Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

CONSTITUCIÓN, PODER ELECTORAL Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO*

SUMARIO: I. Constitución, Poder Electoral y Garantías jurisdiccionales como categorías interdependientes. II. Constitución y Poder Electoral. III. Caracterización del régimen electoral general español. IV. El derecho de sufragio. Expresión máxima del Poder Electoral. V. Constitución y garantías jurisdiccionales.

I. CONSTITUCIÓN, PODER ELECTORAL Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES COMO CATEGORÍAS INTERDEPENDIENTES

Creo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que las expresiones Constitución, Poder Electoral y Garantías judiciales son categorías interdependientes en el constitucionalismo presente, tanto nacional, europeo como Iberoamericano. En efecto, La comprensión moderna del principio de separación de poderes no se puede entender, de una manera u otra, sin una remisión, explícita o no al Poder Electoral. A la par de que por todos es sabido, como ya decía Dran, "que los derechos valen lo que vales sus garantías", y dentro de estas las más importantes son las que satisfacen los órganos jurisdiccionales del Estado, tanto de los que podemos denominar incluidos en la jurisdicción ordinaria, como, en su caso, de la misma justicia constitucional.

Estas ideas, aun siendo nuevas al menos en su formulación presente, son recogidas ya por la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, en la que se afirmaba en su importantísimo

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Vocal de la Junta Electoral Central.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

artículo 16, que toda sociedad en la que no se reconocen los derechos fundamentales, ni el principio de separación de poderes carece de Constitución. Lo que es tanto como afirmar, hace ya más de doscientos años, y con todas las puntualizaciones que se quiera por ejemplo, de sufragio censitario, la afirmación de la Constitución democrática sobre todas las demás que sólo lo son de nombre. Pues bien, ambas ideas se conforman, y además de manera muy principal en nuestra Constitución de 1978.

Así, nuestra Ley Fundamental de 1978 recoge, y además de manera muy generosa, los dos contenidos apuntados. De un lado, la llamada Parte Dogmática, esto es, la que se ocupa de reconocer y tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, y a la que el constituyente dedica una atención desconocida en nuestro derecho constitucional histórico así como en el constitucionalismo de nuestro entorno, con quizás la única salvedad de la Constitución portuguesa de 1976. Pues bien, esta atención, a la que se dedica el Título I de la Constitución, con más de una cuarentena de artículos (artículo 10-56), encuentra su expresión de participación política en el artículo 23, donde se consagran los derechos de participación política, y tal y como desarrollaremos más adelante.

Pero es que además de la parte que disciplina los derechos fundamentales, nuestra Carta Magna acoge también, sin dudas, un muy generoso tratamiento de los diferentes poderes del Estado. Lo que se denomina la Parte Institucional de la Constitución. Y en este sentido, nuestra Constitución va más allá de la simple constatación de la teoría tripartita de separación de poderes que formuló Monstequieu a finales del siglos XVIII: Esto es, poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. Hoy, no hay duda, con independencia de su formulación lingüística, que el constituyente español ha reconocido además de los citados otros poderes más. a saber: el poder electoral, el poder moderador (atribuido al jefe del Estado en una monarquía parlamentaria),el poder corrector(que se asigna al Tribunal Constitucional) y el poder constituyente constituido (es decir, el poder que tiene encomendada la reforma de la propia Constitución. Por lo demás, queremos llamar la atención, de que el poder judicial, muy lejanos los tiempos de la construcción de Montesquieu, en que éste era "la boca muda que pronuncia las palabras de la ley", se ha convertido en la auténtica piedra de toque de todo régimen constitucional. Lo que no parece que pasó por alto nuestro constituyente, al ser el único de los poderes del Estado español que recibe de forma explícita tal denominación.

Desde estas premisas, que aquí sólo apuntamos, vamos a pasar a examinar las realidades expuestas.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

II. CONSTITUCIÓN Y PODER ELECTORAL

El cuerpo electoral está integrado por el conjunto de ciudadanos que disfrutan del derecho al voto, o lo que es lo mismo, de los ciudadanos que gozan del derecho de sufragio. Es decir, el cuerpo electoral está formado, como regla general, por los nacionales mayores de edad que disfrutan del pleno ejercicio de los derechos políticos y que están inscritos en el censo electoral.

La doctrina ha mantenido posiciones contrapuestas sobre su *naturaleza jurídica* que se pueden resumir en las tres siguientes: para un primer sector, el cuerpo electoral es un *órgano del Estado*, un órgano del Estado-aparato; para otra parte, en cambio, éste es un *órgano del pueblo*, un órgano del Estado-institución; y, finalmente, para algunos, el cuerpo electoral es una institución *autónoma e individualizada*, un organismo *sui generis* constituido por el pueblo, en cuanto cuerpo político, que opera en el ámbito del Estado-institución, y que es activado por el Estado-aparato. Para nosotros, el cuerpo electoral es un órgano del Estado, el órgano en el que descansan los demás órganos estatales. Se confirma así como el órgano originario del Estado que expresa la voluntad popular.

Efectivamente, el cuerpo electoral sobresale por encima de los demás órganos e instituciones que forman la organización jurídico-política del Estado. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque los demás órganos emanan de él mediante su elección, ya sea de una forma directa o de un modo indirecto. En segundo término, porque disfruta del poder suficiente y necesario para controlarlos. Esta supervisión se ejerce bien de un modo mediato, a través de sus representantes, como es el caso de la democracia representativa, bien de una forma inmediata, interviniendo directamente en el mismo, en el supuesto de la democracia directa. Por todo ello, ha afirmado con razón Ortolan, que "si todos los demás poderes del Estado parecen colocados sobre éste es porque los sostiene a todos".

El cuerpo electoral se manifiesta en el régimen constitucional español en los siguientes supuestos:

- Actúa conjuntamente, constituyéndose en colegio único, en los supuestos del referéndum consultivo (artículo 92) y del referéndum constituyente, tanto facultativo (artículo 167) como obligatorio (artículo 168), así como en las elecciones al Parlamento Europeo.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

- Opera asimismo en conjunto, pero organizándose en colegios electorales particulares, en la elección de los miembros del Congreso de los Diputados (artículo 68) y del Senado (artículo 69).

- Interviene en colegios territoriales autónomos para el ejercicio de las funciones electorales locales. Éste es el caso de las elecciones de los órganos representativos de las Comunidades Autónomas (artículo 152.1), de la Administración municipal y provincial (artículos 140 y 141), así como de los referéndum autonómicos (artículos 151, 152 y Disposición Transitoria Cuarta).

- Participa, aunque sin llegar a constituirse en colegio, formando grupos de electores, en el derecho de petición (artículos 29 y 77) y en la iniciativa legislativa popular (artículo 87.3).

En todo caso, éste no es un órgano de naturaleza permanente y estable. De una parte, sólo se manifiesta cuando los ciudadanos ejercitan las diferentes instituciones de la democracia directa (referéndum, iniciativa legislativa popular y, en su caso, derecho de petición), o en el supuesto de la democracia representativa, en el que se procede a la convocatoria de elecciones a las Cortes Generales, a las entidades locales y Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas o al Parlamento europeo. Y, de otra, su composición y número varía constantemente, pues en él se producen bajas (por ejemplo, por fallecimiento o incapacitación), como altas (caso de las personas que alcanzan la mayoría de edad o adquieren la nacionalidad española).

Ahora bien, esta caracterización del cuerpo electoral como órgano superior y último fundamento en el que descansan los demás poderes del Estado, no supone que disfrute de una naturaleza absoluta y omnímoda, como si se tratara de un poder cuasi-sagrado. El cuerpo electoral se encuentra sometido a ciertas limitaciones. De un lado, porque no se puede identificar con la Nación, ni tampoco con el Estado, pues fuera del mismo existen individuos, colectividades e intereses sociales varios que escapan a éste. Como decía Pérez Serrano, una cosa es que el cuerpo electoral aspire legítimamente a identificarse lo más posible con la Nación, de manera que en él se recojan del modo más plural las diversas fuerzas políticas e intereses sociales y otra, bien distinta, que un tanto por ciento del mismo, por amplio que pueda ser, se arrogue la representación exclusiva de la personalidad estatal. Y, de otro, porque su voluntad no es homogénea y única, sino plural y compuesta.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

III. CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL ESPAÑOL

A) Su constitucionalización y estabilidad

La primera nota del régimen electoral español es su constitucionalización. A diferencia de nuestro Derecho histórico (con la única excepción quizás de la Constitución de 1812, cuyos capítulos I, II, III, IV y V del Título III, regulaban pormenorizadamente las elecciones a las Cortes), la Constitución de 1978 dedica por primera vez alguno de sus preceptos a materias propiamente electorales. Estos son los casos del artículo 23.2, que reconoce el derecho de participación en los asuntos públicos; de los artículos 68 y 69, al regular la configuración y elección del Congreso de los Diputados y del Senado; del artículo 70, que establece el régimen general de incompatibilidades e inelegibilidades de los diputados y senadores; del artículo 140, que garantiza la autonomía y democracia municipal; del artículo 141.2, que prescribe que el gobierno y la administración autónoma de las provincias está encomendada a las Diputaciones y otras Corporaciones de carácter representativo; y del artículo 152, que impone entre los órganos de las Comunidades Autónomas la elección de una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional, que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio.

Su constitucionalización supone la atribución a la normativa electoral, o al menos a parte de ella, de los predicamentos de *superioridad jerárquica y rigidez formales* de la Constitución: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (artículo 9.1). De esta forma nuestra Norma Superior se asemeja a otros Textos constitucionales del Derecho comparado. Tales son los casos, por ejemplo, de los artículos 48, 56, 57 y 58 de la Constitución italiana de 1947, de los preceptos 38, 39 y 54 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y de los artículos 111 y 116 de la Constitución portuguesa de 1976.

En segundo lugar, la vigente Ley Orgánica de 1985, del Régimen Electoral General y el hoy derogado Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977, han dotado a nuestra ordenación electoral de la ansiada y necesaria *estabilidad*, frente a la inestabilidad característica de épocas pasadas. Basta con recordar el carácter consensuado de la Ley de 1985 entre las diferentes fuerzas políticas, y la necesaria aprobación del régimen electoral por ley

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

orgánica, que requiere para su aprobación mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (artículo 81.2 CE).

El origen de la reciente normativa electoral se encuentra fundamentalmente en el artículo 2, apartados tres y cuatro, de la Ley de 4 de enero de 1977, para la Reforma Política, que recogía la futura composición bicameral de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), y en su Disposición Transitoria Primera, en la que se ordenaba al Gobierno la regulación de las primeras elecciones democráticas a Cortes para constituir un Congreso de los Diputados de trescientos cincuenta diputados, y para elegir doscientos siete senadores, a razón de cuatro por provincia y uno más por cada provincia insular, dos por Ceuta y dos por Melilla. Los diputados y senadores serían designados por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad que residieran en el respectivo territorio.

A tales efectos, el Gobierno aprobaba, dos meses más tarde, el Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977, sobre Normas Electorales, en cuya Exposición de Motivos se justificaba su promulgación, con el objetivo de establecer las normas que habrían de regir el inmediato proceso electoral, sustituyendo la anacrónica normativa hasta entonces vigente. De acuerdo con el Real Decreto-Ley de 1977, la nueva legislación electoral respondía a tres imperativos: en primer lugar, al estricto cumplimiento de las previsiones legales de rango fundamental, es decir, del artículo 2 de la Ley de Reforma Política de 1977, que determinaba el número de diputados y senadores, la concreción de la provincia como circunscripción electoral básica, con las salvedades de Ceuta y Melilla y de los Archipiélagos canario y balear, así como los principios que inspiraban el sistema electoral; en segundo término, a la convicción de que la organización de la naciente democracia exigía hacer del sufragio el instrumento libre de opción entre las ideologías políticas concurrentes en términos de igualdad; y, finalmente, a la necesidad de adecuar estos principios a las específicas circunstancias españolas de entonces, puesto que cuarenta años de ejercicio autoritario del poder habían cercenado, cuando no anquilosado, las instituciones más clásicas de la democracia política.

Completando la normativa electoral, la Disposición Transitoria Octava, apartado tercero, de la Constitución preveía que, en el supuesto de que no se hubiera desarrollado legalmente lo previsto en sus artículos 68 y 69 -elección y composición del Congreso de los Diputados y del Senado-, serían de aplicación las normas vigentes con anterioridad, es decir, el reiterado Real Decreto-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Ley de 1977, "con las solas excepciones de que en lo referente a inelegibilidades e incompatibilidades se aplicará directamente lo previsto en el inciso segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 70 de la Constitución, así como lo dispuesto en la misma respecto de la edad para el voto y lo establecido en el artículo 69.3" Es decir, la mayoría de edad se rebajaba a los dieciocho años (artículo 12). Lo que suponía el respaldo por el propio Texto constitucional de la validez y vigencia del Real Decreto-Ley de 1977, con las salvedades reseñadas en materia de inelegibilidades e incompatibilidades, en el régimen especial de representatividad territorial de las provincias insulares en el Senado y en la adquisición de la mayoría de edad.

Pero con el tiempo, el Real Decreto-Ley de 1977 se convirtió no sólo en el marco normativo durante las primeras elecciones libres de 15 de junio de 1977, sino que extendió también sus efectos a los posteriores comicios legislativos de 1 de marzo de 1979 y 28 de octubre de 1982. Sin embargo, la naturaleza y el significado de la regulación preconstitucional del Real Decreto-Ley de 1977 era difícilmente conciliable con el nuevo régimen constitucional. Por ello, la doctrina constitucional y la mayoría de los partidos políticos abogarían por la aprobación de una legislación electoral que, consensuada por todas las fuerzas políticas, se acomodase a la actual realidad jurídico-política española.

Con todo, los partidos políticos parecían incapaces de ponerse de acuerdo sobre las bases que deberían informar la normativa electoral, posiblemente por el innegable condicionante que suponía la opción por una u otra regulación electoral sobre el resultado de las elecciones (número de diputados en las circunscripciones, representatividad de los distritos electorales, fórmula electoral, etc.). En este contexto, tuvo que ser una resolución del mismo Tribunal Constitucional la que recordaría la imperiosa necesidad de elaborar una legislación electoral. Así el Tribunal estimaba en su Sentencia 72/84 el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Popular contra el Proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores, aprovechando la ocasión para expresar con toda rotundidad, que "la Ley Electoral está prevista en la Constitución como una de las leyes llamadas a desarrollarla. Se deduce así, sin gran dificultad, de la lectura del artículo 70, y se deduce igualmente de la Disposición Transitoria 8.ª.3. La aplicación en elecciones postconstitucionales del Decreto Electoral anterior posee carácter excepcional". Algunas de estas ideas ya se habían manifestado con anterioridad en las Sentencias 40/81 y 29/83.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

El efecto de la Sentencia 72/84 fue inmediato y, apenas un año después, todas las fuerzas políticas, con la única excepción de los miembros del Grupo Mixto, aprobaban la vigente Ley Orgánica de 19 de junio de 1985, del Régimen Electoral General (LOREG). Esta mantendrá las grandes líneas inspiradoras del Real Decreto-Ley de 1977, siendo su mayor virtualidad haber fijado un marco normativo y sistematizado; lo que se denomina un *Código Electoral*.

Hoy la Ley ha sido modificada en bastantes ocasiones. En un primer momento, a través de la Ley Orgánica de 2 de abril de 1987, para la Regulación de las Elecciones al Parlamento Europeo. La segunda, por la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1991, que afectó a más de setenta artículos referidos a la Administración electoral, que mejoraba algunos aspectos del Procedimiento Electoral, como la convocatoria, la campaña, la votación y escrutinio, recurso contencioso-electoral, financiación electoral e incompatibilidades de los parlamentarios. La tercera, por la Ley Orgánica de 2 de noviembre de 1992, que modificaba los artículos 72, 73 y 141 en materia de voto por correo. La cuarta, la Ley Orgánica de 30 de marzo de 1994, sobre reducción de gastos electorales y el debido ajuste a lo establecido en el artículo 8 B. 2 del Tratado de la Unión Europea. La quinta, la Ley Orgánica de 23 de marzo de 1995, acerca de la elaboración del censo electoral. La sexta, la Ley Orgánica de 30 de mayo de 1997, al hilo de la Directiva comunitaria 94/80/CE, sobre las elecciones locales en desarrollo del citado artículo 8 B del Tratado de la Unión Europea. La séptima, la Ley Orgánica de 15 de junio de 1998, que regula el supuesto de coincidencia para la celebración en un plazo no superior a los cuatro meses de elecciones locales, autonómicas y al Parlamento Europeo. Y, finalmente, la Ley Orgánica de 21 de abril de 1999, con su origen en el denominado "Pacto Local", sobre la responsabilidad política (cuestión de confianza y moción de censura) de los Presidentes de las Corporaciones locales.

Ahora bien, la materia electoral no se agota en lo dispuesto en la Ley Electoral de 1985, pues no se puede olvidar la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referendum, modificada por la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre. Así como la aprobación de normativas sectoriales y específicas que regulan importantes aspectos como tarifas postales, actuación de los notarios en el voto por correo, dietas, subvenciones y gastos electorales, etc.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

B) Delimitación jurisprudencial

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido delimitando de forma paulatina el contenido y alcance de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, entendida como "las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y de las entidades territoriales en que se organiza a tenor del artículo 137" (STC 38/83). Dicha caracterización se concreta en los siguientes rasgos:

a) Se confirma, como no podía ser de otro modo, su preceptivo desarrollo por ley orgánica, conforme al artículo 81.1 CE. Como apuntaba la Sentencia 72/84, "el desarrollo normativo de la materia electoral por Ley Orgánica constituye una específica necesidad de desarrollo de la Constitución." Esta regulación es una consecuencia además de otro mandato constitucional, el del artículo 149.1.1.ª CE, que impone la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos. En este caso, del derecho de participación en los asuntos públicos del artículo 23 CE.

b) Se establece el desarrollo integral de su normativa, lo que impide una ordenación parcial y fragmentaria de la materia, sin perjuicio de que una vez instituida pueda modificarse por partes (STC 72/84).

c) Se considera que su contenido esencial se halla integrado por el conjunto de normas que disciplinan las instituciones representativas del Estado en su conjunto y el de las entidades territoriales en que se organiza (artículo 137 CE), con las únicas excepciones que se prevean en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (STC 38/83). O, como indica la citada STC 72/84, para que una ley merezca el calificativo de electoral ha de comprender "lo relativo a quiénes puedan elegir, a quiénes se pueda elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial".

d) Se expone su naturaleza de derecho supletorio frente a las demás legislaciones electorales de carácter autonómico, que se refieran exclusivamente a la regulación del régimen electoral de sus órganos representativos.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

e) Se distingue entre el "régimen electoral general" y los "regímenes electorales especiales", entre los que se comprende el nombramiento de senadores comunitarios y las elecciones a los Parlamentos autonómicos (STC 38/83).

IV. El derecho de sufragio. Expresión máxima del Poder Electoral

A) Introducción

Los derechos de participación son las más clásicas libertades de carácter político, pues el ciudadano disfruta además de los derechos de libertad-autonomía (status libertatis), del derecho de participación en la formación de la voluntad del Estado (status activae civitatis). Pues bien, el derecho de sufragio es quizá la manifestación más sobresaliente de este genérico derecho de participación política que reconoce expresamente el artículo 23, y sobre el que el artículo 9.2 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de facilitar y promover su desarrollo.

El derecho de sufragio se desglosa tradicionalmente en dos manifestaciones. En primer lugar, el derecho de sufragio activo o capacidad electoral activa, que consiste en el derecho de todo ciudadano a votar y a elegir libremente a sus representantes, fundamentalmente en el ámbito de las Asambleas parlamentarias. En segundo término, el derecho de sufragio pasivo o capacidad electoral pasiva, es decir, el derecho a resultar elegido, el derecho a presentarse como candidato, en cuanto expresión del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas. En esta lección nos detendremos en el derecho de sufragio activo, pues el derecho de sufragio pasivo lo estudiaremos cuando se analice la elección y composición del Congreso de los Diputados y del Senado en la lección 31. Sin que esto suponga desconocer el carácter interdependiente de los derechos de sufragio activo y pasivo, pues "ambos derechos se encuentran en íntima conexión y, desde una consideración objetiva del ordenamiento, se presuponen mutuamente" (STC 45/83).

B) El derecho de sufragio activo

a) Significado y caracterización

El derecho de sufragio activo es, como hemos apuntado, una consecuencia inmediata y principal del reconocimiento constitucional del derecho de

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

participación política del artículo 23.1 de la Constitución, al señalar que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal". Este derecho comprende tanto la elección de los miembros de las Cortes Generales (artículo 66 CE), como la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente (artículo 137 CE y STC 51/84). Quedan en cambio fuera de su ámbito objetivo, otros modos de participación como, por ejemplo, las formas profesionales, las económicas, la participación en la Administración de Justicia, etc.

b) Naturaleza

Su inclusión en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución -"De los Derechos fundamentales y libertades públicas"-, le atribuye una especial caracterización y protección en el ordenamiento jurídico. Se presenta como un derecho fundamental, un derecho público subjetivo que deriva del derecho de participación política del artículo 23 CE. Por ello, no procede una interpretación, ni un ejercicio discriminatorio por parte de los poderes públicos, que fuese en detrimento de determinadas personas o grupos. La configuración del derecho de sufragio activo está pues muy lejana de aquella concepción de los primeros tiempos del Estado Liberal de Derecho, según la cual éste se concebía como una función. A través de la teoría del electorado-función se designaban, dentro de una caracterización restringida y discriminatoria, los representantes más aptos, los más capacitados de la Nación. En dicha selección intervenían motivos tanto de carácter censitario (fundamentados en la riqueza, como sucedía, por ejemplo, en las Leyes Electorales de 1836 y 1878), como de exclusión de aquellos que no gozaban de una cierta educación y formación intelectual.

Frente a esta naturaleza, la noción del derecho de sufragio activo que acoge nuestra Constitución responde a la *teoría del electorado-derecho*, en virtud de la cual todo ciudadano, por el mero hecho de serlo, y siempre que satisfaga unos requisitos (edad, nacionalidad e inscripción en el censo electoral), tiene garantizado tan fundamental derecho de participación (sufragio universal). Ahora bien, éste no se agota en la designación por parte del electorado de sus respectivos representantes, pues asegura también a los representantes el ejercicio de las funciones encomendadas (STC 32/85).

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Pero el derecho de sufragio desarrolla asimismo una función electoral esencial en un Estado democrático, ya que a través del mismo los ciudadanos concurren de forma directa e inmediata a la formación de la voluntad del Estado, en cuanto cauce por el que se articula el funcionamiento democrático de los poderes e instituciones. Por ello, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 208/89, cuyo supuesto de hecho eran unas elecciones de naturaleza sindical, ha confirmado la actuación de los poderes públicos estimulando el derecho de sufragio y la participación en los diferentes ámbitos de la vida pública, aunque aclara, que se tutela asimismo el derecho a lo no participación política. O, en palabras del Tribunal Supremo, estamos ante un derecho público subjetivo a la función electoral.

c) El voto como derecho

Nuestra Constitución concibe el voto como un derecho de los ciudadanos a fin de participar en los asuntos comunes (artículo 23). Lo que equivale a decir *que nadie está obligado a votar*, aunque no se discute igualmente que en una democracia el ejercicio del voto debe depender del civismo y de la responsabilidad de los ciudadanos. Por consiguiente, en ningún caso existe la obligación de votar, ya que, a diferencia de otros ordenamientos, el nuestro no lo considera un deber constitucional. Es más: tan derecho es el votar como el no hacerlo, pues la abstención puede representar incluso la expresión de una crítica global a una política, a un Gobierno o al sistema político.

Desde esta perspectiva, *la abstención* se configura como una postura ideológica que está protegida por el artículo 16 CE. En palabras de Cotteret y Emeri, "el voto es un derecho vinculado a la persona del elector y no una función pública; no es abusar de su derecho no hacer uso de él".

Por tanto, su caracterización es incompatible con las sanciones, como sucedía en la Ley Electoral española de 1907, y en la actualidad en Suiza, Bélgica o en un número importante de Países Iberoamericanos, que imponen multas y publican una lista en la que figuran los ciudadanos que se han abstenido en las correspondientes elecciones. En este sentido, ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hablado del derecho de sufragio activo como un deber moral, como un deber político, pero no como un deber de naturaleza jurídica (Sentencias de 7 de julio de 1981 y 10 de abril y 14 de mayo de 1982).

Esta delimitación del sufragio como derecho, y no como un deber u obligación jurídica, es precisamente la que permite aclarar el problema, mal

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

entendido tanto por gran parte de la doctrina como por alguna jurisprudencia, *del abono de las horas dedicadas por los trabajadores a votar* (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1981, 10 de abril de 1982 y 14 de mayo de 1982). Este pago de los gastos ocasionados por el ejercicio del derecho de sufragio en días laborables, que cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo hace recaer en los empresarios, parte de una comprensión errónea de la naturaleza jurídica del voto.

Por supuesto, los trabajadores -los ciudadanos en general- deben gozar de las máximas facilidades, como el voto por correo o la flexibilidad de horarios, para ejercer sus responsabilidades cívicas, pero nunca en detrimento ni de la economía nacional, ni de los empresarios en particular. La solución práctica al problema es, como en la mayoría de los casos, la más sencilla: la fijación de los comicios y consultas electorales en días festivos. Lo que se ha venido haciendo en los últimos comicios celebrados.

V. CONSTITUCIÓN Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) Introducción

Las últimas y más perfectas de las garantías en todo procedimiento electoral son las de naturaleza jurisdiccional. En este sentido, la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 13 de marzo de 1991 hizo especial hincapié en ampliar y reforzar las garantías de este tipo.

Éstas se instrumentan a través del reconocimiento de diversos recursos que se refieren a los distintos momentos del proceso electoral. A saber: el recurso sobre el censo electoral; el recurso especial sobre la proclamación de los candidatos; el recurso contencioso-electoral; el recurso contencioso-administrativo; y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

B) El recurso contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral

El artículo 40 de la Ley Electoral regula la interposición de un recurso específico contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral durante el período electoral, que se insta ante el Juez de Primera Instancia en el plazo de cinco días a partir de su notificación. La sentencia se dictará también en el plazo máximo de cinco días, agotando la vía judicial. De esta manera, y con independencia del control general de los actos de la Adminis-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

tración Electoral por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, se tipifica este procedimiento judicial de especial rapidez durante el proceso electoral (artículos 106.1 CE y 1.3.c) LJCA).

C) El recurso especial contra la proclamación de las candidaturas y candidatos

El artículo 49 de la Ley Electoral establece un recurso contencioso-administrativo de naturaleza especial contra la proclamación de candidaturas y candidatos. Su legitimación se atribuye a cualquier candidato excluido y a los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada. El plazo para su interposición es de dos días a partir de la publicación de las candidaturas, instándose ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, conforme a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 (artículo 1.3.d)). La sentencia judicial, que se dictará en el plazo de los dos días siguientes, pone fin a la vía judicial ordinaria.

La previsión de esta vía jurisdiccional es acertada, aunque como afirma Entrena Cuesta, los procedimientos regulados son excesivamente sumarios, con unos plazos muy perentorios.

D) El recurso contencioso-electoral

a) Ámbito objetivo

El recurso contencioso-electoral es la garantía jurisdiccional más relevante dentro del sistema general de recursos que reconoce la Ley Electoral. Su ámbito se extiende a los acuerdos de las Juntas Electorales sobre la proclamación de electos, así como a la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales (artículo 109 Ley Electoral). De este modo, el legislador ha desarrollado el contenido del artículo 70.2 de la Constitución, donde se dice que «la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral», poniendo así fin al régimen medieval de la verificación de poderes, que se realizaba por parte de las propias Cámaras (Constituciones de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931) y al Decreto-Ley de Normas Electorales de marzo de 1977. Se entiende, con buen criterio, que el examen de la validez de las actas de parlamentarios no debe resolverse por las

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Cámaras, sino por los órganos jurisdiccionales, por ser éstos los únicos que ofrecen las condiciones indispensables de capacidad e independencia para una eficaz tutela de estos derechos. Para ello, las partes pueden alegar al hilo del procedimiento lo que entiendan conveniente (artículo 112).

b) Ámbito subjetivo

La legitimación para su interposición se encomienda a los siguientes sujetos: a) los candidatos proclamados o no proclamados; b) los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción; c) los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción (artículo 110). La representación pública y la defensa de la legalidad se asigna al Ministerio Fiscal (artículo 111).

c) Procedimiento

Éste se insta ante la Junta Electoral correspondiente en el plazo de los tres días siguientes al acto de proclamación de los elegidos, consignándose los hechos, los fundamentos de derecho y la petición presentada. El órgano judicial competente para su resolución depende de la clase de elecciones de que se trate: a) en las elecciones al Parlamento Europeo, al Congreso de los Diputados y al Senado lo es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; b) en las elecciones autonómicas o locales, el órgano judicial es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma. El Presidente de la Junta Electoral remitirá al órgano jurisdiccional competente el escrito de interposición, el expediente electoral y un informe de la propia Junta.

Recientemente la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2001 ha confirmado el recurso contencioso electoral como la única instancia procesal para resolver las controversias planteadas contra la proclamación de candidaturas.

d) Sentencia

Concluido el período de prueba, que no podrá exceder de cinco días, la Sala dictará sentencia, sin más trámite, en el plazo de cuatro días. La sentencia habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes:

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

a) Inadmisibilidad del recurso.

b) Validez de la elección y de la proclamación de los candidatos electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.

c) Nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos, y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda.

d) Declaración de nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes, y necesidad de efectuar una nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o bien proceder a otra elección cuando se trate del Presidente de una Corporación local. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o Secciones no comportará una nueva convocatoria electoral, cuando su resultado no altere la atribución de los escaños en la circunscripción afectada.

De este modo, la Ley Electoral asume *el principio de conservación de los actos electorales*, siguiendo la línea argumental mantenida también en Francia por parte del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual no procede la repetición de los comicios más que cuando se han producido irregularidades graves que falseen el resultado de las elecciones. Por ello, la Ley Orgánica de Reforma de la LOREG de 13 de marzo de 1991 ha modificado el criterio inicialmente recogido en el artículo 113.2.d), que preveía, sin más, la nulidad de la elección y la convocatoria de nuevas elecciones. Frente a tal regulación, la nueva redacción restringe la convocatoria a las Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes, e incluso desecha la repetición de las elecciones en las mismas, cuando aún habiéndose producido tales irregularidades, su resultado no distorsione la asignación de los escaños en la circunscripción correspondiente.

Y así se ha confirmado por el Tribunal Constitucional, al declarar la nulidad de las elecciones en determinadas Mesas electorales, y no, de forma necesaria, en toda la circunscripción electoral en que se desarrollaron los comicios (STC 24/90). El Tribunal parece haber perfilado una distinción entre las irregularidades electorales de naturaleza genérica, que tienen un carácter no cuantificable numéricamente, y aquellas otras irregularidades, por el contrario, cuantificables. Las primeras genéricas «deben valorarse y ponderarse

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

expresamente todas las circunstancias del caso», y suelen provocar la anulación de las elecciones en la circunscripción electoral (SSTC 24 y 25/90), elecciones generales de Murcia y Melilla). En cambio, las irregularidades cuantificables numéricamente exigirán comparar el número de votos viciados y la diferencia de votos existente entre las candidaturas o los cocientes que se disputan el último escaño (STC 24/90). Incluso ha defendido la posibilidad de acudir a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística.

Por último, la sentencia en el procedimiento contencioso-electoral se notificará a los interesados no más tarde del día trigésimo posterior (30º) a las elecciones. Contra la misma no cabe recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración, sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 114). Asimismo los recursos contencioso-electorales tienen carácter de urgentes y disfrutan de preferencia absoluta en su sustanciación y fallo en las Salas de lo Contencioso-Administrativo competentes (artículo 116.1).

E) El recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración Electoral

Un correcto aseguramiento del sistema de recursos jurisdiccionales de la Ley Electoral exige el reconocimiento de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de la Administración Electoral que no disfrutan de una vía especial de tutela judicial. De otro modo, quedarían exentos de la debida garantía jurisdiccional los demás actos de la Administración Electoral, impidiéndose su impugnación judicial. Lo que es, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «en todo punto incompatible con el principio de universalidad de la jurisdicción contenciosa y con las normas constitucionales que configuran el sometimiento de la Administración al control de los Tribunales» (ATC 1040/86).

Merece resaltarse el régimen de recursos contra los Acuerdos de las Juntas Electorales que, salvo que la Ley Electoral prevea un procedimiento específico de resolución judicial del conflicto, pueden ser objeto de recurso ordinario ante la Junta superior, que lo resolverá en el plazo de cinco días. Al respecto, hay que destacar la reciente declaración de inconstitucionalidad del artículo 21.2 de la Ley Electoral, que excluía el recurso administrativo y judicial en tales casos, al entender el Tribunal Constitucional que era contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y al control jurisdiccional de los actos administrativos (artículo 106.1 CE, y STC 149/2000).

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

F) El recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional

El recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional es la última de las garantías jurisdiccionales que ha perfeccionado la Ley Orgánica de Reforma de la LOREG de 13 de marzo de 1991. Sus rasgos más sobresalientes son los siguientes:

a) Su fundamentación estriba en la tutela de que disfruta el derecho de participación política reconocido en el artículo 23, al ser uno de los derechos fundamentales amparados en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución, de acuerdo con lo fijado en su artículo 53.2.

b) La Ley Electoral reconoce dos modalidades. En primer lugar, el recurso de amparo contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo contencioso-administrativo en los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49 Ley Electoral). En segundo término, el recurso de amparo frente a las sentencias recaídas en los procedimientos contencioso-electorales, que se ha introducido por la citada Ley Orgánica de 1991 (artículo 114.2).

c) El recurso de amparo electoral se caracteriza por las notas de subsidiariedad (STC 79/89) y especialización (artículos 23 y 53.2 CE).

d) Éste goza de una especial rapidez en su tramitación y resolución. En el primero de los casos, el amparo ha de solicitarse en el plazo de dos días, y el Tribunal Constitucional debe resolver en los tres días siguientes. En el segundo supuesto, se insta en el plazo de tres días, y el Tribunal fallará en los quince días siguientes.

Sin embargo, el recurso de amparo electoral ha sido objeto de un abusivo y mal uso por parte de los partidos políticos, al llevar al conocimiento del Tribunal Constitucional la resolución de conflictos electorales, más propios de la jurisdicción ordinaria. Esta inadecuada instrumentalización puede, de no ponerse freno, acentuar la politización del Tribunal, si éste termina adjudicando o consolidando los escaños electorales. Buena prueba de lo apuntado fueron sus controvertidas Sentencias 24, 25 y 26/90 sobre las elecciones

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

generales de 1989, dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia, Melilla y Pontevedra. Una posible solución a esta anómala situación pudiera ser quizá la creación en el Tribunal Supremo de una Sala específica de lo Contencioso-Electoral, que descargase al Tribunal de parte de este trabajo.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/