

María Vicenta García Soriano

PROFESORA AYUDANTE DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA-ESTUDI GENERAL

# LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVA ELECTORAL

## SUMARIO

- I EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVA ELECTORAL.
- II NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.
- III LA UTILIZACIÓN DE LOS INSTITUTOS DE CONTROL DIRECTO. 1) EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 1.1) *La virtualidad de su utilización por los distintos legitimados.* 1.2) *La doctrina constitucional contenida en las SSTC 40/1981, 154/1988, 28/1991, 45/1992.* 1.3) *Efectos de las sentencias.* 2) LA UTILIZACIÓN DEL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU RESOLUCIÓN MEDIANTE LAS SSTC 132/1983 Y 72/1984. 3) EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES MEDIANTE LA DECLARACIÓN 1-7-1992: LA CONDICIÓN DE CIUDADANO Y EL DERECHO DE SUFRAGIO.
- IV LA UTILIZACIÓN DE LOS INSTITUTOS DE CONTROL INDIRECTO. 1) LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD UN SÓLO EJEMPLO, LA STC 19/1991 QUE VUELVE A TRATAR DEL TEMA DE LAS INCOMPATIBILIDADES-LA «AUTOCUESTIÓN» DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA EN LA STC 103/1996 RESPECTO DE LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL.
- V ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

## I EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVA ELECTORAL

A pesar de que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se producen, sobre todo, como consecuencia de la verificación de la regularidad del proceso electoral y de que, sin duda, en estos se contiene la mayor riqueza doctrinal, nos hemos decantado por analizar aquellos que se originan como consecuencia de la impugnación de la normativa electoral pues juegan un papel en absoluto desdeñable, para la garantía de la Constitución, al fijar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley<sup>1</sup>. Esto es, examinaremos no la incidencia práctica de las

1 De esta opinión, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 135.

2 Obras de interés en la materia son las de C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1984, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, AAVV, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, 1995, I. M. LOJENDIO IRURE, «Antecedentes y normativa de las cuestiones de inconstitucionalidad en el ordenamiento español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 18, 1987, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad» en AAVV *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, 1983. En relación al control de constitucionalidad en derecho comparado puede verse, M. CAPPELLETI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità*

garantías jurisdiccionales que aseguran la regularidad del cauce más emblemático del derecho de participación política, el proceso electoral, sino de la propia regulación del mismo a través del control de la normativa que rige en su ejercicio.

Para ello será imprescindible analizar todas las resoluciones del Alto Tribunal producidas con ocasión del sometimiento al mismo de la legislación estatal y autonómica, y el examen, no sólo la normativa estrictamente electoral, sino también de aquellas otras normas legales que podían contener algunas disposiciones que afectasen al derecho de participación política. Consecuentemente, nos referiremos a las sentencias recaídas con ocasión tanto de procesos de control directo de la constitucionalidad de la ley mediante el recurso de inconstitucionalidad, así como del control indirecto, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, contemplados en la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional (LOTC).

De otro lado, no podemos omitir la incidencia que, en esta materia, ha tenido el desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad. Aunque el infausto procedimiento ya no está vigente, generó dos significativas sentencias: la STC 38/1983 y la STC 72/1984. Asimismo, dedicaremos un apartado a la previsión constitucional, contenida en el art. 95 CE, y desarrollada por el art. 78 LOTC, del instituto de control previo de la constitucionalidad de los Tratados, que debe dictaminar el Tribunal Constitucional a instancia de cualquiera de las dos Cámaras. Además, se da la circunstancia de que, la única vez que la misma se ha aplicado, fue con ocasión de la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea en relación con el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales de los ciudadanos europeos.

Por último, dentro de los procesos de control indirecto de constitucionalidad, no podemos olvidar la utilización por parte del Alto Tribunal del mecanismo contenido en el art. 55.2 LOTC y que se ha denominado *cuestión interna de constitucionalidad* o, con mejor acogida por parte de la doctrina, *autocuestión de inconstitucionalidad*, que fue elevada al Pleno en el proceso constitucional de amparo que dio lugar a la STC 103/1996.

*lità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1978.

3 Es el caso de la STC 19/1991 de 31 de enero que tenía por objeto decidir sobre la constitucionalidad del art. 29.2.f) de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

4 Nos referimos a la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 del 7 de 1992.

## II NATURALEZA DE ESTOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional está considerado como un órgano jurisdiccional por la índole de sus procedimientos<sup>5</sup>, y no creemos que sea el lugar adecuado para retomar la manida cuestión de si la naturaleza de la jurisdicción constitucional es política o jurisdiccional, considerada a estas alturas como puramente ociosa<sup>6</sup>.

No obstante, el control de constitucionalidad, dentro del multifacetismo de la Justicia constitucional, presenta numerosas diferencias con el resto de procedimientos. Por consiguiente, consideramos oportuno apuntar que, sobre la polémica respecto de la naturaleza de la actividad del Tribunal en la realización de una de las funciones consideradas por la mejor doctrina como principal y la que motivó su nacimiento sigue abierta. Todavía algunos autores descartan el carácter materialmente jurisdiccional de la verificación de constitucionalidad de las leyes y sostienen que es estos procesos el Tribunal tienen una función de contenido legislativo. Argumentan que se trata de un control legislativo, en cuanto el órgano encargado del mismo participa de la función legislativa y que, al anular una ley por inconstitucionalidad, se realiza una formulación normativa de alcance general similar a la norma suprimida. Se trataría de una elaboración de leyes de signo negativo al impedir que, tanto en el control preventivo como sucesi-

5 Como observa Rubio Llorente «jurisdicción constitucional», se emplea frecuentemente con diversos sentidos, sólo parcialmente coincidentes. A veces se identifica con jurisdicción protectora de derechos fundamentales, en tanto que otras se restringe hasta reducirlo a aquella jurisdicción que puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes. Nosotros, como él, lo utilizamos en sentido lato o funcional, entendiéndolo por tal la actuación total del Tribunal Constitucional al que, por la fuerza de las cosas, se le atribuyen otras competencias como la resolución de la constitucionalidad de las leyes y el amparo electoral. Ver F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, pp. 573 y 574.

6 En este sentido se itera una reciente publicación de F. RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, p. 155. Incluso en el caso de la Declaración de 1-7-1992, el Tribunal afirmó categóricamente que al responder a la consulta no perdía su condición de órgano jurisdiccional, y a pesar de que a esta resolución no podía denominarse sentencia porque no pone fin a un litigio, produce los efectos propios de la cosa juzgada.

7 Al respecto del control de constitucionalidad de la ley ver J. JIMÉNEZ CAMPO, «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en AAVV, *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992, pp. 16 y ss.

8 En este sentido, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, consultada la ed. Madrid, 1973, p. 562 y ss.

9 F. SANTAOLAYA LÓPEZ, «Naturaleza...», *op. cit.* p. 145, que trae a colación las afirmaciones realizadas por H. KELSEN en «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)», *Revue de Droit Public de la Science Politique*, tomo XIV, París, 1928.

vo, una norma se comporte como tal<sup>10</sup>. Con todo, los que sostienen la naturaleza materialmente legislativa de la verificación de constitucionalidad de las leyes, reconocen la existencia de elementos formalmente jurisdiccionales como la resolución a través de una sentencia.

Por nuestra parte consideramos que no es éste el lugar para reproducir el debate pues hemos querido decantarnos por un estudio que se adentre en el funcionamiento efectivo de estos institutos (sin inmiscuirnos en la construcción dogmática), con la intención de propiciar una reflexión sobre la incidencia de los mismos (evidenciada por la práctica jurisdiccional) sobre los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 CE. Sin embargo, no podemos obviar que su utilización, la mayoría de las veces, ha tenido una función política.

Pero antes de adelantar conclusiones, veamos ahora cuál ha sido, sobre la experiencia de la que disponemos hasta el momento, la incidencia de los procesos de control de constitucionalidad atendiendo a quiénes, de entre los legitimados, han utilizado el recurso, qué órganos jurisdiccionales han planteado la cuestión de inconstitucionalidad, cuáles han sido los pronunciamientos del Tribunal, y la repercusión legislativa de los mismos<sup>11</sup>.

### III LA UTILIZACIÓN DE LOS INSTITUTOS DE CONTROL DIRECTO

#### 1. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Se ha definido como el cauce procesal encaminado al control objetivo de la constitucionalidad de la ley que conforma una garantía dirigida a ofrecer protección frente a aquellas normas que

<sup>10</sup> En este sentido, C. SCHMITT, «La defensa...» *op. cit.* p. 89 y ss.

<sup>11</sup> F. SANTAOLAYA LÓ PEZ, «Naturaleza...» *op. cit.* p. 155.

<sup>12</sup> Modestamente, intentamos, en relación a la materia electoral, llevar a cabo las sugerencias realizadas por J. JIMÉNEZ CAMPO «El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», en *Estudios...* *op. cit.* p. 64, de realizar un estudio empírico.

vulneren, o afecten, limitándolo, el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>13</sup>

Si atendemos a lo predicado por el art. 53.1 de la *Norma Normarum*; en él se establece que los derechos fundamentales se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.a) de la misma, aparentemente, se previene un mecanismo de tutela específico para los derechos fundamentales. Sin embargo, en rigor, estamos ante una garantía aplicable a cualquier ley o disposición con fuerza de ley y no únicamente a las que regulen los derechos fundamentales. Nos encontramos, pues, ante una de las denominadas *garantías genéricas* en cuanto su objeto consiste en efectuar un control abstracto de las normas.

Por otra parte, las leyes se configuran como el resultado de un acuerdo político entre mayorías y minorías parlamentarias y el recurso de inconstitucionalidad, que en principio constituye la garantía de la supremacía de la Constitución, queda en realidad, subordinado, asimismo, a la existencia de acuerdo político. Como acertadamente se ha puesto de relieve, si éste se da, aun que una ley tenga visos de ser inconstitucional, no habrá peligro de que la misma se impugne ante el Alto Tribunal en el plazo previsto para su interposición<sup>14</sup>.

Si el plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de tres meses, la norma que los sobrepase sin haber sido recurrida ya no puede ser objeto de control por acción directa de inconstitucionalidad, al haberse perdido la oportunidad de hacerlo. La importancia del plazo radica en que, la limitación impuesta por éste, se considera coherente con el origen político de dicho recurso en el sentido de que el debate político debe tener un término cierto<sup>15</sup>. Una vez finalizado, se abre paso al instrumento que asegura la depuración continua del ordenamiento: la cuestión de inconstitucionalidad.

13 Aunque existe abundante bibliografía al respecto nos han resultado de gran utilidad las obras de AAVV *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992, AAVV. *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1994, J. AROZAMENA SIERRA «El recurso de inconstitucionalidad», en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981, F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, A. J. GÓ MEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO, J. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 1997, A. GARCÍA MARTÍNEZ, *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Madrid, 1992, F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO *Estudios...* op. cit. p. 8, F. SANTAOLAYA LÓ PEZ, «Naturaleza...» op. cit. pp. 117-157.  
14 M. A. GARCÍA MARTÍNEZ, *El recurso de inconstitucionalidad...*, op. cit. p. 134.  
15 Límite impuesto no ex *constitutionem* sino por el art. 33 LOTC.  
16 J. JIMÉNEZ CAMPO, «El control ...» op. cit. p. 69.

Dentro de estos tres meses posteriores a la publicación de la normativa que afecta al derecho de sufragio sólo se han planteado cuatro recursos de inconstitucionalidad. Han sido con ello cuestionados algunos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/1981 de 18 de marzo, sobre designación de Senadores representantes de Euskad<sup>17</sup>, la Ley 28/1983 de 25 de noviembre de Elecciones al Parlamento Vasco<sup>18</sup>, la LO 1/1987 de 2 de abril de modificación de la LO 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General<sup>19</sup>, y la Ley 8/1986 de 26 de noviembre reguladora del Régimen Electoral para la Comunidad de las Islas Baleares<sup>20</sup>. No cabe duda que todos ellos vinieron a prolongar, vía constitucional, controversias de origen político.

#### 1.1. LA VIRTUALIDAD DE SU UTILIZACIÓN POR LOS DISTINTOS LEGITIMADOS

En la regulación de este instituto se ha querido dar un carácter institucional a la legitimación activa, vinculada a órganos o fracciones de órganos concretos, por ello todos los sujetos legitimados tienen naturaleza *política*<sup>23</sup>, de modo que tanto los litigantes como el Tribunal son poderes públicos. Ello implica que el órgano legitimado tiene un cometido constitucional, integrándose esta facultad en el conjunto de competencias que le corresponden.

Así, en los casos anteriormente citados, el Presidente del Gobierno ha recurrido la Ley 4/1981 de 18 de marzo (STC 40/1981) y Ley 28/1983 de 25 de noviembre (STC 154/1988), ambas del Parlamento Vasco, respondiendo a la lógica de que los recursos planteados por éste lo sean contra leyes autonómicas y operando, en principio, criterios de oportunidad política. Ambos se plantearon frente a leyes autonómicas, convirtiéndose en los llamados recursos *conflictuales*<sup>24</sup> que, además de propiciar la constitucionalidad de la ley, buscarían dotar al Gobierno de un instrumento de control no ya sobre la ley sino sobre el legislador autonómico cuyas determinacio

17 Capítulo aparte son los recursos previos de inconstitucionalidad.

18 Publicada en el BOPV, núm.17, de 12 de mayo de 1981, y recurrida el 15 de julio de 1981 por el recurso 208/1981. Resuelto por la STC 40/1981.

19 Publicada en el BOPV y recurrida el 10 de marzo de 1984, mediante el recurso 162/1984. Resuelto por la STC 154/1988.

20 Publicada en el BOE, núm. 80, de 3 de abril de 1987 y recurrida el 22 de junio de 1987, mediante el recurso 852/1987. Resuelto por la STC 28/1991.

21 Publicada en el BOB, núm. 40, el 20 de diciembre de 1986, y recurrida por el recurso 365/1987 de 20 de marzo. Resuelto por la STC 45/1992.

22 Art. 162.1.a) CE y el art. 32 LOTC prevén que están legitimados, tanto órganos unipersonales (Presidente del Gobierno y Defensor del Pueblo), como colegiados (50 Diputados, 50 Senadores, y los órganos ejecutivos colegiados y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) casos en el que se necesitará acuerdo adoptado al efecto. Ver M. A. GARCÍA MARTÍNEZ *El recurso...*, op. cit. p. 152.

23 AAVV, Jurisdicción...o. cit. p. 38.

24 Ver F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, op. cit. p. 584 respecto a la utilización de esta denominación.

nes pueden quedar en suspenso durante cinco meses<sup>25</sup>. De este modo han funcionado como una pieza más *del sistema de equilibrios institucionales de nuestro Estado Autónimo*<sup>26</sup>.

En cuanto a la legitimación de las Comunidades Autónomas<sup>27</sup>, tiene su razón de ser en el mismo concepto de autonomía reconocido en la Constitución. Pero el ámbito de sus posibilidades está notablemente restringido: sólo podrán recurrir las normas que puedan afectar a su ámbito de autonomía. Asimismo, las normas susceptibles de ser impugnadas se circunscriben a las estatales, de modo que una Comunidad no puede recurrir por inconstitucionalidad las de otra, aunque le pudieran afectar en su ámbito de autonomía<sup>28</sup>. En una sola ocasión han planteado un recurso: el interpuesto por el Parlamento Vasco, contra la LO 1/1987 de 2 de abril, al entender que la norma estatal podía afectar a la autonomía de dicha Comunidad.

Por último, y en virtud de las previsiones contenidas en la LOTC, 56 Diputados, que actuaron representados por un comisionado nombrado al efecto, plantearon un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1986 de Régimen Electoral de las I.Baleares. En este caso, como en aquellos en que este recurso es promovido por parlamentarios legitimados, se trataba de una minoría parlamentaria que hizo uso de este medio de impugnación cuando no se consiguió acuerdo entre mayorías y minorías sobre la regulación de una determinada materia: los escaños atribuidos en una determinada circunscripción electoral<sup>29</sup>. Sorprendentemente, en este supuesto, al contrario de lo que suele ser habitual, la disposición conflictiva no se localiza en una ley estatal sino en una Ley autonómica.

Vemos pues que, de todos los órganos legitimados, no han hecho uso de la facultad que les confiere la LOTC ni los 50 Senadores, ni el Defensor del Pueblo. Este último, cuya legitimación se configura como la menos política dentro de la articulación del art. 32 LOTC se caracteriza por su escasa actividad hasta la fecha por lo que no resulta de extraño, pero sí censurable, que no haya intervenido ni una sola vez en la materia analizada.

25 Sólo en el caso de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno frente a leyes autonómicas su interposición puede tener efectos suspensivos de la aplicación de la disposición de la ley impugnada en opinión de J. JIMÉNEZ CAMPO, «El control...» *op. cit.* p. 68 y ss.

Este importante efecto suspensivo atribuido al recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno cambia sino su naturaleza, sí su función. Solo en el primer caso, invocando el art. 161.2 CE en relación con lo dispuesto en el art. 30 LOTC se pidió la suspensión.

26 *Ibidem*, p. 72.

Como observa M. A. GARCÍA MARTÍNEZ, «El recurso...» *op. cit.* p. 152, los recursos que se han planteado por el Presidente del Gobierno siempre lo han sido contra leyes autonómicas.

27 La legitimación sólo la tendrán los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas Legislativas.

28 Puede verse un análisis detallado en M. A. GARCÍA MARTÍNEZ *El recurso... op. cit.* pp. 155 y ss.

29 *Ibidem*, p. 154.

1.2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN LAS SSTC 40/1981, 154/1988, 28/1991 Y 45/1992

La intervención del Tribunal ha dado lugar, en todas las resoluciones a que nos vamos a referir, a una doctrina que luego ha tenido gran trascendencia sobre la materia electoral, especialmente por lo que se refiere al derecho de sufragio pasivo. Por ello, y como han sido pocas las sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad, las examinaremos todas; aunque, para no resultar excesivamente farragosos, nos circunscribiremos a aquellos aspectos que puedan ofrecer mayor interés.

a) *La exigencia a los Senadores de una determinada condición política*

En el caso resuelto por la STC 40/1981, se recurrió una ley del Parlamento Vasco, la Ley 4/1981, en que se regulaban las condiciones de elegibilidad y duración del mandato de los Senadores representantes de dicha Comunidad Autónoma. Se adujo, por parte de los recurrentes, la posible infracción de los arts. 69.5 y 70.1 CE ocasionada por los requisitos establecidos en la misma para la designación de Senadores por la Asamblea Legislativa del País Vasco. En primer lugar, al respecto de la problemática exigencia de la *condición política de vascos* que los mismos deben ostentar, el Tribunal considera que siendo el Senado una Cámara de representación territorial, integrada tanto por miembros directamente elegidos por el Cuerpo Electoral como por otros designados por las CCAA, el citado requisito podía ser perfectamente aceptable por cuanto no era una exigencia discriminatoria y podía, por consiguiente, adicionarse a las situaciones previstas por el art.70.1 CE como causa de incompatibilidad específica.

b) *Qué debe entenderse por una adecuada representación proporcional*

De otro lado, con respecto a la *adecuada representación proporcional* que deben asegurar los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas cuando su Asamblea Legislativa designen los Senadores, y que viene recogida en el art. 28.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, el Alto Tribunal estimó que la dificultad de alcanzarla de suyo se incrementaba todavía más cuando los puestos a cubrir eran escasos. Por consiguiente, aunque el sistema previsto en la Ley 4/1981 no



fuese estrictamente proporcional, no por ello resultaría inconstitucional en relación a las exigencias contenidas en el art. 69.5 CE, pues, a pesar de todo, permitía la representación de otros grupos políticos distintos al mayoritario.

c) *La vinculación del mandato senatorial a la legislatura autonómica*

La última cuestión sobre la que, en la precitada sentencia, tuvo que pronunciarse el Tribunal afectaba a la previsión contenida en el art. 6 de la Ley 4/1981 que establecía la duración del mandato de los Senadores en cuatro años, disponiendo que su mandato terminaba cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara, sin efectuar distinción alguna entre las dos clases de Senadores. En el caso de la Ley vasca se vinculaba el mandato senatorial con la legislatura de la Asamblea autonómica, opción sobre cuya idoneidad opina el Tribunal que no debería pronunciarse a pesar de que, la misma, no se hubiese contemplado en el Estatuto (no obstante lo dispuesto en el art. 69.6 CE) sino en una Ley. Con todo, el Juez de la constitucionalidad considera tal vinculación plenamente admisible, por lo que, en virtud de lo dispuesto en dicho precepto, acabado el mandato del Senado antes de acabar el del Parlamento Vasco, éste deberá comprometerse a seguir representado por los Senadores anteriormente designados.

d) *La conexión entre el derecho de sufragio y la inscripción censal y sus consecuencias*

En el recurso que dio lugar a la STC 144/1988, el Presidente de Gobierno impugnó ciertos artículos de la Ley 28/1983 del Parlamento Vasco. La pretensión de inconstitucionalidad vino a controvertir la conformidad con las disposiciones contenidas en el art. 149.1.1, 8 y 34 de la Constitución de algunos preceptos de aquélla, relativos al Censo electoral.

30 Al respecto puede verse el comentario de J. DÍAZ DELGADO «Censo electoral. Ley electoral vasca» *Revista General de Derecho*, núm. 537, 1989, pp. 3641-3652.

Antes de referirse a la cuestión controvertida, nos parece relevante la advertencia del Tribunal, en el F.J. 1, de que los recursos de inconstitucionalidad — a diferencia de los conflictos de competencias— no tienen como función institucional definir en abstracto el modo de ajuste entre las competencias estatales y autonómicas, sino la de enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones legales impugnadas. Aun cuando tal enjuiciamiento deba llevarse a cabo partiendo de normas que tienen contenido competencial.

Por lo que se refiere a las disposiciones impugnadas, el recurrente mantenía que la Comunidad Autónoma del País Vasco no ostentaba competencias en relación al Censo Electoral. Argumentaba que el art. 10.3 del Estatuto no contenía referencia alguna a dicho aspecto ni podía considerarse que el mismo estuviese incluido en la regulación de la elección de los miembros del Parlamento Vasco que había de contener la Ley Electoral cuyo objeto eran los aspectos procedimentales y organizativos, pues el Censo no tiene tal naturaleza.

Ante todo, el Tribunal puso de manifiesto que el Censo, como instrumento administrativo esencial para el procedimiento electoral, puede adscribirse al ámbito sustantivo de toda *legislación electoral*. Por otro lado, resulta indudable la existencia de una conexión inescindible entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, la inclusión en dichas listas constituye un requisito indispensable para su ejercicio. Si bien es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta — la inscripción censal es de naturaleza declarativa y no constitutiva de la titularidad del voto—, no existe, sin embargo, un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, el cual comprende el de ser inscrito en el Censo. Con esta consideración resulta congruente, para el Tribunal, la protección que en la LO 5/1985 (LOREG) se dispensa ex art. 38.5, y la posibilidad de interponer un recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas.

Si el Censo constituye un instrumento indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio, cada Comunidad Autónoma, al ejercer su competencia en materia electoral, ha de tener presen

tes las normas estatales del desarrollo del derecho reconocido en el art. 23 CE, y las que regulen las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio, en relación con lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE. Dichas normas estatales se contienen, exclusivamente, en la LOREG que regula todo lo referente al Censo electoral en el Capítulo Cuarto del Título I.

Por otro lado, la LOREG entró en vigor con posterioridad a la Ley controvertida por lo que la modificación del marco normativo estatal conllevó efectos trascendentes en relación a esta Ley autonómica. A partir de su entrada en vigor, la LOREG deviene en parámetro de constitucionalidad de los preceptos controvertidos, según el tenor literal de los cuales *corresponde al Gobierno Vasco, a través de la Dirección de Estadística, elaborar y tener al día el Censo Electoral*. A la vista de todo ello, el Tribunal declaró la incompatibilidad de las disposiciones de la LOREG y las autonómicas, pues, la formación del Censo corresponde en exclusiva a un órgano de la Administración del Estado. De ahí la inconstitucionalidad del art. 13.1. de la Ley 28/1983. Al desconocer la unidad del Censo y propiciar la desconexión entre dicho Censo y el utilizable en las elecciones autonómicas, ya que no resultaba conciliable con el art. 149.1.1 CE que el requisito de inscripción censal pudiera ser diversamente reconocido, respecto a un mismo elector, para unas y otras elecciones.

Por último, teniendo en cuenta que la configuración de la Administración Electoral relativa a cualquier proceso electoral ha de responder a un esquema de integración personal, de determinación competencial y de funcionamiento orgánico de cada tipo de Junta en ella incluida, el Tribunal advierte que esta configuración uniforme, en lo sustancial, de los órganos de la Administración Electoral, forma parte del ámbito de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas cuyo establecimiento corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.18 CE. Consecuentemente, también resultaron inconstitucionales las disposiciones que atribuían a las Junta Electoral de Comunidad Autónoma, de Territorio Histórico y de Zona competencias sobre el Censo por contravenir lo dispuesto en la LOREG, que atribuye tales competencias a la Oficina del Censo Electoral.

e) *La posibilidad de establecer nuevas incompatibilidades parlamentarias*

En el recurso promovido por la Asamblea Legislativa del País Vasco, que dio lugar a la STC 28/1991, se cuestionaba la constitucionalidad de dos preceptos de la Ley Electoral añadidos

por la LO 1/1987: el art. 211.2.d) LOREG que predica que la condición de parlamentario europeo resulta incompatible con la de miembro de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, y el art. 214 LOREG, según el cual, la circunscripción para la elección de Diputados al Parlamento Europeo es el territorio nacional.

El recurrente fundamentó la inconstitucionalidad del primer precepto en su contradicción con el art. 5 del Acta relativa a la elección al Parlamento Europeo adoptada por el Consejo Europeo el 20 de septiembre de 1976, contradicción que supondría, a su juicio, una vulneración de los arts. 93, 96.1 y 9.1 CE, así como del art. 14 CE. Respecto del segundo no desarrolló argumento propio alguno.

Para el Tribunal, resulta evidente que el art. 211.1.d) LOREG influye claramente en la situación jurídica de los miembros del Parlamento Vasco, a los que se impone con ello una limitación adicional, distinta de la ya arbitrada por el constituyente sobre la no acumulación de actas, en el art. 67.1 CE. Dicha limitación puede incidir, incluso, en la composición misma de la Asamblea autonómica toda vez que el art. 211.3 LOREG determina que la incompatibilidad *resuelve a favor de la condición parlamentaria adquirida en último término*.

Para poder efectuar el contraste suscitado, el Tribunal tenía que dilucidar si el art. 5 del Acta Electoral Europea es norma que integre el *corpus* constitucional aplicable en virtud de lo dispuesto en los arts. 93 y 96.1 CE en relación a la vinculación de España al Derecho de las Comunidades Europeas. El Juez constitucional determinó que dicha vinculación no dotaba a las normas de Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, por lo que una eventual disconformidad de la legislación nacional con aquél no afectaba a los citados preceptos constitucionales y, por tanto, no podía fundamentar un recurso de inconstitucionalidad y no debía ser resuelto por el Alto Tribunal.

En cuanto a la posible vulneración del art. 14 CE por el cuestionado art. 211.2.d) LOREG, el Tribunal sostiene que en el mismo se otorga igualdad de trato a los parlamentarios nacionales y autonómicos pues la incompatibilidad afecta a todos los Diputados, a los autonómicos pero también a Diputados y Senadores de las Cortes Generales. Con todo, reconoce que la conclusión alcanzada no impedía el uso de los medios de defensa judicial legalmente configurados para alzarse contra la pretendida antinomia por parte de los candidatos afectados por la incompatibilidad, siendo los órganos judiciales ordinarios quienes, en los procesos correspondientes,

habían de pronunciarse sobre la contradicción como paso previo a la aplicación del art.211.2.d) LOREG, a cuyo fin están facultados para pedir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177 del Tratado, una declaración interpretativa acerca del art. 5 del Acta Electoral.

En este caso, el recurrente pretendía que fuese el Alto Tribunal el que, utilizando el procedimiento previsto en el art. 177 del Tratado se dirigiera al Tribunal de Justicia, lo que fue rechazado por por cuanto *la ratio dicendi del pronunciamiento desestimatorio del recurso no guarda relación alguna con la norma comunitaria europea que el órgano parlamentario ha invocado para que enjuicemos la validez constitucional del precepto impugnado (...) pues el problema de esa acomodación no es un problema constitucional y el Derecho Comunitario tiene sus propios órganos de garantía.*

f) *La determinación de la circunscripción en las elecciones al Parlamento Europeo*

Finalmente, por su importancia, nos referiremos a la interpretación realizada por el Tribunal en relación la configuración del territorio nacional como circunscripción única en las elecciones al Parlamento Europeo. Este la considera una opción tan lícita constitucionalmente como pueda serlo la del territorio de las diferentes Comunidades Autónomas sin que, la segunda opción, haya de ser necesariamente adoptada por exigencias de la estructura autonómica del Estado reconocida en el art. 2 CE. Por tanto, y aunque nada impediría que, en el futuro, el legislador estatal pudiera disponer la organización territorial del Cuerpo Electoral en los comicios europeos atendiendo al diseño autonómico, ello no sería algo constitucionalmente obligado.

g) *A vueltas con la proporcionalidad, en relación a la atribución de escaños*

El último de los recursos, el resuelto por la STC 45/1992, fue promovido por un grupo de Diputados contra el art. 12.2 de la Ley 8/1986 reguladora del Régimen Electoral para la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares por un doble motivo: atribuir un único escaño a la circunscripción insular de Formentera, lo que a juicio de los recurrentes supondría un sistema mayoritario contrario al art. 20.1 EAIB, que reproduce las exigencias constitucionales contenidas en el art.152.1 CE, de un sistema proporcional para las elecciones a las Asambleas de Legislati

vas de las Comunidades Autónomas y por otorgar 12 escaños a Ibiza y 13 a Mallorca, a pesar de que esta última cuente con mayor población, lo que vulneraría, a su juicio, el art. 14 CE en relación con el 23.2 CE.

Se reproduce aquí el problema de las exigencias constitucionales y estatutarias de proporcionalidad que motivaron el recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 40/1981, en el sentido de que la proporcionalidad es más bien una orientación o criterio tendencial. Por ello, su puesta en práctica quedará modulada, o corregida, por múltiples factores el sistema electoral, no pudiendo excluirse la eventualidad de que el legislador autonómico, en uso de su libertad de configurar la normativa introduzca correcciones al principio de proporcionalidad, siempre que se funde en objetivos legítimos y no cause discriminaciones<sup>31</sup>.

Consiguientemente, el hecho de que se atiende a circunstancias específicas, como pueda ser la condición insular de Formentera, y se otorgue una representación específica propia a una determinada población no ha de infringir, necesariamente, el citado mandato constitucional. Tampoco resulta inconstitucional que en una circunscripción sólo obtenga representación una fuerza política; ni la *desproporcionalidad* del número de escaños atribuidos a la Isla de Menorca sobre la de Ibiza en virtud de que compete al legislador determinar el número de escaños de cada circunscripción y no se han aportado pruebas de que la población de Menorca sea significativamente menor que la de Ibiza.

Hasta aquí los principales aspectos sobre los que el Alto Tribunal sentó la doctrina que iba a seguirse, sin cambios relevantes, a partir de ese momento.

### 1.3. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS<sup>33</sup>

Tres de los cuatro recursos fueron desestimados, y sólo la STC 154/1988, que estimó parcialmente el recurso, declaró nulos los preceptos inconstitucionales afectados. Como es sabido, en la práctica no toda declaración de inconstitucionalidad va seguida de una declaración de nulidad, a pesar de tenor literal del art. 39.1 LOTC. Sin embargo, se deja a salvo de la eficacia del fallo

<sup>31</sup> En este sentido, la STC 75/1985.

<sup>32</sup> STC 193/1989.

<sup>33</sup> Sólo en uno de los recursos se solicitó la suspensión de la norma controvertida, por lo que ante esta sospecha de inconstitucionalidad, y más, en una materia de la importancia de la que estamos tratando, resulta necesario que se cumplan rigurosamente los plazos previstos para la resolución

anulatorio las situaciones definitivamente resueltas, a pesar de que, en algunas ocasiones, el Tribunal ha establecido la remoción de las situaciones jurídicas anteriores al fallo, actuación que en este caso carecería de sentido.

En vista de las resoluciones del Tribunal, sería posible el replanteamiento, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, de lo que ha sido objeto de desestimación de estos recursos y, si se diese el caso, cabría la eventualidad de un pronunciamiento distinto. Sin embargo, hasta hoy, no se ha planteado ninguna sobre las mismas normas.

## 2. LA UTILIZACIÓN DEL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU RESOLUCIÓN MEDIANTE LA STC 132/1983 Y LA STC 72/1984

La LO 2/1979 del Tribunal Constitucional extendió a las llamadas leyes orgánicas (art. 81.1 CE), entre las que se encuentra la referida a la regulación del Régimen Electoral General, un procedimiento de control previo de constitucionalidad, análogo al previsto en la actualidad para los Tratados Internacionales<sup>34</sup>. Aunque la desafortunada experiencia política constitucional motivó pronto su supresión, fueron dos los recursos previos los que se interpusieron en relación a la normativa electoral. Veamos los aspectos controvertidos.

del mismo. El art. 34.2 LOTC dispone que transcurrido el plazo de personación y formulación de alegaciones para lo que se dispone de quince días, *el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días*, que podrá ser ampliado a un máximo de treinta. Como se ha observado, esta disposición resulta sistemáticamente incumplida.

Si nos atenemos a los recursos de inconstitucionalidad analizados, vemos que en el caso del recurso 208/1981 promovido el 15 de julio de 1981, el 22 de septiembre el Tribunal acordó tener por presentados los escritos de alegaciones y señalar para la deliberación del recurso el 5 de noviembre, pero, el 18 de dicho mes, teniendo en consideración la complejidad de las cuestiones planteadas en el recurso, acordó ampliar el plazo para dictar sentencia hasta el máximo permitido por el art. 34.2 LOTC, dictando sentencia el 18 de diciembre de 1981.

En el recurso 162/1984, presentado el 10 de marzo, se formularon las alegaciones con fecha de 9 de abril de 1984 y por providencia de 18 de julio de 1988 se señaló el día 21 siguiente para la deliberación y votación de la sentencia, como así se hizo en efecto. En el recurso de inconstitucionalidad 852/1987, presentado el 22 de junio, se evacuó el trámite de alegaciones y mediante providencia de fecha 12 de febrero de 1991, se señaló el día 14 para deliberación y votación de la sentencia. Finalmente, el recurso 365/1987, fue presentado el 20 de marzo. Tras solicitar prórroga, se presentó escrito de alegaciones el 16 de mayo de 1987, y por providencia de 31 de marzo de 1992 se señaló para deliberación y votación del presente recurso el 2 de abril siguiente.

Vemos que, en ningún caso se han cumplido las previsiones de la LOTC, tardándose en el último caso casi cinco años en dictar sentencia con la consiguiente inseguridad jurídica que ello pudo generar.

<sup>34</sup> Ver al respecto de la necesidad de que la materia electoral se regule mediante este tipo de leyes, J. M. VALLES, «Derecho electoral y ley orgánica. Comentario al art. 81.1 de la Constitución de 1978», en *Revista de Derecho Político*, núm.18-19, 1983.

En la práctica, dicha previsión se utilizó como una especie de veto suspensivo a disposición de la minoría parlamentaria, y que fue suprimido por la LO 4/1985, aprobada por las Cortes el 6 de diciembre de 1984, aunque no entró en vigor hasta 1985 porque contra la misma se interpuso un recurso previo de inconstitucionalidad.

A) *El concepto de «régimen electoral general»*

En el recurso previo de inconstitucionalidad 132/1983 promovido por 55 Diputados, que de signaron un comisionado, resuelto por la STC 38/1983, se fue en contra del texto definitivo del Proyecto de LO por el que se modificaban determinados artículos de la Ley 39/1978 de Elecciones Locales al entender que vulneraban los arts. 141 y 81 CE en razón de que tenía carácter de Ley orgánica siendo que, a su juicio, le correspondía el de Ley ordinaria.

La doctrina más significativa que podemos encontrar en dicha sentencia se resume en la elaboración del concepto de *régimen electoral general*<sup>35</sup>, a que alude el art. 81.1 CE. El tribunal determinó que esta expresión no puede considerarse de idéntico significado a la *elecciones generales*, ya que el adjetivo *general* se refiere al régimen y no a las elecciones. Por consiguiente, se reservará a una Ley Orgánica el *régimen electoral general*, que regulará tanto las elecciones que tienen en los arts. 67 a 70 CE sus líneas constitucionales, como las que las tienen en el art. 140 CE. De este modo, la ley controvertida resultó perfectamente constitucional pues regulaba una de las materias reservadas a las leyes orgánicas. Con estos razonamientos, también decae el segundo motivo por el que se pretendía la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica.

Recordamos que, frente a ese régimen general, cabe la posibilidad de establecer diversos regímenes electorales especiales y particulares. Es es caso anteriormente analizado de la elección de Senadores por las respectivas Comunidades Autónomas, que quedó deferido a sus estatutos, como así se expresó el Alto Tribunal en la citada STC 40/1981.

B) *La distribución de diputados provinciales*

De otro lado, y en relación con la asignación de los Diputados Provinciales a los Partidos Judiciales, y la distribución de los restantes en función de su población, los recurrentes denunciaron el incremento del número de Diputados a asignar a los Partidos Judiciales de la capitalidad de la provincia, mermándose el número de los restantes, lo que, a su juicio, vulneraría los preceptos contenidos en los arts. 137 y 140 CE, además del 141.1. CE.

35 Ver las críticas formuladas por el profesoM. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Participación política, autonomías y ley electoral.La ley electoral valenciana», en *CORTS. ANUARIO DE DERECHO PARLAMENTARIO*, nº 2, 1996, pp. 24 y ss.



El Tribunal considera que la Constitución nada dice acerca de la distribución de Diputados Provinciales entre los Partidos Judiciales y, ante la realidad de una distribución irregular de la población, así como ante la necesidad de no menospreciar las exigencias de los menores numéricamente, coonestándola con la presencia constante de problemas de índole provincial general, en cuya resolución no pueden primar criterios estrictamente aritméticos, el legislador puede disponer de una variada gama de soluciones. Estas, como la arbitrada en la norma recurrida, serán perfectamente constitucionales siempre que no se desnaturalice alguna institución garantizada por la Norma Fundamental ni vulnere derechos o principios de igual modo protegidos.

C) *La «regulación» de las incompatibilidades e inelegibilidades sólo podrá hacerse en la «Ley electoral»*

En cuanto a la STC 72/1984 que declaró inconstitucional el Proyecto de Ley Orgánica sobre incompatibilidades de Diputados y Senadores por infringir el art. 70.1 CE, tuvo su origen en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 683/1983, presentado por D.L. F. M. y 52 Senadores más<sup>36</sup>.

Las cuestiones relativas a las incompatibilidades de Diputados y Senadores es una de las que más procedimientos de declaración de inconstitucionalidad han suscitado. En esta ocasión, el Tribunal se manifiesta en relación a la reserva en favor de la Ley Electoral para regular las incompatibilidades e inelegibilidades de Diputados y Senadores. El Tribunal reconoce que, efectivamente, el art. 70 CE contiene una reserva en favor de dicha Ley para regular las causas de incompatibilidad. Con ello, la Constitución opta por establecer, en primer lugar, un elenco de causas fijo y, en segundo, remitir las restantes a la obra del legislador pero no mediante cualquier ley orgánica, sino a través de la Ley Electoral, limitando, en dos sentidos, el margen del legislador.

<sup>36</sup> También para J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Sobre la jurisprudencia...»p. cit. p. 134, esta sentencia tiene especial interés por la doctrina relativa a la reserva de Ley orgánica en materia electoral.

Pero, ¿qué debe entenderse por Ley Electoral?. Ante la indefinición del momento, el Tribunal se manifestó en el sentido de que *para que merezca la calificación de electoral, es necesario que contenga, por lo menos, el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quienes pueden elegir, a quienes se puede elegir y bajo que condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial.*

Cabría la posibilidad de que esta Ley Electoral, en abstracto, pudiera aprobarse por partes o que se modificara por partes, pero esa posibilidad no era sostenible en la coyuntura histórica del inicio del desarrollo de la Constitución. Confeccionarla parcialmente significaba modificar sólo parcialmente, a través de una ley orgánica, el RDL 20/1977. De otro lado, y dado que la Constitución no establece lo contrario corresponde a la oportunidad política decidir si la legislación se hace por partes o de una sola vez; sin embargo, no podrá hacerse en aquellos casos, como el presente, en que la Constitución establece la unidad de legislación para una determinada materia sin perjuicio de que, una vez establecida ésta, pueda modificarse parcialmente.

Sentada la anterior doctrina, y teniendo en cuenta que el art. 70 CE remite a la Ley Electoral la determinación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, el que las mismas se pretendiesen regular en una ley distinta a la Electoral, vulneraba sin duda el art. 70.1 CE.

### 3. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES MEDIANTE LA DECLARACIÓN 1-7-1992: LA CONDICIÓN DE CIUDADANO Y EL DERECHO DE SUFRAGIO

El art. 95.2 CE faculta al Gobierno, al Congreso de los Diputados o al Senado para requerir al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones de un Tratado internacional, con carácter previo a su integración en el ordenamiento español<sup>7</sup>. Si se declara la contradicción, el Tratado sólo podrá ser suscrita por España cuando se lleve a cabo una reforma la Constitución.

<sup>37</sup> El art. 78 LOTC prevé el procedimiento a seguir.

Hasta el presente, esta institución sólo ha sido utilizada con ocasión de la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea para someter al juicio del Tribunal el art. 8.B del mismo, modificado por el art. G del Tratado de la Unión, debido a la existencia de una, en principio aparente, contradicción entre la concesión del derecho a ser elegidos en las elecciones municipales a los ciudadanos europeos residentes en España y las previsiones contenidas en el art. 13.2 CE. La consulta fue resuelta por la Declaración de 1-7-1992. Dado que de esta Declaración ya han realizado solventes estudios reconocidos autores, nos limitaremos a recoger la doctrina que respecto al derecho de sufragio se contiene en la misma.

En relación con este aspecto, el Tribunal señala que la extensión del derecho de sufragio, activo y pasivo, prevista por el art. 8.B.1 del Tratado, para quienes sin ser nacionales españoles sean ciudadanos de la Unión encuentra un acomodo sólo parcial en las previsiones del art. 13.2 CE. En este precepto se afirma que únicamente los españoles ostentan la titulación de los derechos reconocidos en el art. 23 CE, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. Por tanto, sin perjuicio de la citada salvedad contenida en el art. 13.2 CE en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, en virtud de estas reglas constitucionales no cabe, pues, ni por Tratado ni por Ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de los órganos de poderes públicos españoles.

De otro lado, recuerda que el art. 23 CE no consagra un derecho a ocupar cargos y funciones públicos, sino la prohibición de que el legislador pueda regular el acceso a los mismos en términos discriminatorios. El art. 23.2 CE no contiene ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a éstos en razón de que no es el precepto que establece los límites subjetivos de terminantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales.

38 Como observa F. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional en España», en *Estudios...*, op. cit. p.17 y ss, el uso del término declaración, insólito en la práctica española, en lugar de dictamen, puede que se deba encontrar su razón de ser en que, como afirma el Tribunal, al responder a la consulta no pierde su condición de órgano jurisdiccional y aunque no quepa denominarla sentencia porque no pone término a un litigio, produce los efectos de *lres iudicata*.

No obstante, en la LOTC nada se dice acerca del carácter jurisdiccional de esta Declaración. Esta indefinición sobre la naturaleza del procedimiento se ha resuelto en la actualidad por la propia declaración del Tribunal. Así lo cree también, F. CAAMAÑO, «Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo», en *AAVV Jurisdicción...*, op. cit. p.47.

39 Por citar alguna, puede verse M. ARAGÓN REYES, «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, pp. 9 y ss.; J. L. REQUEJO PAGES, «Supremacía de la Constitución e integración de normas internacionales» en R. PUNSET BLANCO y J. L. REQUEJO PAGES, «Crónica de Jurisprudencia Constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1992», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm.5, 1993, pp. 205 y ss.

Dicho precepto no prohíbe, por sí mismo, que los derechos allí reconocidos puedan extenderse, por Ley o por Tratado a los ciudadanos de la Unión Europea.

Tampoco la proclamación inscrita en el art. 1.2 CE queda contradicha, ni afectada, por el reconocimiento del sufragio pasivo, en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros pues la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos, sólo podrá ser controvertida, a la luz del art. 1.2.CE si tales órganos fueran aquellos que ostentan potestades atribuidas, directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía. Y, ante el interrogante de si es posible proceder a la ratificación de aquel precepto del Tratado sin la previa revisión constitucional, la respuesta no puede ser sino negativa. Con esto, el Tribunal considera que está constatada la existencia de una antinomia entre el art. 8.B.1. del Tratado y el art. 13.2 CE de conformidad con el art. 95.1.

Como podemos observar, el Tribunal utiliza este cauce no sólo para resolver la cuestión nuclear relativa a la necesidad de reformar la Constitución, sino también para realizar una serie de consideraciones en relación con el derecho de sufragio, consideraciones, que habrán de ser tenidas en cuenta, a partir de ese momento, por todos los poderes públicos.

## IV LA UTILIZACIÓN DE LOS INSTITUTOS DE CONTROL INDIRECTO

### 1. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL: UN SÓLO EJEMPLO, LA STC 19/1991 QUE VUELVE A TRATAR DEL TEMA DE LAS INCOMPATIBILIDADES

Aparte del control abstracto de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ejerce también el control concreto de las normas mediante la cuestión de inconstitucionalidad que no es sola

mente una vía para que el Juez o Tribunal ordinario esclarezca sus dudas con fin de dar la solución más adecuada al ordenamiento constitucional, sino que, su verdadera razón de ser, la encontramos en que se muestra como el procedimiento adecuado para depurar el ordenamiento jurídico y librarlo de aquellas normas con rango de ley que sean contrarias a la Constitución.

Como ha declarado el Alto Tribunal, la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de sometimiento a la Ley y a la Constitución. Estas razones explican el carácter concreto que la cuestión de constitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro ordenamiento. Este procedimiento es considerado como *el instrumento del que más cabe esperar para asegurar, en nuestro Derecho, el control de la constitucionalidad de las leyes (...) y es el nexo entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*<sup>41</sup>, cuyo planteamiento procederá cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Hasta donde conocemos, sólo se ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos que regulan el derecho de participación política. Se trata de la cuestión 1.091/1985, resuelta por la STC 19/1991 de 31 de enero que tenía por objeto decidir sobre la constitucionalidad del art.29.2.f) de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública en cuanto pudiera ser contrario al art. 70.1 CE por incompatibilizar el ejercicio de la función pública con la condición de Senador o Diputado. La duda provenía de la interpretación que debía hacerse de que el establecimiento de causas de incompatibilidad, distintas a las constitucionalmente previstas, está reservada a la Ley Electoral.

El Tribunal tenía que decidir sobre la posible inconstitucionalidad de que, en el señalado precepto, se dispusiera que los funcionarios públicos pasarían a la situación de servicios especiales cuando *accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales*. A juicio de los recurrentes

40 STC 94/1986.

41 J. JIMÉNEZ CAMPO, «El control...» *op. cit.* p. 86.

42 Art. 5.1 LOTC.

tes, ello pudiera ser contrario al art. 70.1 CE, que no permite que una ley, distinta a la Ley Electoral, regule el régimen de incompatibilidades de Diputados y Senadores<sup>43</sup>.

Sin embargo, el Alto Tribunal estimó que, el art. 29.2.f) de la Ley 30/1984, no tiene por objeto determinar causas de incompatibilidad pues solamente define los supuestos de la situación administrativa de servicios especiales de los funcionarios públicos. En su enunciado no se contiene declaración de incompatibilidad entre el desempeño de la función pública y aquella condición, ni se regula el sistema de incompatibilidades de los funcionarios públicos. Se limita a regular diversos ámbitos de la función pública en virtud de lo dispuesto en el art. 103.3 CE.

Así pues, dicho precepto no resulta inconstitucional en su enunciado, que tiene por objeto una materia distinta de la que el art. 70.1 CE reserva a la Ley 5/1985; además en ésta última se prevé la incompatibilidad del mandato de los Senadores y Diputados con el ejercicio de la función pública, y aquél prevé la situación de servicios especiales para los funcionarios que adquieran tal condición pero no crea causas de incompatibilidad. En consecuencia, el precepto enjuiciado puede interpretarse y aplicarse de conformidad con la Constitución por lo que no cabe un juicio negativo *ya que no es en sí mismo inconstitucionalidad y (...) tiene por objeto la regulación de una materia distinta a la que a la Ley Electoral reserva el art. 70.1 CE.*

## 2. LA «AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD» PLANTEADA EN LA STC 103/1996

Este mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes sigue los trámites procedimentales de la cuestión de inconstitucionalidad junto con el hecho de que en ambos casos exista un litigio jurisdiccional previo, explican la denominación utilizada<sup>44</sup>. El procedimiento se inicia cuando alguna de las Salas que integran el Tribunal Constitucional, al dictar sentencia, estima que, sobre la Ley que se ha aplicado la resolución judicial, subsisten dudas relativas a la consti

43 Ya en la STC 72/1984, se trató sobre el texto de este artículo. En aquella resolución el Alto Tribunal sostuvo que esa materia sólo podía ser regulada en la Ley Electoral.

44 Ver A. FIGUERUELO BURRIEZA, «Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, pp. 229 y ss.  
Un reciente estudio de la misma puede verse en J. URÍAS MARTÍNEZ *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Madrid, 1996.

tucionalidad y eleva la cuestión al Pleno que iniciará la tramitación de la misma<sup>45</sup>. Para ello, la Sentencia – denominada Sentencia de avocamiento a Pleno– contiene en su parte dispositiva un fallo en el que se dispone la apertura de dicha autocuestión<sup>46</sup>.

Con esta institución de control de constitucionalidad de las leyes que trae causa de un litigio jurisdiccional previo, a diferencia de la cuestión, no se plantea una duda prejudicial, pues la pretensión de amparo está definitivamente resuelta por la Sala y la misma no se verá afectada sea cual fuere la decisión del Pleno.

La única vez que tenemos constancia de que una de las Salas haya hecho uso de esta facultad ha sido en la STC 103/1996, en que se planteó la inconstitucionalidad del art. 21.2 LO 5/1985 de Régimen Electoral General, por predicar la existencia de reductos exentos de control judicial de la actividad administrativa llevada a cabo por las Juntas Electorales. Posteriormente, en las SSTC 46/1997 y 48/1997, en que la Sala tuvo que resolver sendos recursos de amparo en los que resultaba de aplicación este mismo precepto, aquella no tuvo que utilizar este mecanismo puesto que ya se había elevado al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad en la STC 103/1996<sup>47</sup>. Estamos en estos momentos a la espera de la resolución del Tribunal que, a venturamos, se inclinará por la inconstitucionalidad del artículo en cuestión.

## V ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Cabe una valoración positiva de la labor efectuada por el tribunal en los pronunciamientos relativos a la normativa electoral estatal y autonómica, que constituyen el resultado del ejercicio

45 Art. 55.2 LOTC. La regulación que efectúa la LOTC, ha sido calificada de deficiente, pues cabría la posibilidad de que, a pesar de que la Sala estimase el recurso de amparo, el Pleno desestimase la cuestión de inconstitucionalidad. Se ha propuesto que dicho precepto se reforme a fin de que se regule la autocuestión como una auténtica cuestión prejudicial con suspensión del plazo para que la Sala dicte la sentencia de amparo tan pronto como obre en su poder la Sentencia de inconstitucionalidad del Pleno

46 Art. 10.k) LOTC.

47 Esta sentencia ha sido analizada por la autora del presente trabajo y a dicho análisis nos remitimos. M. V. GARCÍA SORIANO, «Un aspecto polémico de la LO de Régimen Electoral General: el veto al acceso a los Tribunales de Justicia», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm.17, pp. 69 y ss.

de la función encomendada al mismo de depurar el ordenamiento jurídico y de verificar su constitucionalidad. Así, tras una de las resoluciones a que nos hemos referido, la STC 154/1988, en que el recurso ha prosperado declarando nulos ciertos artículos de la Ley 28/1983 de Elecciones al Parlamento Vasco, se ha impulsado la adecuación de la normativa electoral vasca mediante la actual Ley 5/1990 de 15 de junio en que se han sustituido y modificado aquellos preceptos que la citada sentencia declaró su inconstitucionalidad. Con respecto a las restantes resoluciones, ha de reseñarse que los aspectos que mayores problemas han suscitado han sido los relativos a la regulación de incompatibilidades de los Parlamentarios, en que los pronunciamientos del Tribunal siempre han seguido la línea de máximo respeto al derecho de sufragio pasivo. También, los casos en que tenía que pronunciarse sobre el efectivo cumplimiento de los predicados constitucionales que exigen la efectividad de un sistema proporcional, en los que, a nuestro juicio, debiera haber entrado más a fondo en el análisis de la cuestión.

De otro lado, el Tribunal ha realizado una encomiable labor de conceptualización de algunas nociones que hasta ese momento resultaban bastante difusas, nos referimos a conceptos como los de *régimen electoral general* o *Ley electoral* que han sido aceptados por la doctrina sin ningún problema.

Con todo, no podemos olvidar que todavía existen algunas incógnitas sin despejar. A pesar de que con el planteamiento tanto de los recursos como de las cuestiones de inconstitucionalidad a que nos hemos referido se han resuelto las dudas respecto a la constitucionalidad de la mayor parte de preceptos conflictivos, no por ello consideramos que el resto sean conformes a *Prima Lex*. Desde hace ya algún tiempo, se desconfía de la constitucionalidad de algunos aspectos de la normativa electoral que no afectan tanto al derecho de participación política cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en uno de los momentos determinantes del iter electoral<sup>48</sup>. Esta misma incertidumbre afectaba a otro de los preceptos de la LO 5/1985, el art. 21.2, hasta que, después de intentar que con algunas extrañas interpretaciones del mismo fuera conforme a la *Prima Lex*, afortunadamente, la constitucionalidad del mismo está en vías de su verificación definitiva.

<sup>48</sup> Así se recoge explícitamente en la Exposición de motivos de la Ley 5/1990 de Elecciones al Parlamento Vasco.

<sup>49</sup> Ver, J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Sobre la jurisprudencia constitucional...» *op. cit.*, p. 134-5. Es el caso algunos preceptos de la LO 5/1985 en que se regula la campaña electoral, como por ejemplo, el art. 58 que impone a los medios de comunicación privados la publicación de remitidos de propaganda electoral durante la campaña, o del art.50.3 en que se impide realizar campaña electoral a quienes no sean candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Para SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, dichos preceptos vulnerarían la libertad de expresión de los medios de comunicación y de los particulares, respectivamente.



Por nuestra parte, consideramos que podría rozar la inconstitucionalidad el art.66 de la LO 5/1985, por motivos similares a los alegados para el art. 21.2, por cuanto se encomienda a la Junta Electoral Central, dentro de su función de velar por la transparencia y objetividad del proceso electoral, resolver los recursos que se le planteen en relación a las decisiones de los órganos de la administración de los medios de comunicación, sin que quepa una posterior revisión jurisdiccional de sus resoluciones.