

# Las contradicciones internas de una doctrina constitucional. La STC 38/83 y la LOREG

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático de Derecho Constitucional, UCH-CEU

## Sumario

- I. Introducción: la decisión del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983 o la justicia de cadí
- II. Regla general: la elección de los órganos de representación de las entidades territoriales en que se organiza el Estado, o la materia electoral como competencia exclusiva del Estado
- III. Las salvedades (I). Las excepciones que establezca la Constitución
- IV. Las salvedades (II). Las excepciones que establezcan los Estatutos
- V. Los excesos del Legislador: la elección de los órganos de gobierno local
- VI. Un problema sobrevenido: la elección europea
- VII. Una reinterpretación



## I. Introducción: la decisión del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983 o la justicia de cadí

La Constitución reserva a la ley orgánica la regulación de la que apruebe el «régimen electoral general», como la ley orgánica es norma reservada a las Cortes Generales aquella implica, de un lado, que la determinación del «régimen electoral general» se inscribe en la competencia del Estado, y del otro que, por lo mismo, lo que comprenda dicho régimen electoral no puede ser inscrito en el área de competencia autónoma. Desde la perspectiva propiamente competencial la cuestión de la competencia sobre la ordenación de las elecciones se ve afectada por la reserva a favor de la competencia exclusiva del Estado que opera el primer párrafo del apartado primero del art. 149 de la ley fundamental, toda vez que es indudable que el establecimiento de aquel régimen es norma de regulación frontal y directa del derecho fundamental del art. 23.1 CE, y que dicho precepto, en relación con la previsión del art. 14 CE, impone que el goce del derecho de sufragio en condiciones de igualdad. Ahora bien, la Constitución no dice en parte alguna que cosa sea «régimen electoral general», aun cuando contiene previsiones electorales no sólo en lo que se refiere a la elección de las Cámaras de las Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE) en lo que afecta a ayuntamientos (art. 140 CE), Diputaciones provinciales de régimen común u órgano que les sustituya (art. 141.2 CE), los cabildos insulares (art. 141.4 CE) y Parlamentos territoriales (art. 152.1 CE).

En principio las elecciones locales se regularon por una ley preconstitucional (la ley 39/78 de elecciones locales). La misma conservaba un método de elección indirecta de los diputados provinciales de las diputaciones provinciales de régimen común,<sup>1</sup> de conformidad con el cual los puestos correspondientes a cada partido judicial se atribuían en razón del número de concejales electos por listas de partidos o coaliciones electorales en las elecciones municipales en cada partido judicial. Dado el extremo minifundismo municipal existente ello suponía dar un peso desproporcionado a los concejales electos en los municipios de menor tamaño sesgando la competencia electoral a favor del partido entonces gubernamental. En febrero de 1983 el Parlamento electo en 1982, de mayoría socialista, aprobó un proyecto de ley reformando el sistema de elección de los citados diputados provinciales, en el que mantenía el sistema de elección indirecta,<sup>2</sup> pero alteraba la base de cálculo de la fórmula electoral, que dejaba de estar constituida por los concejales del partido electos en los municipios del par-

1 Con lo que se separaba de la tradición nacional, que desde la invención de la Diputación provincial en la Constitución de 1812, ha elegido los diputados provinciales por el mismo método que los diputados a Cortes, siendo dicha elección directa desde 1837.

2 Nuestra Diputación Provincial es la única criatura de su especie que no es electa por sufragio universal directo en toda Europa, hasta el punto que hubo necesidad de establecer reserva al efecto de la ratificación de la Carta

Europea de la Autonomía Local para evitar que el sistema previsto en la LOREG resultara inconstitucional, ya que el art. 3.2 *in principio* de dicha Carta reza que «Este derecho (a la autonomía local) se ejerce por Asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal...» La Carta fue ratificada por España el 8/11/1988 y entró en vigor en nuestro país el 1/3/1989.

tido judicial, para pasar a ser la suma de los votos populares obtenido por las listas municipales de cada formación política en el conjunto de cada partido judicial. Dicha modificación moderaba el peso desproporcionado de los pequeños municipios y, al hacerlo, perjudicaba los intereses políticos de las candidaturas de significación conservadora (ampliamente sobre-representadas en los municipios de escasa población) e introducía una muy limitada democratización de la elección que venía a favorecer los intereses políticos de la mayoría política entonces existente.<sup>3</sup> Aprobada la reforma la misma fue impugnada por 55 diputados de la entonces denominada Coalición Popular, haciendo uso del entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, que paralizaba la entrada en vigor de la norma. El recurso, interpuesto el 3 de marzo, pretendía no sólo la declaración de inconstitucionalidad de la reforma, sino su inaplicación a las elecciones locales, a celebrar en la segunda quincena de mayo, fuere cual fuere el sentido de la decisión. En otras palabras, la interposición del recurso previo y con ella la suspensión correspondiente de la ley perseguía que, fuere cual fuere el sentido de la decisión, la reforma no se aplicara a las elecciones locales de 1983: si el recurso se aceptaba porque la reforma legal era inconstitucional, en caso contrario porque llegarían antes las elecciones que la sentencia y, de este modo, se frustraba la finalidad de la reforma misma. Que una formación que sostenía las posiciones que entonces sostenía la Coalición Popular argumentara en el sentido de que las elecciones locales son parte del régimen local y por ello de competencia autónoma no dejaba de tener su aquel.<sup>4</sup> El recurso previo se usa de este modo de una forma desviante, como instrumento de una maniobra política obstruccionista que cabe calificar, en términos parlamentarios, como filibusterismo. Resulta obvio que fuere cual fuere el criterio de fondo del Tribunal tal uso y práctica no se podían ni se debían admitir.

El recurso, no obstante, coloca al Tribunal en una posición tan complicada como incómoda. De hecho viene a situar a aquel en una alternativa del diablo: si el Tribunal se pronuncia, pero no lo hace antes de la celebración de las elecciones, estas se habrán consumado y revertir su resultado es en extremo difícil, sea cual se el pronunciamiento del Tribunal la maniobra obstruccionistas habrá tenido éxito. Por el contrario, si falla el recurso antes de las elecciones es indispensable elaborar una decisión que permita la aplicación de la reforma y que sea constitucionalmente adecuada, lo que en extremo complicado. Tan complicado que, como veremos, la fundamentación de la decisión no contiene una teoría única acerca de la interpretación del alcance de la reserva de ley orgánica, tiene tres. Es llegada la hora de entrar en materia.

Si se examina con cuidado la argumentación que expone el Tribunal en el FJ 2 de la sentencia, con referencia específica a las elecciones locales, que es de lo que a la postre se trata, se comprueba que en el mismo el Tribunal señala: «Pero es, cabalmente, el art. 140 en relación con el art. 81.1 el que hace legítimo un sistema en que se esta-

<sup>3</sup> La regulación vigente de la elección de los diputados provinciales de régimen común tiene otro problema constitucional: el que se sigue de las reglas del art. 204.2 LOREG, que establecen la clave de representación, toda vez que tales reglas imposibilitan la existencia del voto igual en tales elecciones, como exigen los arts. 23.1 y 14 CE.

<sup>4</sup> Vide apartado 3 de los antecedentes de la STC 38/83.

blezca un régimen uniforme en materia de elecciones locales. Este es el sistema de la ley orgánica 6/1983 de 2 de marzo.»

Si se considera que en los términos de la propia doctrina del Tribunal la reserva de ley orgánica debe ser entendida en términos estrictos (STC 5/81 FJ 21) porque al exigir la misma decisión por mayoría cualificada comporta una restricción del ámbito de aplicación del principio democrático,<sup>5</sup> y que ni el art. 81.1 incluye expresamente las elecciones locales en la reserva que configura, ni se contiene una reserva específica a la ley orgánica en el art. 140 CE (que habla sencillamente de «la ley»), puede calibrarse la pertinencia jurídica de la tesis que sostiene el Tribunal.

Si el fundamento jurídico de la decisión a favor de un «régimen uniforme en materia de elecciones locales» es tan débil que bordea la inexistencia<sup>6</sup> se debe a una excelente razón: el Tribunal no decide sobre la base de tal argumento, decide sobre la base de criterios de justicia material: quien hace un uso abusivo del procedimiento no puede y no debe beneficiarse de ese uso abusivo mismo. Se decide según las circunstancias del caso lo que inevitablemente produce una decisión de alcance singular. Ahora bien, una de las diferencias existentes entre la jurisprudencia constitucional y la ordinaria, en especial cuando la primera se ejerce en términos de control abstracto de normas con fuerza de ley, como en el caso sucede, es que inevitablemente la decisión que se adopte va a tener «efectos generales» sencillamente porque los tiene la norma afectada por la decisión. No parece que adoptar una decisión *ad casum* cuando la misma esté llamada a tener efectos generales sea una idea merecedora de gran elogio. Si las decisiones *ad casum* no son aceptables cuando nos hallamos ante un litigio singular, en el caso de la justicia constitucional ante un supuesto de control concreto, aun cuando sólo sea porque al establecer un precedente distorsionan el correcto funcionamiento del sistema de justicia, mucho menos lo son cuando están llamadas a tener efectos generales. Ya nos advirtió M. Weber que un sistema legal racional-normativo es incompatible con la justicia de *cadí*.

Con todo hay que anotar que la posición que en el caso adoptó el Constitucional no es incomprensible ni irracional. El uso indebido del procedimiento coloca al Tribunal en una posición muy difícil porque destruir la manipulación que el uso indebido del procedimiento entraña es una conducta exigible a un Tribunal, y, al mismo tiem-

5 Exactamente dice así: «Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previniendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas.»

6 Es más, una interpretación sistemática de la Constitución excluiría aun más la legitimidad constitucional de dicha tesis: si la ley fundamental

rechaza la uniformidad de la disciplina de los entes territoriales que forman el Estado al ordenar un sistema autonómico basado en el principio dispositivo que reposa sobre identidades locales preexistentes (*cf.* art. 143.1 CE), la competencia autónoma mínima constitucionalmente garantizada incluye la posibilidad de diferenciación en el régimen local (*cf.* art. 148.1.2 CE), y el propio art. 140 *in fine* contempla la no uniformidad de las corporaciones locales, tal parece como la diversidad de regímenes electorales municipales se sigue del sistema constitucional mismo. Para mayor inri la LOREG contempla no menos de tres regímenes electorales municipales distintos. Rara uniformidad esta.

po, es muy difícil operar esa destrucción sin sentar una doctrina que, cuanto menos a medio plazo, no despliegue efectos perversos. Como escribí un tiempo atrás citando un conocido proverbio jurídico norteamericano *Hard cases make bad law*. Ciertamente los casos difíciles producen Derecho de discutible calidad.

## II. Regla general: la elección de los órganos de representación de las entidades territoriales en que se organiza el Estado, o la materia electoral como competencia exclusiva del Estado

La conclusión a que llega el Tribunal en punto a la uniformidad de la legislación sobre elecciones locales se remite a la exposición de que cosa sea «régimen electoral general» en el sentido del art. 81.1 CE que se contiene en los fundamentos jurídicos 2 y 3 de la Sentencia, y es aquí donde se contiene la doctrina constitucional, desde entonces constante, acerca de la intelección de dicho enunciado constitucional. No obstante antes de entrar en materia es conveniente señalar que la reserva de ley orgánica tiene en la Constitución un definición compleja. En principio juegan aquí dos clases de normas constitucionales: de un lado la reserva genérica que surge del art. 81.1 CE en relación con el art. 53.1 de la ley fundamental, del otro las reservas específicas que, con carácter puntual, establecen preceptos singulares de la ley fundamental. De entre estas últimas tienen relación directa con la «materia electoral» las previsiones que establecen reserva singular de los arts. 69.2 (elección de senadores de representación provincial), 69.5 (elección de senadores autonómicos) y art. 141.1 (mapa provincial).<sup>7</sup> Además, una interpretación sistemática del ordenamiento debe tomar en cuenta que las instituciones principales del Estado tienen una disciplina jurídica que normalmente es objeto de reserva de ley orgánica, así la abdicación y sucesión de la Corona (art. 57.5), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3), las diversas modalidades de referendium,<sup>8</sup> la transferencia del ejercicio de atribuciones derivadas de la Constitución (art. 93), el Consejo de Estado (art. 107), el Poder Judicial y su Consejo (art. 122.1 y 2), el Tribunal de Cuentas (art. 136.4), las iniciativas autonómicas extraordinarias (art. 144), la aprobación de los Estatutos (art. 147.3) o el Tribunal Constitucional (art. 165).

La coexistencia en la Constitución de una cláusula general de reserva de ley orgánica (art. 81.1) con reservas singulares plantea un problema de interpretación que debe ser resuelto a la luz de los principios directores de la interpretación constitucional, en nuestro caso concretamente los propuestos por K.Hesse,<sup>9</sup> objeto de uso y cita por la jurisprudencia constitucional misma. En la cuestión entran en juego cuanto menos dos de esos principios: de un lado el de unidad, que exige una interpretación armónica de las normas constitucionales, del otro el de eficacia jurídica, que impone la exclusión de aquellas reconstrucciones que tienen por consecuencia redundancias o enuncia-

<sup>7</sup> En este caso la razón es clara: tanto el art. 68 como el art. 69 CE establecen como unidad electoral standard la provincia. A mayor abundamiento la provincia desempeña el papel de unidad electoral y de representación en los procesos de acceso a la autonomía, bien sea por las vías que giran en torno al art. 143 CE como en las que lo hacen en torno al art. 151 CE.

<sup>8</sup> En rigor plebiscitos, salvo en lo que afecta a los Estatutos «del artículo 151».

<sup>9</sup> La referencia necesaria Hesse, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC. Madrid. 1983, *passim*. He tratado el tema en Martínez Sospedra, M.: *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007 pp. 229 y ss.

dos vacíos e imponen aquellas otras que maximizan la eficacia jurídica de todas las disposiciones constitucionales.

Retomando el hilo, la cuestión electoral es objeto de una previsión de reserva genérica, la que se corresponde con la regla del art. 81.1 CE: el «régimen electoral general» y de varias previsiones de reserva específica: las dos del art. 69 CE y la del art. 141.1 que es su lógica consecuencia. No habiendo duda alguna del alcance de las reservas específicas es hora de entrar en la cuestión del significado y alcance de la reserva del «régimen electoral general». La combinación entre el tenor literal de los enunciados constitucionales y el principio de eficacia jurídica nos conduciría a estimar que no son «régimen electoral general» el de las elecciones al Senado, tanto en su parte provincial, como en su parte autonómica, ya que si fueren «régimen electoral general» las reservas específicas de ley orgánica precitadas pasarían a ser enunciados vacíos, carentes de eficacia jurídica propia. Del mismo modo habría que estimar que la definición del mapa provincial, objeto de la reserva del art. 141.1 no sería tampoco tal régimen, exactamente por la misma razón. Sentado lo anterior cabría plantearse si en el enunciado constitucional la referencia a la generalidad viene referida al régimen o bien hay que entenderla como sinónimo de las elecciones que se celebran de modo unitario y en el conjunto del país y que, por ello, son «generales». En el recurso del que trae causa la Sentencia constitucional que comentamos el citado sintagma se entiende como sinónimo de régimen propio de las llamadas elecciones generales, siendo otro el criterio del Tribunal, de conformidad con el cual «el adjetivo “general” no está referido tanto a las elecciones cuanto al régimen electoral» (FJ 2).

Para tratar de dar una respuesta constitucionalmente coherente a la pregunta es indispensable tener en cuenta que las normas electorales (todas) son normas de desarrollo y aplicación de un derecho constitucional, el del art. 23.1 CE cuanto menos en lo que afecta a elecciones a los órganos de representación y gobierno de las instituciones públicas.

La argumentación del Tribunal en lo que afecta a la cuestión se halla en el FJ 2 de la sentencia y reza así: «Sin embargo, esto no es así, porque si bien –en un primer análisis– la expresión “régimen electoral general” puede suscitar la duda, pronto se despeja, si la interpretación se la hace arrancar de los arts. 140, 68.1 y 23.1 de la Constitución. Y es que el art. 140 (al igual que el art. 68.1) reserva a la Ley el régimen de las elecciones locales, en los aspectos que dice. Ley que por la misma exigencia del artículo 23.1, y la precisión que hace el art. 81.1 entendido en relación con los arts. 68.1 y 140, ha de ser una ley orgánica.»

La argumentación no deja de ser curiosa si se considera que ninguno de los tres preceptos constitucionales citados en primer lugar contiene la exigencia de que la ley correspondiente sea orgánica. La única base real existente se halla no en lo que el Tribunal dice, sino en el dato según el cual las normas de desarrollo del derecho de par-

ticipación política del art. 23.1. CE, al ser este un «derecho fundamental» exigen regulación mediante ley orgánica, pero no por la cláusula de «régimen electoral general» (lo que sería una petición de principio), sino por la de «desarrollo de los derechos fundamentales» y que, en consecuencia, aquellas normas que sean «desarrollo» del derecho de sufragio exigen regulación por ley orgánica, en tanto que las demás normas electorales no, y, siendo eso así, y debiendo interpretar las cláusula de dicha reserva de modo estricto, se aparece que el citado «régimen» a fijar por ley orgánica no es otro que el de la elección del Congreso (la del Senado lo es en virtud de las reservas específicas de que se habló). Claro que eso lleva a una conclusión que premia el uso filibustero del recurso.

No obstante el discurso de la decisión no se detiene aquí, con el ánimo de remarcar el clavo se agrega a renglón seguido: «Se reserva así a la ley –a ley orgánica– el régimen electoral general, tanto de las elecciones que tienen en los arts. 67 al 70 sus líneas constitucionales como de las elecciones que las tienen en el art. 140. El contenido de la ley orgánica no se ciñe así al solo desarrollo del art. 23.1, sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral, pues el art. 81 ha comprendido en la reserva de la ley orgánica el régimen electoral general ampliando lo que en virtud de otra reserva (la de desarrollo de los derechos fundamentales) corresponde también a la ley orgánica.»

La pertinencia del argumento se aprecia plenamente si tenemos en cuenta que en el litigio lo que está en juego no es la competencia para regular la elección municipal (que es la prevista en el art. 140 CE), sino la de la Diputación provincial, prevista en el art. 141.<sup>10</sup> Por lo que aun remachando el clavo en los términos vistos, sin argumento adicional la decisión sobre el recurso tenía que haber sido estimatoria. Reténgase que esta interpretación no satisface el principio interpretativo de eficacia jurídica, porque comporta que la elección al Senado es «régimen electoral general» y ello supone vaciar de contenido normativo las dos reservas específicas que el art. 69 CE contiene.

Como el Tribunal es consciente de ello su teoría exige la articulación de una hipótesis accesoria al efecto de decidir sin premiar al filibustero, lo que viene a significar que lo dicho hasta este instante no tiene capacidad para ser la *ratio decidendi*, esta debe articularse de otro modo, y a ello se dedica la teoría número dos, que se expone en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia.

Que cosa sea «régimen electoral general», nos dice el Tribunal no viene determinado sólo por la Constitución, sino por el bloque de la constitucionalidad: «En conexión con lo precedentemente expuesto, cabe considerar que el alcance y contenido del “régimen electoral general”, [...] viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad, formado de acuerdo con el art. 28 de la LOTC, por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía.»

<sup>10</sup> Precepto que curiosamente la argumentación del Tribunal no cita, cuando es de elecciones provinciales de lo que se trata.

La afirmación no deja ser curiosa, no sólo porque carezca de razonamiento alguno que la fundamente, sino por su contenido mismo. En efecto la misma supone que el contenido específico de una determinada cláusula constitucional no se determina por la misma y por su relación con las demás normas constitucionales (como el principio de unidad exige), sino que exige la concurrencia de normas infraconstitucionales, las distintas de la Constitución que integran ese bloque. Tal teoría contiene, a mi juicio, dos defectos consustanciales: de un lado no se compadece con la propia doctrina del Tribunal acerca del citado bloque, del otro es autocontradictoria. Lo primero sucede porque la concepción del Tribunal acerca de lo que el «bloque de la constitucionalidad» es no se ciñe a considerar comprendido en el mismo la Constitución y los Estatutos, sino que comprende adicionalmente otras normas,<sup>11</sup> que habría que tomar en cuenta. Lo segundo, y sustancial, trae causa de la estructura jerárquica de dicho bloque: este integra normas constitucionales y normas infra constitucionales (y los Estatutos lo son), estas últimas son válidas cuando y en la medida en que son compatibles con las normas constitucionales mismas, si habilitamos a Estatutos y otras leyes integrantes de dicho bloque al efecto de determinar el significado y alcance de los enunciados constitucionales resulta obvio que en los casos en que la coincidencia no sea total las normas constitucionales establecerán lo que las normas subordinadas de dicho bloque determinen, con lo cual estas últimas no estarán subordinadas a la ley fundamental, y si lo están, como su condición impone, no pueden alterar el significado y alcance de las cláusulas constitucionales y el primer párrafo del FJ 3 de la sentencia viene al suelo.

Como el Tribunal es consciente de la debilidad de ese fundamento se refugia en otro: la diferenciación entre «régimen electoral general» y «regímenes electorales especiales» que extrae (no nos dice como) de dicho «bloque»: «La consideración de ese bloque permite afirmar que frente a la expresión régimen electoral general se contemplan diversos regímenes electorales y particulares: así la elección de los senadores por las Comunidades Autónomas queda deferida a sus Estatutos [...], la elección de la legislativo de cada Comunidad Autónoma queda deferida a los Estatutos...»

Mientras que la separación entre el régimen electoral de municipios y provincias «en que se organiza territorialmente el Estado (art. 137 CE)» «Se contempla separadamente del régimen local y se asume como materia específica en la Comunidad Autónoma del País Vasco...»

Sentado lo cual se establece la conclusión a la que se desea llegar: «El régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del art. 137 de la CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos.»

Porque permite hundir el navío filibustero.

11 Por citar un solo caso previo a la decisión que comentamos *vide* STC 72/83 FJ 4.

Que, por principio, los filibusteros no deben tener razón es algo que el que suscribe no discute. Que el modo en el que se les negó es insostenible me parece que, a estas alturas, empieza a estar claro.

Si nos tomamos en serio la citada conclusión del Tribunal, y aceptamos que es «régimen electoral general el conjunto de las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas» tanto del Estado como de las «entidades territoriales» a que se refiere el art. 137 CE el resultado que obtenemos es que toda disciplina electoral significativa exige ley orgánica, compete a las Cortes Generales, y deviene competencia exclusiva del Estado. De lo que se sigue que se incluye en dicha reserva primero las normas de estricto desarrollo del art. 23.1 CE, en concepto de normas de desarrollo de derecho fundamental, que comprenderían las disposiciones comunes a todos los procesos electorales (y que se corresponderían con las previsiones del T.I LOREG), segundo la elección del Congreso, tercero la elección de los senadores de elección provincial, cuarto, la elección de los ayuntamientos, quinto, la de las corporaciones provinciales, sean diputaciones de régimen común o no, sexto la elección de las asambleas autonómicas, y séptimo, y por extensión (apartados 3 y 4 del art. 141) las corporaciones locales no expresamente enumeradas en el art. 137 CE que puedan crearse. Como esa conclusión es jurídicamente insostenible y políticamente impracticable el Tribunal tiene que abrir la puerta a las excepciones. Y eso es lo que hace.

### **III. Las salvedades (I). Las excepciones que establezca la Constitución**

Dos son las salvedades que el Tribunal hace a su doctrina general: de lado la de las excepciones que establece la Constitución misma; del otro las que puedan establecer los Estatutos. Por lo que afecta a la primera hay un caso claro: el tenor literal del apartado 5 del art. 69 de la ley fundamental defiere la regulación de la elección de los senadores de extracción autonómica a las determinaciones que puedan contener los Estatutos de Autonomía, no debe sorprender que el segundo párrafo del FJ 3 de la Sentencia lo cite expresamente. En el mismo lugar se determina la segunda con las siguientes palabras: «La elección del legislativo de cada Comunidad Autónoma queda deferida a los Estatutos para las de mayor nivel de autonomía –art. 152 de la Constitución.»

Cabe preguntarse si dicha apreciación es correcta, no si es racional, que obviamente lo es, sino si es concorde con lo que la tesis del Tribunal sostiene, cosa cuanto menos dudosa. La duda surge porque si el Tribunal acierta en su tesis principal y el «régimen electoral general» comprende el de todas las elecciones no exceptuadas el precepto debe estar redactado en términos que dejen claro que se establece una excepción a dicha regla general, de lo que ya hemos visto el caso seguro: el art. 69.5 establece que la regulación se efectuará «de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos».

Siempre que estos adopten alguna técnica de representación proporcional. Pues bien, nada de esto se da en el otro caso citado, el del art. 152.1 CE. Dicho precepto impone a las Comunidades de autonomía plena un determinado modelo de organización de sus instituciones de autogobierno, exigiendo que el mismo gire en torno a una Asamblea Legislativa electa por sufragio universal directo mediante un sistema de representación proporcional, entre otras cosas,<sup>12</sup> de tal modo que dicha Asamblea y su elección forman parte del contenido necesario del Estatuto mismo, pero no dice en parte alguna que la regulación de dicha elección se encomiende a dicha Asamblea, ni directamente, ni mediante una expresa habilitación al efecto del Estatuto. No hay en el art. 152.1 nada semejante a la expresa habilitación del art. 69.5 y su texto consiente perfectamente que sea el legislador estatal el que fije el régimen electoral de aquella Asamblea.<sup>13</sup> Se podrá alegar que ello es irracional y poco compatible con el autogobierno que garantiza el art. 148.1.1 CE, y no seré yo quien lo discuta, pero si se acepta que no hay cláusula de excepción precisa y se invoca la lógica institucional y la racionalidad hay que hacerlo en todos los casos, y entonces no se ve bien como y porqué si las Comunidades pueden sustituir por otros órganos de gobierno las diputaciones provinciales de régimen común (STC 32/81 FJ 5), en uso de la posibilidad que consiente el último inciso del art. 141.2 CE, el régimen de elección de aquellas es «régimen electoral general» o, de camino al surrealismo, como puede ser tal cosa la elección de los cabildos insulares que sólo existen en Canarias.

En rigor el argumento de la excepción podría haber dado algún juego, en lo que a las autonómicas se refiere, si el Tribunal hubiere invocado el ya citado art. 148.1.1, puesto que no parece discutible que dotar a la Comunidad de una ley electoral propia es tarea que puede ser incluida en la competencia autonómica que aquel precepto constitucional protege: la «organización de sus instituciones de autogobierno», pero el caso es que no lo hace, como hubiese sido más adecuado aducir al respecto la regla del art. 147.2.c) que establece como contenido necesario del Estatuto la «organización» de las propias instituciones de autogobierno.

En pocas palabras las dos excepciones que el Tribunal ve en la Constitución, al efecto de limitar el alcance del «régimen electoral general» son racionales, pues ¿cómo van a ser «generales» las reglas sobre designación de senadores autonómicos o la de la elección del Parlamento territorial, si en caso ese régimen se fija en normas particulares? No obstante el Tribunal no desea establecer en este punto la diferencia entre «régimen electoral general» y «régimenes electorales especiales» y no sin motivo. Mas aquí entra en juego la segunda excepción.

12 La doctrina constitucional posterior ha venido a extender la aplicación de dicho modelo a todas las Comunidades a partir de la segunda decisión sobre las transitorias del Estatuto canario. *Vide* STC 225/98 FJ 6 y 7.

13 Tan es así que en todos los casos ha sido una norma estatal con rango de ley orgánica la que ha venido a establecer la formación inicial de

dicha materia: el propio Estatuto contiene previsiones ordenadoras del sistema electoral y son las disposiciones transitorias anejas al mismo las que regulan inmediatamente las primeras elecciones, régimen que se mantiene todavía hoy en algún caso, como el catalán, en el que el Parlament no ha tenido tiempo de hacer una ley electoral.

#### IV. Las salvedades (I). Las excepciones que establezcan los Estatutos

El Tribunal extiende la posibilidad de excepcionar del «régimen electoral general» a los Estatutos de Autonomía, y señala explícitamente porqué: porque el Estatuto Vasco separa la competencia sobre régimen local y la competencia sobre elecciones locales, y, además, atribuye al Parlamento Vasco la facultad de establecer el régimen electoral de las Juntas Generales de los Territorios Históricos, a los que no se aplica la entonces vigente ley de elecciones locales por expresa previsión de la misma. Vaya por delante que el primer argumento no es del todo correcto: el art. 10 del Estatuto Vasco, que enumera las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, se refiere a la administración local en su apartado 4 en términos similares a los de otros estatutos de primera generación («régimen local sin perjuicio del art. 149.1.18»), lo que si desglosa es otra cosa: la delimitación de términos municipales, lo que realmente tiene de peculiar es la previsión de la competencia exclusiva sobre el régimen electoral de Juntas Generales y Diputaciones forales (art. 10.3 en relación con el art. 37.3 EAPV). Como el Tribunal no desea entrar a cuestionar dicha competencia para darle alguna cobertura a su conservación debe recurrir a la posibilidad de que los Estatutos puedan establecer excepciones, al efecto de salvar la peculiaridad vasca. Lo malo es que al hacerlo su doctrina principal se autodestruye.

La admisión de la hipótesis según la cual los Estatutos pueden excepcionar el ámbito de cobertura del «régimen electoral general» adolece de al menos cuatro inconvenientes muy serios: en primer lugar, en tanto en cuanto la sentencia no se refiere exclusivamente al Estatuto Vasco (recuérdese que el enunciado del FJ 3 *in fine* reza «salvas las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos»), sino a los Estatutos, genérico plural, hace depender la determinación del ámbito del «régimen electoral general» a lo que los Estatutos dicen hoy, o puedan decir mañana, de este modo dicho régimen tiene una cobertura de «geometría variable» de tal modo que lo que sea aquel régimen dependerá en cada momento de lo que los Estatutos, cada Estatuto, venga a establecer. En segundo lugar la mera posibilidad de que los Estatutos excepcionen deja en la incertidumbre que cosa sea aquel régimen, ya que para cambiar el alcance de dicha competencia no es necesario recurrir a la reforma constitucional, basta sencillamente proceder en alguno o algunos Estatutos a las correspondientes reformas. En tercer lugar la excepción comporta que el significado de un enunciado constitucional depende no de su ubicación en la ley fundamental, de su propio tenor y del tejido de relaciones que hacen unitaria a la Constitución misma, sino de las decisiones de un legislador ordinario, que puede de este modo operar mutaciones constitucionales sencillamente mediante la redefinición de la competencia autónoma. Finalmente subvierte el principio mismo de constitucionalidad, toda vez que hace depender el significado y alcance de normas supremas, de lo que puedan

determinar normas subordinadas. Piénsese que una vez establecido que las elecciones municipales son «régimen electoral general» bastaría con que un Estatuto viniera a preceptuar que la elección de alguno, algunos o todos los municipios de la Comunidad Autónoma se regulará mediante ley territorial, haciendo uso de la excepción autorizada por esta doctrina a los Estatutos, para que la reglamentación de las elecciones municipales escapara del ámbito de la ley orgánica para integrarse en el propio de la ley autonómica territorial. No es cuestión meramente académica, el actual Estatuto de las Islas Baleares ha cambiado el régimen de los Consejos Insulares previsto en el anterior: estos dejan de estar integrados por los parlamentarios autonómicos electos en cada isla para pasar a estar integrados por consejeros electos por sufragio universal directo, de conformidad con lo que disponga una ley territorial (*cf.* arts. 61.2 y 64.1 EAIB).

En pocas palabras: si el criterio del FJ 3 de la sentencia es correcto y el «régimen electoral general» esta integrado por las normas comunes a todos los procesos electorales y de las específicas propias del «Estado en su conjunto» y de las entidades territoriales en las que este se organiza y que enumeran los arts. 137 y concordantes de la Constitución las normas estatutarias que atribuyen a los Parlamentos Vasco y Balear la regulación de las elecciones de determinadas corporaciones provinciales o insulares son inconstitucionales. Si estas últimas son constitucionalmente conformes el «régimen electoral general» no puede ir más allá de las normas comunes y la regulación de las elecciones generales. Pretender la combinación de ambas cosas es incongruente y, por ello, insostenible. Es más, si la clave se halla en la diferenciación entre régimen electoral general y «diversos regímenes electorales especiales y particulares», como el régimen de cada elección en particular es, por definición, especial, el régimen electoral general no puede ser otra cosa que el conjunto de las normas comunes a todos los procesos electorales. No pertenece al reino de la casualidad que en el momento en que la LOREG tiene que ordenar la materia electoral inspirándose en la doctrina que comentamos denomine el Título I con la rúbrica «Disposiciones comunes a las elecciones por sufragio universal directo», y encabece los demás títulos de la misma con la rúbrica «Disposiciones especiales para las elecciones...» Es decir, si seguimos en criterio del segundo párrafo del FJ 3 los Títulos II a VI de la LOREG al ser «regímenes electorales especiales» no son «régimen electoral general», pero si seguimos el criterio del párrafo siguiente lo son todos, con permiso de los Estatutos. Un maldito embrollo.

No obstante en mayo de 1983 el Tribunal tenía un excelente motivo para debilitar su tesis primaria admitiendo la posibilidad de excepcionar el régimen electoral por parte de los Estatutos. El art. 152.1 CE, del que se ha hecho mención, da cobertura tan sólo a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades que han optado por el acceso directo a la autonomía plena siguiendo alguno de los procedimientos de acceso que tienen por tronco común las previsiones del art. 151 CE, pero no otorga dicha cobertu-

ra a las Comunidades que optaron por el acceso inmediato a la autonomía menos plena siguiendo alguno de los procedimientos que tienen por tronco común el art. 143 CE o las vías extraordinarias del art. 144 CE. El problema era especialmente grave porque en al menos dos casos, los de Canarias y la Comunidad Valenciana, el procedimiento «del art. 143» daba acceso directo a un ámbito competencia propio de la autonomía plena y, en todo caso, trece de las diecisiete Comunidades no estaban amparadas por las previsiones del art. 152.1 CE, no obstante lo cual habilitaban a sus Parlamentos para producir leyes electorales propias. Como la Comunidad Autónoma es una de las entidades territoriales en que se organiza el Estado ex art. 137 CE de no establecer la excepción referida a todos los Estatutos se seguiría que la elección de los trece Parlamentos Territoriales afectados sería «régimen electoral general» y, por ende, devendrían inconstitucionales las previsiones electorales de todos los Estatutos en cuestión.

En rigor el problema de la doctrina de la Sentencia que comentamos es que no contiene una posición determinada acerca de que sea «régimen electoral general» en el sentido del art. 81.1 CE. Tiene varias. Una primera aparece en el párrafo tercero del FJ 2 cuando se sostiene que la reserva de ley orgánica comprende lo que es «primario y nuclear» en el régimen electoral, la elección de las Cortes Generales y las elecciones que traen causa del art. 140 CE, esto es las municipales. Una segunda aparece en el segundo párrafo del FJ 3, que distingue entre régimen electoral general y regímenes electorales «especiales y particulares», lo que le permite excluir de aquel la elección de senadores autonómicos y las elecciones de los Parlamentos territoriales que traen causa del art. 152.1, pero que en buena lógica obligaría a excluir el régimen de toda elección «especial» o «particular», lo que supondría sustraer de la reserva de ley orgánica no sólo las elecciones mencionadas, sino también las elecciones provinciales, las de los entes locales creados por las Comunidades, las de cabildos y consejos insulares y, andando el tiempo, la del Parlamento Europeo. Finalmente la del tercer párrafo de FJ 3: es régimen electoral general el conjunto de normas válidas para la elección de las instituciones representativas del Estado y de las entidades territoriales en que se organiza, competencia limitable y reducible merced a la doble excepción de los supuestos fijados en la Constitución y en los Estatutos. La decisión según criterios de justicia material trae estas consecuencias.

14 La ley ha tenido las siguientes reformas LLOO 1/87, 2/88, 8/91, 10/91, 6/92, 13/94, 3/95, 10/95, 1/97, 2/98, 3/98, 8/99, 6/02, 1/03, 16/03, 3/07, 9/07, de ellas destacan la operada por la ley 1/87 que introdujo la regulación de las elecciones al Euro parlamento, la 8/91, de largo la más extensa, que modificó ampliamente la regulación de la financiación pública y la 8/99 que modificaba profundamente la elección y exigencia de responsabilidad al Alcalde.

## **V. Los excesos del Legislador: la elección de los órganos de gobierno local**

La doctrina establecida por el Tribunal en la Sentencia 38/83 sirvió en su día de base para la adopción de la versión original de la LOREG, norma que ha sido objeto de numerosas reformas de detalle<sup>14</sup> que no hacen al caso, y que acoge una interpretación expansiva (que algunos han calificado de radical) de aquella. Como ya se ha señalado el cuer-

po de la ley se estructura en dos partes diferenciadas: de un lado el conjunto de disposiciones que son de aplicación a todos los sistemas electorales, bien sea a título de norma de aplicación directa, de norma básica o de norma supletoria, que se encuentra en los Títulos Preliminar y Primero y comprenden del orden de los tres cuartos de la ley misma, del otro un bloque normativo que contiene una serie de «disposiciones especiales» para una serie de elecciones: diputados nacionales y senadores de elección provincial (T. II), elecciones municipales (T. III), a cabildos insulares (T. IV), a diputaciones provinciales de régimen común (T. V), y a la Eurocámara (T. VI). Si dejamos de lado la pretensión surrealista de que sean «régimen electoral general» las de los cabildos insulares, que sólo existen en Canarias, o que lo sea la elección de las diputaciones de régimen común (que no existen en doce provincias),<sup>15</sup> pretensión que no es surrealista pero que difícilmente puede conceptuarse como una elección el algún modo «general», conviene detenerse en el caso de la elección municipal.

Por de pronto hay que hacer notar que el régimen de las elecciones municipales que establece la LOREG no se corresponde exactamente con la doctrina de la Sentencia precitada, no al menos en cuanto que aquella sostiene que «[...] es, cabalmente, el art. 140 en relación con el art. 81.1 el que hace legítimo un sistema que establezca un régimen uniforme en materia de elecciones locales (FJ 2 *in fine*)» y no se corresponde exactamente porque si bien el sistema adoptado por la LOREG es uniforme por lo que toca al calendario,<sup>16</sup> no lo es en modo alguno por lo que toca al régimen electoral municipal *stricto sensu*. Veamos, la LOREG establece tres regímenes electorales distintos para las elecciones municipales: uno principal y dos secundarios. El principal (que en la práctica es aquel que se identifica políticamente como el sistema electoral municipal) no es sino una adaptación del previsto por la propia ley para la elección principal, esto es la de diputados nacionales: sufragio directo mediante voto de lista, que lo es de adhesión, escrutinio proporcional según método d'Hondt simplificado, barrera electoral, que para el caso es el 5 por ciento de los sufragios válidos emitidos; pero junto al mismo hay otros dos: de un lado los municipios con el régimen de Concejo Abierto, del otro aquellos cuya población va de los 100 a los 250 habitantes. En los primeros (los que

15 En efecto la diputación no existe en las Comunidades uniprovinciales peninsulares (Madrid, Murcia, La Rioja, Navarra, Cantabria, Asturias), en las que ha sido absorbida por la Comunidad Autónoma, tampoco existe en el País Vasco, donde su posición está ocupada por las peculiares Diputaciones forales, ni en las tres provincias insulares porque en un caso (Baleares) su papel es desempeñado por los Consejos Insulares y en el otro por los Cabildos. Lo que supone decir que al no existir en casi un cuarto de las provincias (el 24 por ciento), que suponen un poco menos de un tercio de la población, el calificar de «general» el régimen jurídico de dichas elecciones no parece muy acertado.

16 España es uno de los poquísimos países democráticos en los que todas las elecciones municipales se celebran simultáneamente en el conjunto del territorio nacional. Aunque ello se ha justificado por razones de

economía la motivación es muy otra: la convocatoria y celebración unitaria de la elección municipal esta pensada para generar un escenario en el que la elección municipal se plantee como una elección nacional de segundo orden, al efecto de mejorar las oportunidades de las candidaturas de los partidos de implantación nacional y en detrimento de las que puedan tener las candidaturas locales. Claro que ello tiene un riesgo: que el resultado de la elección municipal fuertemente desfavorable a la mayoría parlamentaria sea usado para deslegitimar esta y crear un escenario que fuerza la convocatoria anticipada de elecciones legislativas, como en su día ocurrió en Portugal. No es casual que en las democracias consolidadas de nuestro entorno las elecciones municipales (y provinciales en su caso) sean siempre elecciones fraccionadas.

tengan el régimen citado por tradición y aquellos otros cuyo número de vecinos sea inferior a 100) no hay Ayuntamiento y por ello no existe elección de concejales, no hay otra votación que la del Alcalde, que lo es por sufragio popular directo (cf. arts. 179.2 y 200 LOREG). En los segundos hay ayuntamiento, pero la elección se efectúa de modo similar al de los senadores provinciales: voto directo en la forma de un voto de preferencia que comprende lista abierta, voto limitado y decisión por mayoría simple. En rigor no hay «régimen uniforme». Naturalmente en el caso la racionalidad está del lado de legislador: en un país en el que el mapa municipal es como es, y en el que la realidad municipales es extremadamente diversa un régimen electoral uniforme es un disparate. Lo irracional, si acaso, no es que los micromunicipios tenga un régimen electoral peculiar, sino que la uniformidad se imponga en los mayores de 250 habitantes y lo haga sea cual sea la realidad material subyacente.

Entiéndase: si el Tribunal quiere efectuar una interpretación que reserve al Estado la facultad de establecer el sistema electoral municipal tiene que recurrir al argumento de la uniformidad, y eso es precisamente lo que hace, pues de otro modo difícilmente puede evitar la fuerza del argumento tradicional: la elección de cargos concejiles es «régimen local» y, en consecuencia, se rige en orden al reparto competencial por la previsión del art. 149.1.18 CE, lo que implica la posibilidad de presencia de los Parlamentos territoriales en la ordenación de las elecciones de los municipios de su territorio. De hecho el Tribunal tiene que argumentar sobre la base de la uniformidad porque de otro modo, si no se refugiara en él, tendría que atenerse a su propia doctrina previamente establecida en orden al régimen local, y sostener que el mismo se halla sujeto al régimen que determinan de un lado el citado precepto constitucional y del otro los preceptos estatutarios que asumen competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre tal régimen, y que ello supone positivamente la facultad autonómica de introducir diferenciaciones normativas y negativamente la exclusión de un régimen uniforme.<sup>17</sup>

Que la competencia sobre «régimen local» comprende la disciplina de las elecciones municipales y la regulación del sistema de gobierno (o los sistemas de gobierno) de los entes locales no viene avalado sólo por una larga y no interrumpida tradición que se remonta hasta la Instrucción de 1813, sino también por la propia jurisprudencia previa del Tribunal, que se niega a reducir el «régimen jurídico» a la disciplina legal del procedimiento y al sistema de recursos. Ahora bien, aun cuando se estime, como hace el autor de la LOREG, que la doctrina de la sentencia que comentamos exige la forma de ley orgánica para la regulación de las elecciones municipales, y con ella la exclusión de la competencia normativa autonómica, me parece que pocas dudas pueden haber respecto de otra cuestión: la organización del sistema de gobierno no es «régimen electoral general» por la buena y sencilla razón de que no es «régimen electoral» de ninguna clase. En los propios términos del art. 140 CE las figuras de los regi-

<sup>17</sup> Vide SSTC 4/81 FJ 1 b) y 32/81 FJ 5.

dores y del alcalde, que integran el ayuntamiento son otra cosa: «Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales.»

Aquí se trata precisamente de órganos de «gobierno y administración», y por eso el propio precepto, cuando abre la posibilidad constitucional de que el Alcalde sea electo bien por el cuerpo electoral, bien por los regidores ubica tal posibilidad en inciso distinto del que reserva a ordenar la elección de estos últimos. Tan es así que la propia sentencia que sirve de soporte a la LOREG no dice una sola palabra sobre el gobierno municipal y sus órganos.

De lo anterior se sigue que el procedimiento a emplear en la elección de alcalde y la regulación de la relación fiduciaria entre este y los concejales, así como la configuración de los procedimientos de acreditación y retirada de la confianza de estos en aquel no es «régimen electoral general» al no ser lo primero, y por ello no puede sostenerse ni que exijan la forma de ley orgánica (no hay al respecto reserva específica y el régimen local no figura en la reserva genérica del art. 81.1 CE), ni que formen parte de la LOREG, ni que su regulación excluya la competencia autónoma. La racionalidad más bien indica lo contrario: dada la diversidad fáctica del universo municipal la opción más indicada es la de la diversidad de regulaciones. En consecuencia las previsiones de los arts. 196, 197, 197 *bis*, 198 y 199 de la LOREG incurrir en dos vicios de inconstitucionalidad: de un lado vulneran las competencias autonómicas sobre régimen local, al no permitir ningún margen significativo de actuación a las Comunidades mismas e imponer un régimen uniforme; del otro vulneran el principio democrático de decisión al operar indebidamente una congelación de rango a favor de la ley orgánica cuando la remisión a la misma carece de amparo constitucional.

## **VI. Un problema sobrevenido: la elección europea**

La LOREG, en su versión original, no contenía previsión alguna sobre la elección al Parlamento, toda vez que aún no éramos miembros de las Comunidades en el momento de su aprobación. Efectuada la integración, provisionalmente la delegación española en el Parlamento Europeo se proveyó mediante representantes designados por las Cámaras, no obstante la necesidad de regular la elección de los eurodiputados por sufragio directo motivó la reforma de aquella mediante la ley orgánica 1/87, que a más de introducir leves retoques en la parte general de aquella introducía en la misma un título enteramente nuevo (el VI) al efecto de regular dichas elecciones. La técnica seguida para ello por el legislador español consistió, de un lado, en acentuar el carácter de «código electoral» que la LOREG tiene desde su concepción, incorporando a la misma las reglas ordenadoras de esta «elección especial», y del otro en atribuir a la misma la naturaleza y rango de ley orgánica. Como el mandato de PE es de mayor duración que

el de las elecciones nacionales (cinco años) y cabía la posibilidad de que se hallara muy próxima en el tiempo la convocatoria de elecciones nacionales y la de los diputados al PE, con los inconvenientes que son de rigor cuando dos procesos electorales no son coincidente pero se encabalgan, por la LO 3/98 se introdujo una previsión *ad hoc* en la forma de la d.ad. 5.<sup>a</sup> LOREG.

El legislador justificó en su día la naturaleza orgánica de las disposiciones especiales referidas a la elección de los eurodiputados en los siguientes términos: «Nos encontramos, en efecto, ante una materia que forma parte del “régimen electoral general”, tal y como aparece definido en el art. 81.1 CE (*vide EM II*).»

Fuera de tan apodíctica afirmación no se registra argumento alguno que la sustente, siendo la cuestión punto menos que pacífica desde entonces. Desde luego pudo el legislador argumentar la necesidad de una ley orgánica para regular la cuestión en la regla del art. 93 CE, desde el punto y hora que la regulación del Parlamento y del estatuto de sus miembros se halla fijado en todo por lo que toca al primero y en parte por lo que toca al segundo por Derecho de la Unión (sea originario o derivado), pero el caso es que no lo hizo, y no resulta difícil entender porqué: la solución adoptada permite, como ya se ha señalado, conservar la muy cómoda configuración de la LOREG como código electoral, al tiempo que sustrae del debate la cuestión de la competencia. Ahora bien ¿es satisfactoria la cobertura de la cláusula precitada al efecto de establecer la necesidad de ley orgánica y la integración en la LOREG? A la luz de la sentencia que comentamos las cosas no son ciertamente tan claras como podría parecer. Veamos.

Como ya se ha señalado la doctrina constitucional que sirve de base a la configuración de la LOREG contiene tres teorías distintas acerca de que cosa sea «régimen electoral general», de conformidad con la primera (FJ 2 pf. Tercero) dicho régimen comprende el núcleo normativo común a la regulación de todos los procesos electorales, la municipales y las de las Cortes Generales. De acuerdo con la misma no se ve como puede ser aquel régimen una elección como la que tratamos, mas bien al contrario, se trataría de una elección por sufragio directo (y por ello le serían de aplicación las normas comunes, que traen causa del art. 23.1 CE), pero las específicas no parece que puedan serlo porque no se corresponden con ninguno de los supuestos contemplados y, siendo la ley orgánica, excepcional desde el punto de vista de la aplicación del principio democrático de decisión y exigiendo por ello interpretación estricta no parece que el argumento de analogía con la elección del Congreso tenga mucha fuerza.

De conformidad con la segunda (FJ 3 pf. Segundo) gira en torno a la distinción entre régimen electoral general y regímenes electorales especiales y ya sabemos, por confesión expresa del propio legislador, que la de los diputados del PE es de las segundas.

No obstante si optamos por la tercera, a la postre la que sustenta la LOREG misma, nos encontramos, en primer lugar, que el PE no es una de las instituciones representativas del Estado en su conjunto, por la buena y sencilla razón de que no estamos ante

una institución representativa estatal, y tampoco es una institución representativa de las entidades territoriales en que se organiza el Estado mismo ex art. 137 CE. No parece que, en tales términos, dicha elección pueda ser «régimen electoral general».

En conjunto ninguna de las tres teorías que maneja la decisión de 1983 permite fundamentar que la elección de los diputados españoles en el PE sea régimen electoral general.<sup>18</sup>

Sentado lo anterior ¿existe algún amparo para exigir la forma de ley orgánica<sup>19</sup> para la elección de los diputados españoles del Parlamento de la Unión? El argumento más sólido a favor de tal tesis es el que invoca el art. 23.1 CE en relación con la cláusula del desarrollo de los derechos fundamentales del art. 81.1 CE. En efecto en el caso de la elección de los eurodiputados nos hallamos ante una elección por sufragio universal directo, lo que se corresponde con el derecho fundamental del art. 23.1, y el régimen jurídico de dicha elección está constituido por las normas que ordenan el específico proceso electoral, empero siendo como es el derecho citado un derecho de configuración legal<sup>20</sup> aquel régimen no está reservado a la ley orgánica (por eso son posibles las leyes electorales autonómicas) y, en consecuencia, no parece incontestable que la disciplina de una elección como la que tratamos exija regulación mediante ley orgánica. Ciertamente exigiría regulación mediante norma estatal, que debe ser norma parlamentaria ex art. 53.1 CE, toda vez que la elección lo es de la representación que corresponde a los ciudadanos de la Unión residentes en España, lo que excluye la legislación territorial. Que la elección deba tener regulación mediante ley orgánica me parece, visto lo visto, cuanto menos dudoso, y en tal caso en la duda me inclinaría por la negativa por dos razones distintas: de un lado por la ya mencionada del carácter excepcional del uso de tal instrumento normativo, que al comportar una excepción al principio democrático de decisión, exige interpretación estricta; del otro porque la inclusión en la reserva de ley orgánica no me parece fácil de compaginar con la posibilidad, que hoy registra el Tratado de Lisboa, de regulación unitaria mediante derecho derivado.

## VII. Una reinterpretación

¿Cómo podría operarse una reconstrucción doctrinal de las normas constitucionales atinentes a la materia que no incluya las contradicciones que aquí hemos visto? Si no me equivoco el conjunto de disposiciones constitucionales podría reconstruirse del siguiente modo:

*Primero.* En las elecciones entran en juego los dos derechos reconocidos a título de fundamentales en los apartados primero y segundo del art. 23 CE. Un jurisprudencia constante ha venido a limitar el ámbito de aplicación de los mismos a las elecciones mediante las cuales se expresa el principio democrático, y, en consecuencia, a las correspondientes a los entes públicos territoriales en los que el Estado se orga-

18 Y ello sin considerar el impacto que pudiera tener la adopción de un procedimiento electoral común o único (especialmente si este último, además, es uniforme) por vía de derecho derivado de la Unión.

19 Forma de ley orgánica, que su ordenación es competencia exclusiva del Estado se sigue tanto de la naturaleza territorial de la competencia autónoma cuanto de la cláusula de poder residual del art. 149.3 CE.

20 Como viene afirmando de modo constante el Tribunal cuanto menos desde la STC 161/88.

niza (por todas STC 47/90 FJ 7). Negativamente ello supone excluir de dicho ámbito tanto las elecciones internas de las asociaciones, como las correspondientes a elecciones sindicales o corporativas.

*Segundo.* Los citados derechos son derechos fundamentales, pero al tiempo son derechos de configuración legal. Dicha configuración puede hacerse mediante leyes orgánicas, pero también mediante leyes ordinarias o reglamentos parlamentarios, y aun mediante normas subordinadas (por todas *vide* STC 205/90 FJ 6 o 135/04 FJ 4 a). La cuestión que nos ocupa se inserta en ese marco de referencia.

*Tercero.* Al exigir la ley orgánica un quórum de aprobación que excede a la regla de decisión propia del principio democrático, la reserva de ley orgánica, sea cual sea su forma, debe ser interpretada mediante escrutinio estricto. De este modo sólo es exigible la forma de ley orgánica en aquellos casos en los que una materia es objeto de reserva expresa, bien sea mediante reserva específica, bien sea mediante cláusula general.

*Cuarto.* La Constitución contempla una reserva de ley orgánica genérica (art. 81.1 CE) y junto a ella una larga serie de reservas específicas. Los principios de eficacia jurídica y unidad de la Constitución imponen preferir aquellas reconstrucciones que maximizan a eficacia jurídica y permiten evitar redundancias y enunciados vacíos. De ello se sigue como directriz general que las reservas específicas deben ser entendidas como reservas adicionales mediante las cuales se exige la forma de ley orgánica para supuestos no incluidos en la reserva genérica.

*Quinto.* En lo que a elecciones se refiere existen reservas específicas de ley orgánica en el art. 69.2 (senadores de elección provincial), 69.5 (senadores de provisión autonómica), 141.1 *in fine* (mapa provincial) y 152.1 (elección del Parlamento Territorial). En los casos segundo y cuarto la reserva opera a favor de una norma peculiar: el correspondiente Estatuto de Autonomía. De ello se sigue que no son parte de la reserva genérica, y que por ello no son ni norma de desarrollo de derecho fundamental, ni régimen electoral general las elecciones al Senado y las elecciones de los Parlamentos territoriales. Y que tampoco lo es la determinación del mapa provincial.

*Sexto.* En materia electoral existe reserva de ley, pero esta no viene referida a la ley orgánica, sino a la ley, sin ulterior precisión, en primer lugar las normas de desarrollo de los derechos fundamentales de participación ex art. 53.1 CE; en segundo lugar las elecciones al Congreso de los Diputados ex art. 68 CE; en tercer lugar las elecciones municipales ex art. 140 CE, en cuarto lugar las elecciones a diputaciones provinciales de régimen común o cuerpo representativo que las sustituya (artículo 141.2).

*Séptimo.* La reserva genérica de ley orgánica (art. 81.1) contiene dos cláusulas de posible aplicación a la materia electoral: de un lado las normas de «desarrollo» de los derechos del artículo 23 CE, del otro la del «régimen electoral general». La posible

aplicación de la primera debe descartarse por dos razones: de un lado resulta incompatible con la naturaleza de tales derechos como derechos de configuración legal, amen de serlo igualmente con las normas constitucionales que atribuyen a órganos distintos de las Cortes Generales la facultad de ordenar instituciones que exige constitutivamente la creación y regulación de cargos y funciones públicas y del acceso a las mismas (por todas art. 148.1.1 CE y art. 103 CE en relación con las cláusulas reconocedoras de autonomía de los entes territoriales); del otro porque resultaría redundante con la cláusula de «régimen electoral general» toda vez que esta no es una cláusula que reserva la ordenación de las elecciones llamadas generales, sino que, como señala acertadamente el Tribunal, reserva a la ley orgánica el «régimen general» de las elecciones, lo que permite conectar dicha reserva con la cláusula que exige norma parlamentaria para la regulación de tal materia (artículo 53.1 en relación con el art. 70), y con la exclusión de la misma del ámbito de aplicación de los reglamentos de urgencia (art. 86.1 CE) y de la delegación legislativa (art. 82.1 CE).

*Octavo.* Positivamente ello supone incluir necesariamente en la reserva a la ley orgánica del «régimen electoral general» al conjunto de normas comunes a todos los procesos electorales, aquellas que constituyen el tronco común de la regulación del instrumento principal de manifestación en el Estado de principio democrático. Lo que, además, se ve corroborado por la asignación al Estado/poder central de la competencia sobre ese núcleo común en virtud de la previsión del art. 149.1.1 CE.

*Noveno.* Negativamente ello supone excluir: primero las elecciones expresamente excluidas, esto es las precisadas en el párrafo quinto de este apartado; segundo las demás elecciones que quedan reservadas a la ley ordinaria en la medida en que sus reglas específicas ordenan una o unas elecciones particulares más allá del núcleo común precisado reservado a la ley orgánica, lo que comprende las elecciones municipales, las provinciales, las de cabildos insulares y las de los entes territoriales que puedan crear las Comunidades Autónomas.

Una reconstrucción de este tipo es más ajustada al texto constitucional y de mayor conformidad con los principios rectores de la interpretación constitucional de que se ha hecho mención. No obstante conduce a una paradoja: la elección principal no está incluida en la reserva de ley orgánica y, por lo mismo, la elección del Congreso podría ser regulada mediante Decreto Legislativo.<sup>21</sup> Realmente no se acaba de entender que exista una expresa reserva de ley orgánica para la elección del Senado y no la haya en lo que toca a la elección del Congreso. No obstante una interpretación sistemática guiada por el principio de unidad nos permitiría escapar de la paradoja señalada si aceptamos que, como queda claro de la relación entre el primer inciso del art. 99.1 CE y la regla del primer inciso del art. 101.1 de la ley fundamental son «elecciones generales» las del Congreso, y si, sobre la base de esa definición que la propia ley fundamental

<sup>21</sup> No mediante reglamento de urgencia porque la cláusula del art. 86.1 CE es mucho más rigurosa que la correspondiente del artículo 82.1 CE.

opera, incorporamos al «régimen electoral general» la regulación de la elección principal. De este modo dicho cláusula se entendería como reservando a la ley orgánica la elección del Congreso y la regulación del núcleo común a todos los procesos electorales.

Una reconstrucción de este tipo tiene, a mi juicio, varias ventajas comparativas respecto de la fijada en 1983, por de pronto tiene la virtud de resolver el problema sobre la única base de la Constitución, sin necesidad de recurrir a la hipótesis accesoria que exige adicionar las normas subordinadas que integran con aquella el bloque de la constitucionalidad, es por ello una solución más simple. En segundo lugar suprime las contradicciones que registra la motivación de la decisión de 1983. En tercer lugar evita las contradicciones que se siguen de una construcción que implica que normas subordinadas a la Constitución se usan al efecto de determinar cual es el significado y alcance de las normas constitucionales. Obviamente una reconstrucción así conduce a una conclusión de incorrección política suma en los días que corren: la elección municipal y provincial, como la de cabildos y consejos insulares, como la de los entes locales que las Comunidades puedan crear, pasa a ser «régimen local» (como lo ha sido siempre en nuestra tradición legislativa), y por ende la competencia estatal sobre ellas se ciñe a las previsiones del art. 149.1.18: el Estado puede fijar las normas básicas, pero estas deben dejar margen de decisión al legislador territorial y es a este al que compete establecer la regulación inmediata de toda clase de elecciones locales. Lo que entre otras virtudes, tiene la de gozar de una mayor congruencia con la forma de Estado realmente existente que la doctrina actual.<sup>22</sup> Otra cosa es que el legislador territorial, al que competiría la adopción de las normas legales mediante las cuales se adapta la legislación básica del Estado a las condiciones de cada Comunidad Autónoma y sus administraciones locales, tenga la capacidad material, y la voluntad política, de ejercer tales facultades, o si, como sucede con harta frecuencia, el desarrollo y la adaptación se resuelven mediante el recurso de cortar y pegar preceptos tomados bien de la legislación estatal, bien de la de otras Comunidades Autónomas. El de Internet no es solo un descubrimiento de los malos estudiantes.

Alfara del Patriarca, primavera de 2010.

22 Obviamente ello supone decir que los artículos comprendidos entre el art. 176 y el 209 de la LOREG son inconstitucionales, precisamente por contener una regulación completa que no deja espacio normativo para el ejercicio de la potestad legislativa territorial. Puede que no sea políticamente correcto, pero me parece que indudablemente mejor que la continuación de una doctrina, la de 1983, que implica que basta con la inclusión en un Esta-

tuto de una norma que asigne la competencia exclusiva sobre las elecciones locales en su territorio al Parlamento Territorial, para que al amparo de las «salvas las excepciones que puedan establecer los Estatutos» desaparezca el mínimo normativo común que las bases del régimen local garantizan y las elecciones locales pase a ser competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Lo que tal vez no sea una idea tan mala...