos relacionados con las nuevas tecnologías está en el contexto, el mensaje y su destinatario.

El juez se encuentra obligado a analizar las circunstancias particulares de los hechos, con el objetivo de garantizar los derechos humanos, que en el caso concreto, se encontraban por un lado, la libertad de expresión a través de internet y las redes sociales, y por el otro, la protección y tutela de derechos fundamentales como la presunción de inocencia, la integridad personal y el derecho a la vida.

b) *Sentencia SUP-REP-112/2022*⁹⁸

Durante el proceso electoral 2021-2022 en México, diversos partidos políticos denunciaron que distintos influencers (personas físicas con reconocimiento público que se comunican con sus audiencias a través de las redes sociales) habían infringido la normativa electoral al difundir propaganda política por medio de la red social Instagram durante el periodo de veda, para beneficiar a un partido político.

Al analizar la controversia la Sala Superior del TEPJF precisó los alcances y contenido del requisito de espontaneidad, respecto de manifestaciones o expresiones proferidas en las redes sociales durante un proceso electoral, en su vinculación con el derecho a la libertad de expresión.

⁹⁷ “*Elonis v. United States. Supreme Court of the United States*”, 1 de junio 2015. No. 13-983. Consultable en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-983_7i48.pdf

⁹⁸ Sentencia dictada por la Sala Superior del TEPJF, el 22 de junio de 2022, en el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, identificado con la clave SUP-REP-112/2022 y acumulados. Consultable en <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-REP-0112-2022>

El Tribunal razonó que si bien por su trascendencia, las publicaciones o expresiones en redes sociales gozan de una “presunción de espontaneidad”, es decir, que son realizadas motu proprio, sin ningún tipo de influencia o estímulo externo, dicha presunción requiere de un análisis probatorio reforzado cuando los mensajes contengan elementos similares a los de la propaganda electoral.

Mediante el análisis de las publicaciones, la Sala Superior del TEPJF advirtió la coincidencia en el contenido de los mensajes difundidos por los influencers, lo que superaba la presunción de espontaneidad, y por lo tanto, se trataba de una campaña política orquestada por el partido político beneficiado.

A través de dicha sentencia SUP-REP-112/2022 y acumulados, la Sala Superior del TEPJF examinó la importancia del discurso político y la participación cívica en las redes sociales, no obstante reconoció la existencia de restricciones válidas al derecho a la libertad de expresión para garantizar los principios rectores del proceso electoral.

La sentencia es un caso emblemático que se circunscribe en el límite entre la libertad de expresión a través de las redes sociales y el cumplimiento de las normas electorales, en particular, respecto del principio de equidad en la contienda, que constituye uno de los principios fundamentales del sistema democrático.

c) *Resolución N° 23.671/2021*⁹⁹

Mediante la resolución 23.671, el Tribunal Superior Electoral de Brasil, modificó las normas que disponen sobre propaganda electoral, uso y generación de tiempo libre y conductas ilegales en campañas electorales¹⁰⁰.

Como parte de la determinación, el Tribunal estableció los alcances de la propaganda electoral, reservando un capítulo para tratar específicamente la propaganda en Internet. Según el artículo 27 de la norma, la libre expresión del pensamiento de los votantes en Internet puede ser objeto de limitación, únicamente si ofende el honor o la imagen de candidatos, partidos o coaliciones o si difunde noticias falsas.

De este modo, no se considera propaganda electoral la publicación espontánea en Internet por parte de personas físicas, incluso en forma de elogios o críticas a los candidatos, partidos políticos, federación o coalición.

En tal sentido, se prohíbe la difusión de cualquier tipo de propaganda electoral pagada en Internet, con excepción de la promoción de contenidos contratado exclusivamente por partidos políticos, federaciones, coaliciones, candidatos y representantes, siempre que esté inequívocamente identificada como tal¹⁰¹.

Como se advierte de los casos reseñados, una de las características fundamentales del fenómeno de la desinformación es que se beneficia del derecho a la libertad de expresión para difundir información falsa y/o manipulada, vulnerando derechos y principios del sistema democrático, como la equidad de la contienda o la deliberación pública sana.

En dicho contexto, los medios digitales agravan significativamente estas problemáticas. La arquitectura del Internet y las redes sociales, así como los algoritmos que rigen el flujo de la información, permiten la proliferación de estas conductas nocivas.

⁹⁹ Resolución N° 23.671, de 14 de diciembre de 2021. Tribunal Superior Eleitoral, Brasil. Consultable en: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-671-de-14-de-dezembro-de-2021>

¹⁰⁰ Resolución N° 23.610, de 18 de diciembre de 2019. Tribunal Superior Eleitoral, Brasil.

¹⁰¹ *Ibidem*, art. 29.

Los sistemas democráticos deben encontrar soluciones legales para revertir las prácticas nocivas de desinformación y segmentación del debate político, así como garantizar la tutela de los derechos político - electorales.

V. Posibles mecanismos para abordar los desafíos

Frente a este complejo panorama es indispensable establecer normas que permitan el goce de los beneficios que nos ofrecen las nuevas tecnologías, sin afectar los derechos fundamentales y los valores democráticos.

En tal sentido, las reglas de adhesión y las políticas internas del sector para cumplir con las leyes en materia de derechos fundamentales y de las reglas en los procesos electorales, no puede quedar al arbitrio de la industria digital.

Ante la ausencia de una legislación homogénea que regule el internet, las redes sociales y la inteligencia artificial: i) existe el reto de identificar conductas y prácticas nocivas para los procesos electorales, y ii) posteriormente, acordar los tipos de mecanismos de prevención y, en última instancia, de sanción, con sustento en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y que paulatinamente están dando forma a los derechos y obligaciones de las plataformas digitales.

Se debe dejar de pensar que las autoridades son las únicas obligadas a encontrar soluciones, pues el impacto de las nuevas tecnologías e inteligencia artificial debe atenderse desde una visión multipartita, es decir, que involucre a los gobiernos, los desarrolladores y a la sociedad civil. Inclusive debe valorarse la creación de nuevas autoridades ad hoc en el ámbito internacional para hacer frente a estos importantes desafíos.

VI. Conclusiones

El Internet y las redes sociales son herramientas, y como tales, no pueden considerarse como únicamente benéficas o perniciosas para la democracia.

La cuestión a estas alturas del debate no puede girar en torno a si las democracias deberán o no incorporar a las nuevas tecnologías en algunas de sus fases para mejorar o potenciar su funcionamiento, sino qué tipo de regulación se requiere para garantizar los principios y derechos fundamentales del sistema democrático, en el entendido de que ya son una parte ineludible de las relaciones humanas en general, y de los procesos electorales en particular.

Las novedosas características de las tecnologías digitales, su enorme alcance e influencia y la total ausencia de regulación universal en materia de desinformación digital representan, quizás, el mayor reto para las democracias del mundo.

Para contrarrestar los efectos nocivos de las plataformas digitales, deben converger diversos esfuerzos, provenientes de la sociedad civil, gobiernos, organismos internacionales, cortes nacionales y regionales.

Es por ello que, para abordar los problemas asociados a las elecciones y las nuevas tecnologías deben considerarse con especial énfasis los siguientes aspectos:

1. La necesidad de regulación y homologación legislativa entre jurisdicciones, partiendo del hecho de que la web y las redes sociales no son espacios “alegales”;

2. Corresponsabilidad de actores públicos y privados;
3. Imposición de límites proporcionales, previstos en ley y que persigan fines legítimos a la libertad de expresión en medios digitales;
4. Necesidad de cooperación internacional, con especial énfasis en investigación, persecución y sanción de ciberdelitos y ciber amenazas;
5. Promover que las plataformas privadas de intercambio digital establezcan mecanismos autorregulatorios que observen estándares democráticos;
6. La protección de datos personales y privacidad de usuarios;
7. Verificación de la autenticidad de mensajes y contenidos por parte de todos los actores involucrados;
8. Desarrollo de capacidades institucionales a nivel nacional e internacional para combatir los ciberataques;
9. Promoción de contenidos veraces y erradicación de mecanismos y prácticas que fomenten la desinformación;
10. Transparentar el funcionamiento de plataformas digitales y redes sociales (en particular en lo referente a contenidos promocionados), así como de los algoritmos que las rigen;
11. Creación de órganos adhoc, tanto en el ámbito internacional, así como en sede nacional para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los usuarios de internet y de las redes sociales;
12. Promover la alfabetización digital y mediática.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Elonis v. United States*. Supreme Court of the United States, 1 de junio 2015. No. 13-983.
- *Packingham v. North Carolina*, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, 2017.
- Resolución N° 23.610, de 18 de diciembre de 2019. Tribunal Superior Eleitoral, Brasil.
- Resolución N° 23.671, de 14 de diciembre de 2021. Tribunal Superior Eleitoral, Brasil.
- *SUP-REP-112/2022 y acumulados*. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el 22 de junio de 2022.

- *The use of Facebook users' data by Cambridge Analytica and the impact on data protection*
European Parliament resolution of 25 October 2018 on the use of Facebook users' data by
Cambridge Analytica and the impact on data protection (2018/2855(RSP)). European
Parliament. P8_TA(2018)0433. Strasbourg, 25 de octubre de 2018.

Closing session: The possible need for an update of the standards on the basis of practice

Rafael Rubio Núñez, Full Professor of Constitutional Law, Universidad Complutense, Madrid, Former substitute member of the Venice Commission

Elements for the conclusions: possible amendments / complements to the interpretative declaration on the stability of electoral law

The Venice Commission's doctrine on "electoral stability" is a fundamental principle in the field of electoral law and democracy. This principle asserts that electoral rules should be stable, clear, and well-known to all participants well before elections occur, and should not be subject to changes just before an election. The concept of electoral stability is considered crucial for fostering confidence in the electoral system and, ultimately, for the legitimacy of the democratic process.

Key aspects of the principle of electoral stability include:

- **"Freezing" Period for Electoral Legislation:** Electoral laws should not be changed close to the elections, ideally at least a year before, to prevent modifications from being driven by short-term partisan interests. This ensures that all actors are fully aware of the rules.
- **Clarity and Certainty of Rules:** Electoral laws should be clear and precise to prevent divergent interpretations that could impact the fairness of the electoral process. This implies that electoral norms should be enshrined at least at the level of law.
- **Broad Consultations and Consensus:** Amendments to electoral legislation should result from extensive consultation processes and aim to achieve consensus among key political actors, including opposition parties and civil society.
- **Respect for International Standards:** Electoral laws should align with international standards and best practices to bolster the legitimacy of the electoral process.
- **Avoiding Discrimination:** The laws should not establish unjustified barriers to participation for any political party or candidate.
- **Review by an Impartial Body:** Any disputes concerning the application of electoral laws should be subject to review by a judicial body or an independent, impartial entity.

In an era marked by increasing distrust and attacks on electoral legitimacy, often as part of electoral campaigns, the importance of electoral stability is amplified. Any last-minute changes to electoral rules, even if well-intentioned, can fuel narratives challenging electoral legitimacy. Furthermore, in times when the will of majorities might be presented as the only sovereign will, the existence of structural rules like electoral laws, which require broader agreements than simple majorities, becomes even more crucial.

The Venice Commission has highlighted the significance of these principles in various opinions and reports, underlining their role in maintaining the integrity, equality, and legitimacy of electoral processes. But after having addressed the more general elements about the need to review and adapt this principle, I will focus on the last two points of the program that concentrate on how new situations such as emergencies or the widespread use of technology in the electoral process can affect this principle.

Emergency situations

- The original questions of principle are: should we address them in a document of a general character?
- If yes, need to distinguish between state of emergency, situation of emergency?
- And what about simple urgency: to be excluded in order not to make the principle of stability an empty shell?

The Covid crisis has affected hundreds of elections around the world and has called into question the validity of the principle of stability, forcing the modification of existing electoral norms in record time to hold elections and ensure a safety vote.

Late changes to electoral legislation, which would not be appropriate in an ordinary situation, are justified in an emergency situation if they are necessary for the holding of elections in accordance with international standards.

The Venice Commission has clearly expressed itself in these situations (RESPECT FOR DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS AND THE RULE OF LAW DURING STATES OF EMERGENCY. REFLECTIONS, CDL-PI(2020)005rev), and it may be of interest to incorporate this already approved doctrine into the general text, given the possibility that these situations will continue to occur over time, with crises of other characteristics. Perhaps it would be appropriate to clearly indicate which elements are necessary to apply this exception to avoid making the principle of stability an empty shell.

As we know the principle of stability “should not be interpreted in a way forbidding the parliament to provide even during the state of emergency a legal ground for the postponement of elections, if this provision is missing.” This flexibility should be applied, all the more reason, to the reform of electoral laws in emergency situation.

The existence of the state of emergency and situation of emergency is premised on the dichotomy between the norm(alcy) and the exception. Both could justify the flexibility of the principle but its important also to stablish a basis for the determination of these situations. In order to distinguish between state of emergency or situation of emergency, we should be at the definition of states of emergency in the REFLECTIONS (CDL-PI(2020)005rev-e).

If “A state of emergency is a - temporary - situation in which exceptional powers are granted to the executive and exceptional rules apply in response to and with a view to overcoming an extraordinary situation posing a fundamental threat to a country. Examples include natural disasters, civil unrest, epidemics, massive terrorist attacks, economic crisis, war and military threats.” Then a situation of emergency would be when the powers provided by normal legislation do not suffice “in order for the elections to be in accordance with the main principles stated in the Code of Good Practice in Electoral Matters – universal, equal, free, secret and direct suffrage” –, to guarantee the right to vote but also to have open and fair electoral campaigning with a genuine campaign and real public debate. Late changes of electoral legislation, which would not be appropriate in an ordinary situation, are justified in an emergency situation if they are necessary to the holding of elections in conformity with international standards.

However, they should not be applicable to a single specific emergency but should have a general character to ensure legal certainty. When adopted during an emergency situation, changes should be as limited as possible and adequate information should be provided to citizens (Interim Report, 117).

About content we could find relevant information in the “INTERIM REPORT ON THE MEASURES TAKEN IN THE EU MEMBER STATES AS A RESULT OF THE COVID-19 CRISIS AND THEIR

IMPACT ON DEMOCRACY, THE RULE OF LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS (CDL-AD(2020)018)":

"When adopted during an emergency situation, the changes should be as limited as possible and proper information should be given to the citizens" (117)

"In any case, the legal framework of elections must be unambiguous, understandable, and transparent, and its application must be impartial and free of bias." (118)

"Such changes can affect the date of the elections, waiving requirements for registering or nominating candidates, campaign modalities of voting and counting, or the requirement of collecting supporting signatures (if this is not possible online)." (119)

"These changes should not lead to any undue restriction of the right to free elections. Their adoption after a broad debate and by a broad consensus is a guarantee against such abuses and for confidence in the electoral process and its legitimacy." (120)

"These decisions, (...), must be adopted in a transparent and, where possible, consensual way, taking into account the exact circumstances thoroughly (for an epidemic: health information, the country's capacity, the levels of expansion of the disease...). They must be open to independent review, preferably before a court of law." (124). As we could find in the COMPILATION OF VENICE COMMISSION OPINIONS AND REPORTS ON STATES OF EMERGENCY, CDL-PI(2020)003), these reforms should be adopted in "a proper consultation of the relevant stakeholders, including the opposition parties and civil society. In numerous opinions, the Venice Commission and ODIHR have stressed the importance of a comprehensive and inclusive public consultation when adopting legal frameworks on issues of major importance for society, such as major amendments to electoral law", following an inclusive and thorough process of public consultation, even in a State of Emergency, when this reforms could "limiting the space for democratic debate and the free expression of a plurality of views". In some technical amendments combine with several amendments which have significant consequences for "the exercise of suffrage rights (passive and active), the electoral result or the administration of elections".

Digital technologies and elections

In recent times, electoral stability, beyond the guarantees it provides for electoral integrity, has a new aspect that should be considered in light of the legal goods at stake. It is about the response to the use of technology during the processes, and especially during electoral campaigns. Should innovation lead to an exception to the principle of stability? Same objection as for the previous question? Or only if it is a threat to democracy?

The technological environment causes an effect, which the English would call "Chasing the hat," where every time it is thought that the law is about to catch up with technology, a new technological wave moves it away and requires to keep chasing it. This is coupled with the insufficiency of existing regulations and the difficulties of their application, causing electoral bodies (administrative and judicial) and the digital platforms to assume a real normative role through their decisions based on interpretation and terms of use. Moreover, the impact of technology and the difficulty of detecting these, makes that sometimes it is not possible to detect the magnitude of the threat until it is upon us, which causes the need to offer normative responses to try to prevent threats that could more severely affect the legally protected goods than the breach of this principle. This forces us to consider also whether there really is a difference between general normative capacity and specific normative capacity, and what is the normative role of social platforms.

It may be interesting to consider two recent practical cases in which the principle of electoral stability is affected: Spain and Brazil

Spain. STC 76/2019 Through the reform of the Organic Law on Data Protection and Guarantee of Digital Rights, which adapts the Spanish legal system to the General Data Protection Regulation (GDPR) approved by the EU, a new article 58 bis was introduced in Spain in the Organic Law of the Electoral Regime (LOREG) that authorized political parties to collect personal data on people's political opinions in the framework of their electoral activities without any prior authorization. The reform was approved with a wide consensus in Congress and Senate. The reform was approved on 7 December 2018, 6 months before the regional/local elections. Although these were not yet convened, although later the general elections were brought forward, to April 2019, which had to be repeated, due to the lack of agreement, in November of the same year.

In light of this legal modification, it seemed to allow political parties to create databases and ideological profiles of citizens with the data obtained. After the electoral call, a few days later, the Spanish Data Protection Agency (AEPD) not only advanced an interpretation of the article before the approval of the new Law, it published both a report prepared by its legal advisory and Circular 1/2019, of March 7, in which it set the criteria for such treatment, placing itself, without a doubt, in the position of the legislator in electoral matters. The precept was the object of an appeal of unconstitutionality by the Ombudsman, promoted by a group of citizens, on the basis that it violated the right to the protection of personal data enshrined in article 18.4 of the Constitution in connection with article 53.1 of the same (as well as the infringement of other substantive fundamental rights such as the right to ideological freedom of article 16 CE and the right to political participation of article 23, along with the infringement of the principle of legal certainty enshrined in article 9.3).

In May 2019, after the celebration of the general elections in Spain and on the eve of two more elections, the Constitutional Court ruled, unanimously estimating the appeal of unconstitutionality annulling paragraph 1 of article 58 bis of the LOREG. In particular, the complaint alleged the unconstitutionality of this provision for three reasons: firstly, for not determining by itself the purpose of the treatment, beyond a generic mention of "public interest"; secondly, for not limiting the treatment by regulating in detail the restrictions on the fundamental right; and, finally, for not establishing the adequate guarantees to protect the affected fundamental rights. The TC, after establishing that political opinions are sensitive personal data with a need for protection superior to other personal data and that the legislator is constitutionally obliged to adapt the protection it provides to this type of data, imposing greater demands for them to be subject to treatment and providing specific guarantees for it (FJ 6, d), denounces that the article does not determine the purpose of the treatment (the public interest invoked), does not establish limits for the treatment of the data obtained (beyond a generic limit to the electoral framework) nor the adequate guarantees (which cannot be referred to later normative developments or much less to interpretations of other bodies). The article would violate up to three times article 18.4 CE in connection with article 53.1 CE. The indetermination and lack of certainty of the regulation regarding the purpose of the treatment and the lack of establishment of adequate guarantees in this respect, therefore, constitute for the TC an interference in the fundamental right to data protection "of similar gravity to that which would cause a direct intrusion into its nuclear content" (FJ 9), and violate the principle of reserve of law established in the Constitution.

Taking into account the jurisprudence already established by the TC itself and by the CJEU, which is emphasized in the sentence itself, and the speed with which the High Court has resolved, it was quite clear that this paragraph was unconstitutional. Not only regulation by law is necessary, but it also requires a degree of precision that guarantees legal certainty, not being possible to refer to the regulation essential aspects of the collection and use of data, as it was already clear with the STC 292/2000. Regulation by law that, moreover, must respect the principle of proportionality and must not go beyond what is necessary to achieve the end in question; and as the examined sentence makes clear, it must set adequate guarantees for the protection of the fundamental right.

This reform of the electoral law, trying to answer to technological outcomes, could be wrong and if the time to appeal is short, it's easy to celebrate elections with a unconstitutional law. In addition to fairness, we cannot forget that stability is still a legal good and it is necessary to establish

complementary mechanisms to consensus to consider last-minute electoral reforms as valid. Both the times and the guarantee of an external body such as the Constitutional Court can be guiding elements when establishing general criteria.

Another very good example related to this issue was the TSE (Brazil) Resolution 23.714/2022

Originally the Brazil law was focus on protecting "the Electoral Justice and its members, the electronic voting system, the electoral process in its different phases and the actors involved in it" and expressly leaves out disinformation that affects the impression that the electorate has of the candidate, parties or coalitions" But this will be modified in the second round of the process through TSE Resolution No. 23.714/2022. TSE Resolution 23.714 of 2022, was unanimously approved by the court to strengthen measures to combat disinformation that compromises the integrity of the electoral process and repealed Article 9 of Resolution 23.610, which dealt exclusively with the dissemination of disinformation against electoral integrity.

Article 2 of the resolution prohibits the "dissemination or exchange of facts known to be false or seriously decontextualized that affect the integrity of the electoral process, including the processes of voting, counting, and scrutiny of votes". In such cases, the TSE may order digital platforms to immediately remove the URL, URI, or URN, under penalty of a fine of 100,000 Brazilian reais (approximately 20,000 US dollars) per hour of non-compliance, starting from the second hour after receipt of the notification.

The rule also establishes that, when there is a decision of the court ordering the elimination of disinformation content, the presidency of the TSE itself can determine the extension of such a decision to identically replicated content (Article 3). That is, irregular content replicated on other channels (URLs) different from those indicated in the initial resolution can be eliminated without the need for a new jurisdictional action or a prior complaint, and can also be subject to a fine.

The decision to issue this resolution represents the assumption of responsibility by the TSE, which likely responds to the lack of effective action by the General Prosecutor's Office, which was originally responsible for this task. Thus, the use of the TSE's police power was made effective, a power that already existed and was regularly used against electoral propaganda, but had not been previously used against disinformation.

The measure was criticized for the lack of transparency in the decision-making process and the excessive power it grants to the institution, although it seems paradoxical that part of this criticism was expressed by social platforms that, until that moment, in fact exercised that power and did so without any transparency.

Based on Resolution No. 23.714/2022, (20.10.2022) the TSE determined that platforms should remove, within 24 hours, posts by Nikolas Ferreira, Flávio Bolsonaro, Eduardo Bolsonaro, and Carla Zambelli that associated candidate Luiz Inácio Lula da Silva with drug use, murder, censorship, abortion, closing of churches, or the endorsement of criminal practices (0601469-57.2022.6.00.0000). Other decisions ordered Twitter and Facebook to remove within 24 hours content accusing Lula da Silva of supporting the invasion of churches and persecution of Christians (0601328-38.2022.6.00.00.0000) and Tik Tok to remove within 24 hours accusations made against the same candidate of holding satanic ideologies.(0601352-66.2022.6.00.00.0000)

Other relevant decisions were the TSE's order to remove a post on the company 'Brasil Paralelo's' Twitter profile. The decision was made based on the finding that the information conveyed constituted disinformation, distorting the reality of corruption-related events and causing harm to the reputation and image of the candidate Lula da Silva. The order mandated the removal of the video within 24 hours, and failure to comply would result in a daily fine of 10,000 Brazilian reais (approximately \$2,000) (0601372-57). The decision, adopted by four votes against three, was

based on the fact that the reported scandals were never judicially imputed, and therefore prejudices the free formation of the voter's will.

Another decision, this one adopted unanimously, forced the withdrawal of Lula's electoral publicity that accused Bolsonaro of practicing cannibalism, a false and offensive statement constituting disinformation, the result of the decontextualisation of an interview with Bolsonaro in which he made reference to the indigenous theme. The publicity, according to the court, altered the original sense of the message.(0601386-41)

In a third example, the court responded to the request for suspension of the 'Lulaflix' channel on YouTube for propagating videos with disinformation and offensive content regarding Lula, obliging, based on Article 40 of the election law, those responsible for the channel to state in the channel that the content disclosed was electoral propaganda; failing that the channel was to be suspended and a fine of 10,000 Brazilian reais (about \$2,000) levied. The court decided instead on the immediate removal of the video with the threat of closing the channel and establishing a daily fine in the case of non-compliance.

Another decision, reviewed by the plenary, was the one requested by Jair Bolsonaro against the publications on networks of federal deputy André Janone, on the grounds that they stimulated hate speech against Bolsonaro, attacking the candidate with pejorative expressions and accusing him of the death of 400 thousand people during the pandemic.(DR 0601559-65.2022.6.00.0000)

The contentious decision to expand the court's role into partisan struggles, along with the possibility of the Court itself modifying existing norms to facilitate this expansion, warrants careful consideration. In situations where there is an unexpected overflow beyond initial forecasts, it may be tempting to classify these as emergencies, necessitating a reevaluation of the risks to electoral integrity.

However, from a broader perspective, it is crucial that all such situations be regulated in advance, with sufficient lead time, focusing on the underlying challenges rather than specific technologies. Establishing an exception to the principle of stability, particularly concerning technology, can be fraught with danger. If an exception is considered necessary, it must be precisely defined to safeguard the integrity and legitimacy of the electoral process, and not be swayed by the dynamics of electoral competition.

Conclusions:

As a conclusion, we could review the elements that constitute the principle of stability and see if, in light of what has been pointed out, some kind of reformulation is required:

Freezing period of electoral legislation: The principle of stability should not be confused with the one-year rule. This is nothing more than an imperfect translation of a real need. It is true that this is a rule that, due to its simplicity, has been globally consolidated and is naturally identified with the electoral acquis of the Venice Commission, but this communicative success should not blind us to the problems of application that it poses and to the need to combine guarantees and flexibility.

Clarity and Certainty of Rules: Regarding the definition of an emergency, it should indeed be clear and focused on preserving the integrity of the electoral process, while aiming to minimize the impact on the competition between political parties and candidates. This ensures that emergency measures are not exploited for political gain and that the primary concern remains the fairness and legitimacy of the electoral process.

Broad Consultations and Consensus: It's crucial to involve a wide range of stakeholders in the electoral reform process, including when changes are proposed by administrative or judicial bodies. This includes not only political actors but also civil society and social platforms, which will be a key player in the application of the reforms.

Respect for International Standards: Adhering to international standards is essential, particularly when it comes to changes in the rules governing social platforms, which are increasingly integral to the electoral process.

Review by an impartial body: The reserve of law is an essential element of this type of reforms, any administrative modification that affects the meaning of the law should be subject to control. Special mention should be made of the role of platform rules (terms of use) and their adaptation to different electoral processes, which should also be subject to this requirement of stability.

Katharina Pabel, Substitute member of the Venice Commission and of the Council for Democratic Elections, Austria

Having spent this interesting day today looking in detail at various aspects of the stability of electoral law, the aim of the seminar is to draw conclusions for possible amendments to the Code of Good Practice in Electoral Matters. It is certainly not the right time to present a concrete proposal for wording. Rather, in light of today's deliberations, I would like to present some queries and thoughts on possible amendments to the Code of Good Practice.

I refer to point II. 2 of the Guidelines (page 10), which includes in one paragraph the aspect of "regulatory levels" and the "stability of the electoral law", and I also refer to the relevant paragraphs of the explanatory report (para. 63 to 67).

- 1) After a renewed reading of the relevant paragraphs, I notice that the stability of the electoral law is not formulated as a principle in the Code of Good Practice itself but is only mentioned there in the heading. It would be worth considering whether to include stability of electoral law as a principle in the Code. The explanations of the meaning and purpose of this principle, such as in particular the credibility of the electoral process, could remain in the explanatory report. The inclusion of such a principle in the Code of Good Practice would clarify the idea behind the "less than one year before an election"-rule and make it seem less absolute.
- 2) Subsequently, it would be necessary to consider whether and how the issue of regulatory levels could be related to the principle of electoral stability. There is no doubt that there is a close connection between the two aspects. One suggestion could be to place the question of regulatory levels behind the general principle of the stability electoral law and thus make the connection clearer, without expressing a clear ranking between the two aspects.
- 3) The "less than one year before an election"-rule represents a manifestation or concretization of the principle of the stability of electoral law. This should be made clear in the assignment within the paragraph in the Code of Good Practice. It could be reconsidered whether the focus on the three elements explicitly mentioned ("in particular the electoral system proper, membership of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries") should be maintained, whether it should be expanded or whether it should be deleted. The scope of the one year-rule could be extended to the restrictions of human rights in general or to specific human rights (e.g. the right to vote and to be elected, right to appeal, rights of observers). The scope could include any amendment of human rights concerned and therefore include also the improvement of human rights.

In my opinion, the stability of electoral law is a principle that is affected regardless of whether the amendment to electoral law is positive or negative. Whatever the substantive nature of a change, it will, to some extent, lead to instability and the associated negative effects. Moreover, in many sample cases of change, it will not be possible to answer unambiguously whether change is to be evaluated positively or negatively. This is especially true if a change in electoral law is evaluated differently by political parties in a country. Therefore, it seems to me advisable to define the scope without any evaluations by referring to "changes" in electoral law.

Another comment on the wording of the scope of the one-year rule: one could also consider including the one year-rule without any limitation of the scope and, conversely, define cases of amendments in which it should exceptionally not apply. In particular, electoral amendments of a minor, technical nature would then be permissible. However, I am not sure whether it is easier to

formulate what are the change-proof fundamental parts of the electoral law or what are the less change-proof not so important parts.

- 4) What needs to be considered is what exceptions there can or should be to the one year-rule.
- In my opinion, implementation of international recommendations (such as those of the Venice Commission) is not a sufficient reason for an exception to the rule, even though it may argue for less than one year in individual cases. The above applies here: any amendment of the electoral law represents an impairment of the stability of the electoral law. This is true even if the amendment follows an international recommendation.
- As things stand, an amendment at constitutional rank or at a level higher than ordinary law allows for an amendment of the electoral law within one year before elections. It seems more plausible to refer to the requirement of a broad consensus after extensive consultations with all relevant stakeholders. This typically covers changes in constitutional electoral law. It also covers cases in which there is a broad consensus, but a change in electoral law occurs at the level of simple law. In particular, cases are known from practice where a common, cross-party momentum for an electoral law change that has been demanded for a long time occurs rather shortly before the election. In this context, the decisive factor for the exception to the one year-rule is not so much the more formal rank of the change in electoral law as the broad support for a change including the opposition.
- 5) The explanatory report refers several times to the frequent modification of the electoral law, which also limits the stability of the electoral law and can therefore lead to a threat to trust in the elections. In the Venice Commission's practice, we find for many electoral laws that they are amended repeatedly and frequently. Some of these changes are fundamental, some concern only details of the law; some follow international recommendations, but these are not fully adopted. As a result, the electoral laws of some states are a kind of permanent construction site. The consequence of this is that the laws themselves become confusing and often incoherent, and for the electorate (but sometimes also for an expert of the Venice Commission) they are hardly readable let alone understandable. This problematic practice has also already been pointed out in the publication on the occasion of the 10th anniversary of the adoption of the Code of Good Practice. Against this background, I would suggest to consider this aspect of the stability of the electoral law should also be included in the Code itself (and not only in the explanatory report).
- 6) I would like to make one more comment on the paragraphs of the explanatory report. The motives for anchoring the principle of the stability of electoral law – quite rightly – focus on the credibility of the electoral process and thus take the voters' perspective into account. However, the stability of electoral law is also important for election management bodies. They must be able to conduct the coming elections administratively in accordance with the amended regulations. Extensive preparations may be necessary for this, and staff training must be provided. In many countries, it is also the election management bodies that must issue by-laws to implement the electoral code. Accordingly, the explanatory report should also mention the purpose of electoral stability, namely to ensure the functioning of the electoral administration.

This aspect is related to the question of whether the introduction of new technologies for the electoral process should constitute an exception to the one-year rule. Even if new technologies can facilitate the electoral process or help combat corruption in elections, their introduction by the electoral authorities requires adequate preparations. In addition, voters must be informed accordingly. It therefore seems to me fundamentally inappropriate to provide for an exception to the one-year rule precisely for these changes in electoral law.