



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

## REFLEXIONES SOBRE EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO JUEZ ELECTORAL

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Procesos constitucionales y elecciones*. III. *Control de elecciones e intervención del juez constitucional*. IV. *Esbozando una propuesta*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Semeja oportuno introducir el tema que ahora nos ocupa aproximándonos brevemente al concepto de jurisdicción constitucional, dado que, como se verá después, ello es de relevancia en estas páginas.

En este orden de cosas, se puede definir esta institución como el desarrollo de una actividad de carácter jurisdiccional por parte de un órgano que posee un estatus diferente al de la justicia ordinaria y cuya competencia recae sobre los procesos constitucionales.<sup>1</sup> Como se ve, usamos tanto un elemento formal como uno material. El formal viene constituido por los rasgos propios de la jurisdicción y por el estatuto constitucional que tienen este tipo de órganos. En virtud de dichos rasgos, estamos ante un órgano independiente, que actúa sometido a derecho y basado en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción. El estatuto constitucional debe

\* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela, España.

<sup>1</sup> Estamos siguiendo la postura por nosotros defendida en *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 22 y ss. En este libro, por motivos pragmáticos, usamos como sinónimos las expresiones justicia y jurisdicción constitucional. Ahora no, por lo que prestamos atención sólo a los fenómenos de jurisdicción constitucional, aquellos en los que hay un órgano que ostenta el monopolio de rechazo de la ley inconstitucional.

aportarle autonomía administrativa y financiera. El elemento material, a su vez, se basa en el ejercicio de una serie de competencias relativas a los que podemos denominar procesos constitucionales. Estos son procesos que recaen sobre cuestiones básicas del poder público. Históricamente se han decretado tres tipos de semejantes procesos, que serían los procesos constitucionales típicos: el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y el control de la distribución vertical y horizontal del poder. Al margen de ello, suelen existir unas competencias añadidas que también cabe considerar procesos constitucionales al afectar al concepto material de Constitución y, por ende, a la delimitación del poder público. Entre estas competencias añadidas estarían los contenciosos electorales.

A esta conclusión (que la definición de jurisdicción constitucional tiene un elemento material que se conecta con el ejercicio de ciertas competencias) se puede llegar tanto desde una aproximación abstracta, propia de teoría de la Constitución, como a través de un examen histórico, o sea, analizar diacrónicamente el asentamiento y desarrollo de esta institución. Así podemos identificar los tres procesos constitucionales típicos antes referidos, que caracterizan a la jurisdicción constitucional. No obstante, los ejemplos de derecho comparado permiten ver que los órganos de jurisdicción constitucional tienen un elenco competencial más amplio e, incluso, situaciones en las que falta alguna de esos tres procesos. Las competencias a mayores no resultan problemáticas porque lo determinante será poseer los contenciosos constitucionales aludidos y no la posesión de competencias a mayores. Ello sólo será disfuncional cuando estas competencias a mayores nos recuerden en exceso a las propias de justicia ordinaria, con lo que se producirá una confusión entre los planos de constitucionalidad y de legalidad que merecería las oportunas reformas normativas para aclarar (o sea, reformas que limpiasen a la jurisdicción constitucional de cuestiones de mera legalidad, que deben quedar residenciadas en el justicia ordinaria).<sup>2</sup> Asimismo, la ausencia en el tribunal constitucional de algún país de uno de los tres procesos constitucionales característicos no dificulta la teoría por nosotros articulada pues es sabi-

<sup>2</sup> En estos casos extremos, dotar a la jurisdicción constitucional de competencias que mezclen constitucionalidad y legalidad ponen en duda la naturaleza del órgano. La expansión de la justicia constitucional en Europa Central y Oriental es un ejemplo de ello.

do que en las ciencias sociales es admisible que los postulados teóricos no tengan correlato en todos los supuestos prácticos.

Por lo tanto, ostentar competencias a mayores, salvo el matiz apuntado, es perfectamente admisible para nuestros postulados. Es más, y esto ahora es importante, teniendo en cuenta la posición que ostenta el órgano de jurisdicción constitucional, es recomendable que, de una u otra forma, tenga competencia sobre otros procesos constitucionales que pudieran existir al margen de los tres característicos. Así las cosas, la jurisdicción constitucional debe conocer, de una u otra forma, de aquellos procesos que implican decisiones básicas en la vida pública de la comunidad (los que denominamos procesos constitucionales). La peculiar posición dentro del sistema le permite a la jurisdicción constitucional asumir estas otras tareas.

## II. PROCESOS CONSTITUCIONALES Y ELECCIONES

Con base en las ideas expuestas en la introducción que acabamos de efectuar, nos interesa ahora ahondar brevemente en la vinculación entre elecciones y procesos constitucionales.

Acabamos de decir que es recomendable que la jurisdicción constitucional entre, de una u otra forma, en los procesos constitucionales, aquellos que se refieren a las cuestiones básicas del ejercicio del poder público, que, por ello, se encuentran de alguna forma tratadas en la Constitución (estamos empleando un concepto material de Constitución que exige que ésta tenga un contenido determinado, heredado de la doctrina política del constitucionalismo y de sus exigencias de control y limitación del poder). Unos serían procesos constitucionales típicos, los que se caracterizan a la jurisdicción constitucional conectándose a su propia naturaleza, y otros serían procesos constitucionales atípicos. Entre estos se pueden mencionar el control de las omisiones inconstitucionales, el control de constitucionalidad de tratados internacionales, el contencioso electoral, el control de partidos políticos, la interpretación obligatoria de la Constitución, ciertas competencias en relación con el jefe del Estado o la opinión sobre la reforma constitucional.<sup>3</sup> Al margen de ello, hay supuestos, como ya hemos di-

<sup>3</sup> Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, pp. 85 y ss.

cho, en los que la jurisdicción constitucional entra también en procesos no constitucionales.<sup>4</sup>

Las elecciones se sitúan, obviamente, en el contexto de las cuestiones básicas del ejercicio del poder público, o sea, en lo que hemos caracterizado como proceso constitucional. Un proceso electoral no deja de ser un mecanismo que, basado en la opinión libre de la ciudadanía, sirve para adoptar decisiones.<sup>5</sup> La fisonomía más habitual del mismo es de tipo representativo: en este supuesto, estaremos ante un sistema de agregación de votos, emitidos por sufragio universal, libre y secreto, que permite elegir a una serie de representantes. Está claro que la democracia no se identifica exclusivamente con las elecciones sino que va mucho más allá para entrar en cuestiones axiológicas y culturales, y en diversas fórmulas de participación, pluralismo y control del poder. Sin embargo, y a pesar de ser ello cierto, las elecciones ocupan un puesto rutilante pues actualizan la voluntad ciudadana que impregnó el poder constituyente en el texto constitucional. Ante semejante trascendencia está justificado que los tribunales constitucionales tengan algún papel que desempeñar.

### III. CONTROL DE ELECCIONES E INTERVENCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En derecho comparado existen diversas modalidades para proceder al control de las elecciones. A veces los tribunales ordinarios ostentan competencia para ello, en otras ocasiones son las propias asambleas elegidas las que supervisan el proceso, en otros casos tenemos órganos específicos de control electoral que pueden adoptar una naturaleza jurisdiccional. Además, y es lo que ahora nos interesa, encontramos supuestos en los que la jurisdicción constitucional entra en este tema. De ahí que se pueda hablar, en tales situaciones, del juez constitucional como juez electoral.

<sup>4</sup> En derecho comparado encontramos competencias tan diversas como, por ejemplo, control de constitucionalidad que no versa sobre normas legales, control con parámetro en tratados internacionales, control de legalidad, control con parámetro infrálegal o, incluso, control no normativo.

<sup>5</sup> Estamos hablando desde postulados exclusivamente democráticos pues los otros se quedarían al margen de la teoría de la Constitución en la que se basa este artículo.

No obstante, la situación es más compleja de lo que pueda parecer en un principio. En efecto, el juez constitucional puede ser juez electoral, *grosso modo*, en tres sentidos.

### 1. *Defensa de derechos fundamentales*

En primer lugar, encontramos supuestos en los que la jurisdicción constitucional controla las elecciones a través de procesos que no tienen en principio ese objeto. Sería el caso del uso del proceso de defensa extraordinaria de los derechos fundamentales cuando se articula ante una vulneración del derecho de sufragio en unas determinadas elecciones. Aquí el juez constitucional actuaría materialmente como juez electoral analizando si se ha producido esa violación del derecho de sufragio en el marco de un proceso electoral.<sup>6</sup>

Como ejemplo de lo dicho puede servirnos el caso de España. El Tribunal Constitucional español conoce del denominado recurso de amparo. Dicho proceso es un mecanismo extraordinario de defensa de los derechos fundamentales. En el campo electoral presenta ciertas especificidades contempladas en la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General (y no en la Ley Orgánica 2/1979, reguladora del Tribunal Constitucional). En desarrollo de estas previsiones tenemos el Acuerdo del 20 de enero de 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985. Estas especificidades han llevado a la doctrina a hablar de amparo electoral,<sup>7</sup> que presenta dos vías de ejercicio.

De esta forma, en España, tenemos un amparo ante el Tribunal Constitucional contra la resolución judicial que pone término al recurso contra la proclamación de candidatos de las juntas electorales (artículo 49 Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General). Esta resolución judicial ordinaria sirve para cumplir el requisito de agotamiento de los medios de impugnación cuando el amparo se interpone contra una actuación

<sup>6</sup> También se puede defender el derecho de sufragio a través del proceso de control de constitucionalidad de la ley cuando la impugnación de la norma legal se basa en la vulneración de aquel derecho. Sin embargo, entendemos que aquí el órgano de jurisdicción constitucional no está actuando como juez electoral al encontrarse desvinculado de un concreto proceso electoral.

<sup>7</sup> Por ejemplo, Fernández Segado, Francisco, *Estudios de derecho electoral*, Lima.

judicial (artículo 44.1 a) Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional). Los plazos son sumamente breves pues, de lo contrario, carecería de efectividad (dos días para presentar el amparo a partir de la notificación de la resolución judicial y tres días para que el Tribunal Constitucional resuelva una vez deducidas las alegaciones de los interesados y del Ministerio Fiscal).

Asimismo, también se prevé en España un amparo en materia de proclamación de electos (artículo 114.2 Ley Orgánica 5/1985). En este supuesto el amparo ante el Tribunal Constitucional se presenta contra la sentencia que resuelve el recurso contra los acuerdos de las juntas electorales sobre la proclamación de electos (este recurso lo denomina la Ley Orgánica 5/1985 contencioso electoral, expresión que nosotros usamos *infra* en un sentido diferente). De nuevo, los plazos son perentorios para que no pierda sentido este proceso (el amparo debe solicitarse en tres días y el Tribunal Constitucional tiene quince para resolver —cinco días para la presentación de alegaciones por parte del Ministerio Fiscal y diez para la resolución en sí del recurso de amparo—).

La jurisprudencia constitucional española ha precisado que en ambos casos no estamos ante una reacción contra una supuesta lesión de derechos originada en un acto u omisión de un órgano judicial, sino más bien ante una reacción frente a una lesión originada en una actuación de un órgano administrativo, las juntas electorales (sentencia 59/1987, fundamento jurídico 1). La labor del Tribunal español en este campo se ha valorado positivamente al entender que ha desempeñado “un importante papel en la defensa del procedimiento y de los resultados electorales, a pesar de no haber sido investido directamente de dicha competencia en la Constitución”.<sup>8</sup>

## 2. *Contencioso electoral*

En segundo lugar, el juez constitucional también es juez electoral cuando conoce de un proceso específico que tiene por objeto una cuestión electoral. Estos serían los verdaderos contenciosos electorales, que nosotros usamos en un sentido diferente al ya aludido de la Ley Orgánica española 5/1985, de Régimen Electoral General.

<sup>8</sup> González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Elcano, Aranzadi, 2000, p. 157.

La expansión de la jurisdicción constitucional en las últimas décadas ha marcado una tendencia favorable a esta competencia de supervisión de la regularidad de los procesos electorales por sufragio universal. La razón de ello habría que buscarla en el carácter políticamente neutral y jurídicamente superior del órgano que ejerce dicha jurisdicción.

La fisonomía de este contencioso electoral varía de un caso a otro, dado que las variables en juego son diversas. Aparece, así, en el derecho comparado, un tanto complejo de supuestos. La primera variable es la relativa a si la actuación es en primera instancia o en apelación. Esta variable nos sirve para organizar los ejemplos que se ofrecen en los párrafos siguientes. Como segunda variable tenemos el tipo de elecciones sometidas a este control: elecciones presidenciales, parlamentarias o locales. La tercera es el momento de la intervención: antes o después del escrutinio. Y la cuarta la amplitud del control ejercido: condiciones de elegibilidad o regularidad de las operaciones electorales.

#### *A. En primera instancia*

En un primer grupo de supuestos la actuación del Tribunal Constitucional es en primera instancia. Mostramos a continuación un abigarrado cuadro de distintos casos que encontramos en el derecho comparado. La heterogeneidad de los mismos dificulta sobremanera simplificar las agrupaciones.

De esta forma, control de la legalidad de procesos electorales en general lo hallamos en Austria, Croacia, Eslovenia, Estonia (reclamaciones contra los actos y decisiones de una comisión electoral), Liechtenstein, Montenegro y Serbia. En Austria el contencioso electoral del que conoce el Tribunal Constitucional también se extiende a elecciones para organismos profesionales representativos que tienen la facultad de establecer sus propios estatutos.

Referencia sólo a las elecciones presidenciales y parlamentarias se encuentra en Albania, Bulgaria, Chipre (incluyendo cámaras comunitarias), Francia (las dos cámaras), Lituania (en este caso a través de decisiones no vinculantes) y Moldavia.

En cambio, en la República Checa únicamente se verifica la regularidad de la elección del diputado o senador, además del examen de la pér-

dida de la elegibilidad de los mismos o de la aparición de una incompatibilidad que les afecta.

En Eslovaquia el control se refiere a las elecciones al Parlamento y a los órganos de autoadministración territorial, incluyendo la resolución de los recursos contra las decisiones relativas a la validez o invalidez del mandato de un diputado.

Precisamente, la validez de las actas o credenciales de los parlamentarios también las supervisa el Consejo Constitucional francés, que desapodera así al papel que tradicionalmente ostentaban las cámaras en este sentido.

En el ordenamiento rumano el Tribunal Constitucional vigila la elección del presidente y confirma los resultados.

#### B. *En apelación*

A veces, la intervención del Tribunal Constitucional es en apelación. Así ocurre en Alemania y Portugal: el ordenamiento teutón permite, en el plazo de un mes, recurrir al Tribunal Constitucional la verificación que el Parlamento hace de las credenciales de sus miembros y las decisiones de éste relativas a la pérdida del mandato de un diputado; el derecho luso posibilita recurrir ante el Tribunal Constitucional las decisiones de los tribunales ordinarios en materia electoral. También el Tribunal maltés resuelve los recursos contra la regularidad de la elección de un diputado, además de decidir sobre la corrección de la suspensión de elecciones al Parlamento.

En algunos casos también se procede al control del referéndum. Estamos hablando de Albania, Austria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Moldavia, Montenegro y Rumanía.

A su vez, el Tribunal Constitucional italiano se pronuncia sobre la posibilidad de organizar un referéndum cuando se tienen las quinientas mil firmas necesarias para ello. Zagrebelsky ha visto en esta competencia la expresión de una tendencia a la expansión de las funciones de la Corte Constitucional italiana en todos los casos en que es necesario individualizar una instancia neutral para el desarrollo de funciones constitucionales no partidistas y no necesariamente caracterizables en sentido jurisdiccional.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, il Mulino, 1988, pp. 471 y 472.

### 3. *Intervención en la vida del mandato*

En algunos supuestos, escasos, el órgano de justicia constitucional va más allá de lo relacionado con el proceso de votación y supervisa ciertas cuestiones que afectan a la vida del mandato del representante elegido. En este sentido, el Consejo Constitucional francés constata el fin del mandato parlamentario por una condena del diputado que lleve aparejada esa pena, o declara la incompatibilidad de la función parlamentaria con otras funciones; la Sala Constitucional de Estonia resuelve las demandas que buscan poner fin al mandato de un diputado. Asimismo, el Tribunal Constitucional de Malta supervisa la dimisión y el cese de los parlamentarios.

## IV. ESBOZANDO UNA PROPUESTA

Con base en las reflexiones antes efectuadas, y teniendo en cuenta los datos de derecho comparado, podemos avanzar una propuesta *de lege ferenda* relativa al papel a jugar por el juez constitucional como juez electoral. Para ganar densidad analítica, estructuramos nuestras ideas en torno a una serie de puntos que abrimos a continuación.

- Habida cuenta la relevancia que para el ejercicio del poder público tiene los procesos electorales, es conveniente que la jurisdicción constitucional juegue cierto papel en los mismos para garantizar en último término su regularidad.
- La actuación se produciría a instancia de parte puesto que, por un lado, este es un rasgo propio de la jurisdicción, y, por otro, se evitaría un riesgo gratuito de politización.
- Para evitar una saturación disfuncional del Tribunal Constitucional y soslayar riesgos desmedidos de politización, semeja conveniente que en esta temática actúe como si fuera una segunda instancia, aunque tal vez sea más preciso técnicamente hablar de una intervención subsidiaria. Bien es cierto que la configuración tradicional de la jurisdicción constitucional gira en torno a la idea de instancia única. Ello en buena medida es motivado por la preeminenencia, en cuanto a la caracterización de la institución, del control de constitucionalidad de la ley. Sin embargo, ello no es una nota esencial en su naturaleza jurídica, aunque tenga pleno sentido en

esta competencia de control de constitucionalidad. En otras atribuciones, como la que ahora comentamos, el Tribunal Constitucional puede aparecer después de que otras jurisdicciones hayan actuado (pensemos en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales). Ello no dificulta su independencia si el juez constitucional presenta una formación adecuada y es consciente de su posición. La ubicación dentro o fuera del Poder Judicial no aparece como determinante, aunque a efectos formales estar fuera facilita la independencia. De hecho, la regla general es que el Tribunal Constitucional, pese a su carácter jurisdiccional, se encuentre ubicado fuera del Poder Judicial.

De esta forma, el control inicial de las elecciones debería corresponderle a otros órganos, sean órganos creados *ad hoc*, sean los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional entraría sólo si los mecanismos de garantía ordinaria no resultan satisfactorios para los interesados.

- Todas las elecciones de carácter general deberían ser objeto de esta intervención subsidiaria de control del juez constitucional, tanto desde un punto de vista territorial (estatales, regionales, locales) como desde la óptica del tipo de elección (presidenciales, a representantes, referéndum).
- Este papel del juez constitucional como juez electoral debe producirse durante o cerca del periodo electoral, por lo que rechazamos que intervenga en la vida del mandato.
- Teniendo en cuenta que el permanente riesgo de politización del juez constitucional puede mostrarse en este caso como riesgo de partidismo, es necesario extremar la independencia y la igualdad procesal.

## V. CONCLUSIONES

Desde un punto de vista teórico, es aconsejable que la jurisdicción constitucional, a instancia de parte, pueda supervisar los procesos constitucionales. O sea, de una u otra forma, y previa solicitud de los legitimados al efecto, la jurisdicción constitucional debe poder controlar las decisiones básicas que se toman en el ejercicio del poder público. Es aconsejable que esta actuación

tenga un carácter subsidiario, dejando el control ordinario de las elecciones en manos de otros mecanismos esgrimidos por otros órganos.

En este orden de cosas, el juez constitucional debe ser también juez electoral. Pero ello con las dosis de cautela precisas que emanan de su peculiar posición en el entramado institucional. De esta forma, semeja lo más oportuno que los tribunales constitucionales conozcan de los contenciosos electorales en segunda instancia o con carácter subsidiario, salvo que razones de urgencia y conveniencia política aconsejen su entrada ya en primera instancia. Asimismo, hay que ser especialmente exigentes en el cumplimiento del principio de contradicción en igualdad de condiciones y en el reflejo que este tiene en el principio de igualdad de armas. Y ello por el elevado riesgo de politización que estas actuaciones conllevan. El partidismo tal vez sea el peor enemigo de la jurisdicción constitucional.

Esta labor de supervisión electoral puede efectuarla el órgano de jurisdicción constitucional tanto a través de procedimientos específicos como por medio de otras vías, sobre todo, la que viene constituida por la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales (en este caso el derecho de sufragio).