

# LA ACTUACIÓN EFECTIVA DEL PROCESO ELECTORAL Y SUS POSIBILIDADES

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

*SUMARIO:* I. LOS DERECHOS DE VOTO Y ELEGIBILIDAD O DERECHOS DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO: A) *El derecho de voto o sufragio activo.* B) *El derecho de elegibilidad o derecho de sufragio pasivo.*—II. LAS MODALIDADES DE ELECCIÓN: A) *La campaña.* B) *El escrutinio.*—III. ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y CONTENCIOSO ELECTORAL: A) *La Administración electoral.* B) *La Jurisdicción electoral:* 1. *Su articulación procesal.* 2. *Su interpretación constitucional.*

## I. LOS DERECHOS DE VOTO Y ELEGIBILIDAD O DERECHOS DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO

### A) *El derecho de voto o sufragio activo*

En una democracia representativa como es la española («La forma política del Estado es la monarquía parlamentaria» —art. 1 de la Constitución Española CE—) el derecho de participación política de los ciudadanos, reconocido en el artículo 23 de la CE, tiene lugar básicamente tomando parte en las elecciones, de modo especial las referidas a las Cortes Generales, se trate del Congreso o del Senado.

Las elecciones, cualquiera que sea su nivel, nacional, autonómico o municipal, por imperativo constitucional (arts. 23, 68, 69, 142, 150 CE), han de ser

---

(1) Este trabajo reelabora el informe que sobre el sistema electoral español presenté a invitación del profesor Louis Favoreu en la XIX<sup>ème</sup> Table Ronde Internationale de Justicia Constitucional en septiembre de 2003 en Aix-en-Provence. Sirva esta nota, además de explicación de la estructura del artículo presente, para reiterar mi reconocimiento al ilustre colega francés cuya contribución a los estudios sobre la jurisdicción constitucional en Francia es de tanta importancia.

periódicas, libres, que garanticen la igualdad de oportunidades y por sufragio universal. La condición *libre* de las elecciones ha de asegurar, además de la presentación sin cortapisas de candidatos ni restricciones en la actuación en campaña electoral de éstos, la emisión por el votante del sufragio sin presión alguna, derivada de coacción, amenaza o efecto favorable o desfavorable.

La representación democrática necesita además de elecciones *iguales* garantizando tanto la generalidad en el acceso a la candidatura, sin exclusiones personales del sufragio pasivo, como en el sentido de que se dote de una sustancial igualdad de oportunidades a las candidaturas, de modo que estemos ante elecciones auténticamente competitivas, sin, por tanto, ventajas o privilegios de ese orden para nadie; atribuyéndose finalmente un peso sustancialmente igual a cada sufragio. La competitividad puede considerarse, en efecto, el rasgo institucional propio de las elecciones, o la nota que resume la idea constitucionalmente adecuada de las mismas. Con todo se trata de una exigencia no recogida explícitamente en la Constitución, sino deducida de la idea de pluralismo político (art. 1 CE) y de la garantía de la concurrencia, que respecto de los partidos políticos, pero no sólo de ellos, formula el artículo 6 CE. En realidad este artículo consagra un sistema político plural, esto es, integrado por los diversos partidos y otros agentes sociales y políticos, y competitivo, pues dichos componentes concurren, esto es, se disputan en igualdad de condiciones las oportunidades políticas, o lo que es lo mismo, sin ventaja o privilegio asegurado institucionalmente para nadie.

Las elecciones son *periódicas*, de manera que la temporalidad del poder, completa la limitación competencial del mismo, pues las elecciones suponen el momento en que los ciudadanos exigen responsabilidad política a sus gobernantes, procediendo inmediatamente a su renovación si lo estiman conveniente.

Por lo que se refiere a *la universalidad del sufragio* de las elecciones, su correcta comprensión exige reparar en la modulación de dicha nota que depende del ámbito de la elección. Titulares del derecho de sufragio son todos los españoles mayores de edad (esto es de más de dieciocho años, según la CE) que disfruten de sus derechos políticos, de acuerdo con la Ley Electoral y el Código Penal. El ejercicio del sufragio depende, de modo indispensable, de la necesaria inscripción en un registro público al efecto o Censo electoral. Están privados del derecho de sufragio en virtud de la necesaria declaración judicial explícita los incapacitados civilmente o los internados psiquiátricamente afectados por tal pronunciamiento. No cabe por tanto en nuestro ordenamiento tras la correspondiente reforma del Código Penal de 1995 la privación o suspensión del derecho de sufragio activo. Así la reserva al juez de la prohibición del ejercicio del derecho de sufragio, en cumplimiento de las exigencias del principio

de legalidad, y atendidos necesariamente los requisitos del respeto del contenido esencial y la proporcionalidad, no es sino un ejemplo de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. De manera que sólo el juez, y no por tanto una autoridad administrativa como el director de un hospital o centro psiquiátrico, pueden impedir votar al interno en dichas dependencias. Como se sabe la pena de privación o suspensión del derecho de sufragio activo se basaba discutiblemente en la idea retributiva del derecho penal, considerando que determinadas conductas se hacían acreedoras del rechazo frontal de la sociedad, inhabilitando a los incursores en las mismas para el ejercicio del voto como primera manifestación de la participación política. Naturalmente esta especie de «muerte civil» tiene unas dimensiones infamantes que la hacían incompatible con el reconocimiento de la dignidad de la persona como base del «orden político» que nuestra Constitución realiza en el artículo 10 CE. La exclusión política que los tipos penales sobre la privación del sufragio activo suponían era, por ello, claramente inconstitucional, aunque la incompatibilidad de los mismos con la Norma fundamental no fuese establecida por el legislador hasta la reforma del Código Penal del año 1995.

En las elecciones municipales además de los ciudadanos españoles pueden tomar parte los ciudadanos de la Unión [art. 176 Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), de acuerdo con el art. 19.1 del Tratado de la Unión y art. 13 CE], y los ciudadanos de Estados que no formen parte de la Unión pero que hayan suscrito tratados bilaterales sobre la materia con España, permitiendo el voto de los españoles en las correspondientes elecciones municipales.

Por su parte el artículo 210 de la LOREG, de acuerdo con el art. 19.2 del Tratado de la Unión, reconoce el derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión residentes en España, si reúnen los requisitos para ser elector exigidos a los españoles y tienen derecho de sufragio activo en su país de origen. En las elecciones autonómicas o municipales se exige para ejercer el derecho de sufragio activo tener en dichos ámbitos territoriales la vecindad administrativa.

La universalidad del sufragio activo excluye cualquier tipo de restricciones por sexo, censitarias o capacitarias. El sufragio censitario, que atribuía el derecho de voto a los propietarios, estuvo vigente en España hasta 1890. El sufragio capacitario, que reserva la participación política a ciertos órdenes profesionales o a quienes tengan determinada titulación académica, se aplicó durante el siglo XIX en las elecciones a la Cámara alta o Senado. El derecho de voto femenino se reconoció en España durante la Segunda República en 1933.

Como se ha señalado el ejercicio del derecho de sufragio está condicionado a la inscripción del elector en el *censo electoral*, que es un registro público

obligatorio, de formación permanente, nutrido en lo que se refiere a los españoles residentes en España por los datos suministrados por los padrones municipales y el Registro Civil; los españoles residentes en el extranjero figuran en el registro de acuerdo con los datos suministrados por los Consulados. La contribución del censo, en cuanto registro público en el que figura la lista de las personas con derecho a voto, a la celebración de unas elecciones verdaderamente competitivas es obvia, ya que estas últimas son imposibles con un censo manipulado o incompleto. Pero la significación del censo sobrepasa su dimensión política. Ilustra, en primer lugar, sobre la necesaria configuración legal de algunos derechos como el de participación política, al hacer depender el ejercicio del sufragio de la inscripción de los electores en una relación a cuya regulación procede la Ley Electoral.

En los derechos de configuración legal aparentemente la intervención del legislador tiene que ver con la indeterminación extrema del constituyente al reconocer el derecho, de manera que al legislador le correspondería especificar las facultades o pretensiones en que el derecho consiste. Entonces el principal problema que presentarían estos derechos es el de *determinar cuando la infracción legal de su régimen supondría una lesión de ellos mismos o de su contenido esencial*, lo que significa convertir, de hecho, al Tribunal Constitucional que decide sobre tales lesiones en un defensor de la legalidad de estos derechos, habilitándole a una actuación procesal ante todo de carácter revisor. Pero en realidad, al menos en este caso, lo que justifica la intervención normadora del legislador es la organización procedimental del derecho, sin la cual, éste simplemente no puede ejercerse. De hecho lo que la regulación legal del censo hace es habilitar a la Administración, sin cuya actividad prestacional ni el ciudadano podría votar, ni, por tanto, en términos generales, funcionar el sistema electoral.

De manera que no es la incompletud constitucional sino los condicionamientos organizativos y materiales los que explican la necesaria intervención legal en el establecimiento del régimen del derecho de participación, y en concreto, en la regulación de uno de sus supuestos institucionales como es el censo. Ciertamente que la garantía de la independencia en la elaboración del censo no lleva a su confección por una Administración separada de la general, pues la Oficina del Censo es un organismo integrado en la Administración central, específicamente en el Instituto Nacional de Estadística, aunque las actividades censales se llevan a cabo, según el art. 29 de la LOREG, bajo la supervisión y dirección de la Junta Electoral Central. Dicha dirección, que en ningún caso tiene carácter ejecutivo, realizable a través de la determinación de pautas y control de sus actividades, se ve facilitada por la asistencia, sin derecho de voto, del director de la Oficina a las sesiones de la Junta Electoral Central.

Aunque, como queda dicho, la Administración en la confección del censo opere en veste electoral (considero así excesiva la contraposición que se hace en la STC 148/1999 entre la Administración general y la electoral, ignorando la subordinación a la Junta Electoral Central de la Oficina del Censo a que acabo de referirme) adoptando entonces una configuración renovada, la verdadera garantía de la regularidad del censo, depende de la marginación del Gobierno en su elaboración, por cuanto la información básica de este registro es, como se sabe, suministrada por los ayuntamientos, a partir de sus padrones, y no por la Administración del Estado. No voy a decir que este automatismo en la confección del censo no plantee problemas, y así suscitan dudas determinados «hinchamientos» coyunturales de los padrones, de manera que algunos ayuntamientos, procedan a dar de alta en sus municipios sin que conste la baja del empadronamiento de las localidades de procedencia; pudiéndose asimismo constatar cierta resistencia de la fiscalía a incoar los procedimientos penales correspondientes en los supuestos en los que haya indicios de falsedad en el empadronamiento. Pero lo que es cierto es que la confección *ex officio* del censo no sólo asegura a éste de toda contaminación política, sino que impide el ejercicio de presiones que un censo «voluntario» dependiente de la inscripción interesada de los particulares, sobre todo en determinados territorios de nuestra geografía, tal vez no podría siempre resistir.

Si los residentes ausentes desean votar han de hacerlo por *correspondencia*, de modo que, seguramente de forma criticable, no se habilitan en las oficinas diplomáticas medios para celebrar las elecciones en el extranjero simultáneamente con las que tienen lugar en el territorio nacional. La posibilidad de votar por correo está abierta también para el común de los electores, de acuerdo con un procedimiento que trata de lograr el secreto del sufragio y su dependencia exclusiva de la voluntad del votante, sin interferencias del lado de los partidos o, en su caso, del personal encargado de las personas en guarda, impedidas o enfermas, que deseen ejercer su derecho de sufragio.

Entre los problemas más acuciantes de nuestro régimen electoral están sin duda los que se refieren al voto de los emigrantes cuya regulación, comenzando por la referente a la confección del CERA, debe ser objeto de inaplazable reforma. Tal reforma viene exigida por la trascendencia política que dicho voto puede tener tras la última reforma del Código civil, posibilitando la opción por la nacionalidad española de la segunda y tercera generación de descendientes, quizás en una aceptación extremada, sin límite temporal, del *ius sanguinis*. Es perfectamente imaginable que el voto de los españoles residentes en el extranjero, que ha podido pasar de los 200.000 inscritos en el CERA a una cifra potencial de dos millones de la actualidad decida el sentido de las elecciones. De otro lado existe un trasfondo constitucional en la facilitación

del voto de los emigrantes. Me refiero al artículo 68.5 CE que establece en su inciso segundo, si no lo demandase ya el principio de igualdad, que obviamente no permite discriminación, o diferencia no justificada, entre los españoles, estén o no en el suelo patrio, que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España», denotando una preocupación del constituyente por la suerte del emigrante ya perceptible asimismo en el artículo 42 CE.

La primera garantía de unas elecciones limpias, como hemos dicho, es la confección de un censo correcto, en el sentido de no manipulado y completo. La incompletud del censo de residentes, que era ciertamente clamorosa antes de la reforma de 1995, se ha corregido al vaciarse en él el registro de matrícula. El problema ahora es garantizar que se comunican las bajas así como las nuevas domiciliaciones, de modo que el censo sea fiable en lo que se refiere a su depuración.

Una cuestión muy importante es la de determinar la circunscripción a que ha de atribuirse el voto del español residente en el extranjero. El asunto no ofrece dudas en relación con los españoles que hubiesen residido en España, debiendo de atribuírseles como circunscripción la correspondiente al último lugar en el que hubieran residido. Cuando no nos hallamos en este caso, sino en el supuesto segundo del artículo 20 del nuevo Código civil, ha de estarse a lo que resulte de la solicitud del elector, justificando su preferencia, de cara por ejemplo a las expectativas laborales o económicas en un supuesto de regreso o al arraigo familiar, etc.

Nuestra insistencia en aproximar en la mayor medida posible las condiciones del ejercicio del derecho del sufragio de los ciudadanos en el territorio patrio y de los emigrantes nos lleva, reflexionando sobre el acto de la votación, y pensando sobre todo en la garantía de la pureza del sufragio, a reclamar un hueco para la votación presencial llevada a cabo por los emigrantes el mismo día que se celebran las elecciones en el territorio español en nuestras embajadas y consulados, instalando las correspondientes mesas electorales.

En relación con el voto por correo, refiriéndonos en concreto, sobre todo, a las posibilidades de reforma del artículo 75 de la LOREG, el alcance de la misma debe tener en cuenta que nos encontramos ante una cuestión sumamente delicada. Recuérdense las vicisitudes de la reforma del voto por correo en el territorio nacional para acabar con las posibilidades de fraude, insistiendo en las exigencias de la personalidad al solicitar en la oficina de correos de los certificados de inscripción en el censo y en la expedición del sobre con la papeleta de votación.

A la vista de lo dicho, podría pensarse en demorar un día la verificación del escrutinio en las Juntas Electorales o, incluso, en permitir la remisión de los

envíos electorales tras la presentación de las candidaturas, asumiendo el riesgo de algunas papeletas nulas, si alguna de dichas candidaturas resultasen invalidadas posteriormente, sin esperar a la resolución de las impugnaciones al respecto.

No parece pertinente, de otro lado, establecer cambio alguno en lo relativo a la participación de los emigrantes en las elecciones municipales, según la regulación del artículo 190 LOREG. Parece correcto que se exija un mayor interés del elector, que ha de solicitar copia de su inscripción en el censo, y que no se rebajen las garantías respecto de la personalidad en la emisión del voto por correo. Sin duda la participación del emigrante debe contar con un conocimiento específico de las necesidades del municipio, del que puede ser indicado dicho interés en asumir alguna carga que sin dificultar el ejercicio del sufragio, lleve a extremar las garantías de su efectiva regularidad.

Desde una óptica jurídica cabe considerar al sufragio activo como *un derecho*, que como tal puede ejercerse o no, sin que se derive beneficio o sanción alguna individuales al respecto, relacionable por lo demás con la libertad ideológica reconocida constitucionalmente. Desde un punto de vista político evidentemente es la práctica del sufragio lo que permite la conformación democrática del Estado, de modo que sus órganos representativos hacen posible la presencia popular y emiten la voluntad de la comunidad. A la vista de la importancia de la participación electoral puede hablarse entonces, desde el prisma político, del voto como una verdadera *obligación* ciudadana.

La consideración exclusiva del voto como derecho-facultad supone negar trascendencia jurídica a, si se quiere decir así, la dimensión institucional del sufragio, rechazando por tanto la caracterización del sufragio como un derecho-función. Tal línea de pensamiento subraya entonces, en el caso preciso del voto, la diferenciación entre el ámbito de lo político y el plano individual o privado. El ciudadano no puede librarse de ser el destinatario de los mandatos del Estado, que en un sistema democrático deben ser obedecidos, pues han sido adoptados tras la posible participación de todos, pero puede rehusar su identificación democrática al sistema, negándose a intervenir en la constitución o el funcionamiento de sus órganos, en la medida que no existe un deber explícito al respecto ni por tanto resultan de aplicación sanciones específicas. Como hemos visto esta línea interpretativa del derecho del sufragio se refuerza en razón de su conexión con la libertad ideológica y con la aceptación ordinaria de una dimensión positiva, al lado de la negativa, de todos o casi todos los derechos fundamentales que son indeterminados no sólo en relación con su contenido (así la libertad de expresión cubre la comunicación sin trabas de todo tipo de mensaje) sino respecto a su propio ejercicio (por seguir con el mismo ejemplo, la libertad de expresión comprende el derecho de hablar, pero también el de

guardar silencio). De otro lado, no cabe negar un significado político a la abstención, hasta el punto, como es obvio, de que paradójicamente, se la puede considerar una forma de participación, de manera que, por ejemplo, haya que asegurar a las fuerzas defensoras de la abstención oportunidades de presencia en la campaña electoral, posición esta no siempre defendida por nuestra Junta Electoral Central.

No hay en estos momentos en España propuestas acerca de la conveniencia de introducir *el voto electrónico*. La admisión del sufragio realizado desde el propio ordenador se considera, de una parte, arriesgada al no existir suficientes garantías técnicas que eviten la manipulación y aseguren el secreto del voto. De otro lado, se estima que *afectaría a elementos rituales considerados básicos en la liturgia de la democracia*, esto es la solemnidad de la decisión del cuerpo electoral y la actuación del votante como verdadero ciudadano y no simple individuo. Si de lo que se trata es de dotar de mayor inmediatez a la decisión electoral, dando automatismo al recuento mediante la utilización de urnas electrónicas, ha de tenerse en cuenta que en nuestro país los resultados electorales se ofrecen en su totalidad en no más de dos o tres horas tras la celebración de las elecciones. Son entonces las dificultades teóricas, referentes a la propia idea de representación política, más que las insuficiencias de tipo técnico, los obstáculos que se oponen a la aceptación de cualquier variedad del voto electrónico. Desde el punto de vista normativo los órganos estatales que se constituyen tras las elecciones representan a la nación o el conjunto integrado por los ciudadanos, sin perjuicio de que los elegidos defiendan los intereses y la posición ideológica de quienes los eligieron (STC 167/1991). Además la unidad de los elegidos y su carácter representativo dependen asimismo de la condición de quienes emiten su sufragio, que no actúan en cuanto personas privadas sino como miembros del cuerpo nacional a representar. Ocurre que la actuación política de los electores se hace ostensible en el momento de las elecciones, que es público, tiene lugar simultáneamente y es llevado a cabo según el ritual litúrgico de la democracia. Nada más alejado entonces de la práctica apartada, privada y solitaria de la votación por *internet*.

#### B) *El derecho de elegibilidad o derecho de sufragio pasivo*

La nota de *la universalidad del sufragio pasivo* requiere de algunas precisiones, aun cuando limitemos nuestras observaciones a las elecciones nacionales, lo que no puede llevarnos a olvidar que tras la correspondiente, y única modificación constitucional (Reforma Constitucional del art. 13 CE de 28-VIII-1992), en las condiciones que vimos, también los extranjeros pueden disponer del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales.

El caso es que se ostenta el derecho de sufragio pasivo siempre que no se esté incurrido en un supuesto de *inelegibilidad*, establecido en la Ley Electoral (LOREG) y el Código Penal, en el marco de determinadas previsiones constitucionales. Es importante resaltar que al respecto la Constitución se mueve (art. 70 CE) en términos conceptualmente discutibles: solapa el instituto de la incompatibilidad y el de la inelegibilidad; no distingue entre incapacidad e inelegibilidad electoral; y, de hecho, como ha apreciado el Tribunal Constitucional, estableciendo una reserva de ley doblemente cualificada, remite la regulación de las inelegibilidades a una ley específica, la electoral, esto es, aquella cuyo propósito sea normar el núcleo central del proceso electoral y no uno de sus aspectos. El Tribunal Constitucional (STC 19/1991) incide en la problemática de la fijación del ámbito de la reserva de la ley electoral del artículo 70.2 CE al rechazar que la Ley sobre la función pública (Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública) incumpla dicho límite cuando determina la situación administrativa de servicios especiales en que quedan los funcionarios que acceden a la condición de diputado o senador. La Ley de la Función Pública no invade en efecto la reserva constitucional ya que no tiene por objeto «una regulación directa, inmediata y global», en este caso de las incompatibilidades, limitándose a ocuparse de las situaciones administrativas de los funcionarios. Evidentemente hay una relación entre ambas normas legales. La Ley Electoral determina la causa de la incompatibilidad y la Ley de la Función Pública establece la situación de quienes optan en su caso por el desempeño del cargo representativo.

La Constitución contiene algunos supuestos de inelegibilidad que tratan de defender la libertad del ciudadano en el voto y la igualdad de los contendientes en las elecciones. Son inelegibles (art. 70 CE) los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros de la carrera judicial, los miembros de las Juntas Electorales, los militares y miembros de las Policías y fuerzas de Seguridad en activo, los altos cargos de la Administración, salvo los miembros del Gobierno, y el Defensor del Pueblo.

La Ley Electoral (art. 6 LOREG) *especifica y detalla* los supuestos constitucionales (por ejemplo en lo relativo a quienes a estos efectos deben considerarse miembros de las Juntas Electorales o integrantes de las fuerzas de Seguridad del Estado); pero también *amplía* las previsiones constitucionales (así considera como incursos en inelegibilidad a los miembros del Consejo General Judicial —algunos de los cuales no son necesariamente pertenecientes a la carrera judicial—). La Ley Electoral está *creando nuevos supuestos* cuando contempla las inelegibilidades de la familia real, justificadas sin duda no sólo para garantizar la libertad del elector sino para asegurar la imparcialidad del monarca y su entorno. En relación con las inelegibilidades de tipo penal la Ley

Electoral, añade, a las que se deducen del Código Penal cuando establece las penas de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial para el derecho del sufragio, la privación del sufragio como pena accesoria de toda condena de privación de libertad. Difícil de explicar resulta especialmente la inelegibilidad establecida en la Ley Electoral cuando se priva del sufragio pasivo a aquellos que, aunque la sentencia no sea firme, fueran condenados por un delito de rebelión o en cuanto integrantes de organizaciones terroristas por delitos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas. La principal objeción contra dicha previsión legal [art. 6, apartado 2.b) de la LOREG] es la de la vulneración de la presunción de inocencia que se estaría quebrando al deducir de una sentencia no firme consecuencias atribuibles exclusivamente de una que lo fuera. No parece efectivamente que una condena no firme rompa la presunción de inocencia, si se parte, al menos como parece lógico tratándose de un derecho fundamental, de su idea cabal constitucional que le reconoce incluso una vigencia extraprocesal, en cuanto que prohíbe atribuir a nadie no condenado consideración y trato de autor o partícipe en hechos delictivos (STC 109/1988).

Aunque la titularidad del derecho de sufragio pasivo, como hemos visto, se reconoce en nuestro ordenamiento en términos muy generosos en las elecciones generales, de modo que no se imponen exigencias de mayor edad, o cualificaciones personales, arraigo en las circunscripciones, etc., la Ley Electoral sí que restringe su ejercicio, en virtud de los requisitos para la presentación de candidaturas, reservada a determinadas entidades como son *los partidos* inscritos en el registro correspondiente, *las coaliciones* que se formen para cada elección y *las agrupaciones de electores* que para las elecciones a Cortes se constituyan mediante las firmas del 1 por 100 de los inscritos en el censo electoral de cada circunscripción. La disolución de un partido político producirá su cancelación en el registro y el cese inmediato de su actividad. El problema surge porque tras la Ley Orgánica 6/2002 la disolución de un partido procede de su ilicitud meramente penal (en la que incurren aquellos partidos que en razón de los fines que persigan o medios que utilicen son asociaciones ilícitas), o simplemente constitucional (caso de las asociaciones secretas y paramilitares), sino también de lo que podríamos llamar una actitud anticonstitucional, situación en la que se encontrarían los partidos no democráticos y los persistentemente beligerantes contra la democracia. Lo grave entonces, en relación con la Ley de Partidos, no son las insuficiencias técnicas respecto a la tipicidad de conductas que hacen a un partido merecedor de la disolución, de manera por ejemplo que determinadas actividades reciban a la vez un reproche penal y también constitucional, o que dicha tipicidad exagere la generalidad o indeterminación de los supuestos que contempla, sino en el hecho de que se excep-

cione el principio de que, en relación con el ejercicio de los derechos, en este caso el de asociación, no cabe otra causa que la penal para determinar la ilicitud de la conducta, salvo previsión constitucional expresa. Otra posición supone aceptar el condicionamiento político de las libertades, o lo que es lo mismo, la funcionalización de los derechos fundamentales, pues éstos no consisten en facultades orientadas a un fin, cuya inconveniencia o incongruencia con el sistema constitucional pudiese determinar su ilicitud, sino en la capacidad de determinar la propia conducta en los ámbitos correspondientes sin otro tope que el de no incurrir en actos tipificados penalmente, dañosos para los demás y la sociedad misma.

La posición del partido político disuelto, a los efectos de presentar candidaturas según el nuevo artículo 44.4 de la LOREG, introducido por la Ley de Partidos, no puede ser ocupada por una coalición de electores al que objetivamente, en razón de la presencia de determinados elementos de continuidad de carácter estructural, personal o funcional, sucede. Sobre la cuestión de la relación entre las candidaturas anuladas por la Sala especial del Tribunal Supremo y Herri Batasuna, tras los correspondientes recursos ante las decisiones de las Juntas Electorales, la STC 85/2003 estimó indubitada, a la vista del material probatorio disponible, «la existencia de una estrategia continuadora del partido disuelto y del ánimo defraudatorio que ha inspirado la constitución de una serie de agrupaciones electorales que, lejos de responder a un designio de espontaneidad, lo hacen a la pretensión calculada y concertada de obviar las consecuencias jurídicas de la disolución de un partido político».

Por lo demás estos sujetos políticos tampoco están situados en términos de absoluta equiparación: así las agrupaciones tienen restringido su ámbito territorial de actuación y no pueden ser permanentes. La preferencia en nuestro sistema electoral de los partidos sobre las coaliciones puede deducirse de los términos favorables a los partidos en que se resuelven los conflictos en relación con las denominaciones de ambas entidades. El Tribunal Constitucional, en efecto, concede prioridad a la denominación de un partido político convenientemente inscrito en el registro de partidos políticos, interpretando correctamente el artículo 44.2 en relación con 46.4 de la LOREG «en tanto que las coaliciones se constituyen para cada proceso electoral (o para varios procesos convocados en la misma fecha) no sobreviviendo al mismo» (STC 105/1991).

En el mismo sentido restrictivo operan sin duda los requisitos del sistema electoral —como tipo de listas, etc.— que establecen una clara dependencia del candidato respecto del grupo político. Esta supeditación se acentúa dado el silencio legal sobre el procedimiento interno de los partidos políticos para la selección de sus candidatos, lo que es difícilmente compatible con la garantía de la democracia interna en los partidos que establece el artículo 6 de la Cons-

titución. La nueva Ley de Partidos reitera, más que desarrolla, este criterio de la democracia interna, sin referirse en ningún caso a la decisión sobre las candidaturas a presentar en las elecciones, cuestión ésta que se entiende diferida a los estatutos de cada partido. Pero del estatuto de los estatutos (arts. 7 y 8 de la Ley) no se desprende el órgano democrático del partido a actuar en el caso ni, mucho menos, la intervención directa de los militantes en el proceso de nominación de los candidatos.

*Las candidaturas* se presentan ante las Juntas Electorales entre los días 15 y 21 posteriores a la convocatoria electoral, acompañadas de una documentación que acredite, además de la identidad y la aceptación de la candidatura por los incluidos en la misma, el que los candidatos no se encuentren incurso en causa de inelegibilidad. La denominación de la candidatura no debe inducir a equívocos ni denotar la utilización partidista de símbolos nacionales o de la Corona. Ya nos hemos referido a la posición del Tribunal Constitucional marcando la preferencia de los partidos políticos sobre las coaliciones en relación con las denominaciones utilizadas por ambos tipos de formaciones, doctrina que se reitera, entre otras ocasiones, en la STC 107/1991. Señalemos ahora que la singularidad —o carácter diferenciado— de la denominación de un partido, integra su identidad, facilitando así el cumplimiento constitucional de los fines a él atribuidos. Como se dice en la Sentencia 89/1986 la denominación de los partidos «está al servicio de una identificación clara y distinta de quien presenta la candidatura para que la voluntad política que los sufragios expresan se corresponda, con la mayor fidelidad posible, a la entidad real de quien a lo largo de la campaña electoral, así los recabe».

La preservación de la identidad forma parte del contenido esencial del derecho de acceso a los cargos representativos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE); y el control que sobre la denominación corresponde, en primer lugar, a las Juntas no tiene un significado material o sustancialista que trate de asegurar la mayor correspondencia, o «representación auténtica», entre un partido y su designación, sino sólo evitar la confusión del elector, según el artículo 46.4 de la LOREG, garantizando la preferencia de quien verificó en mejor momento la inscripción registral correspondiente (STC 106/1991).

Las Juntas, tras un control ordinario de la regularidad de las candidaturas, subsanando en su caso errores o deficiencias que hayan podido detectar o que les hayan sido denunciados, realizan la proclamación de dichas candidaturas el día vigésimo séptimo posterior a la convocatoria. La intervención de las Juntas en cuanto Administración electoral es básica asegurando la corrección del procedimiento, tanto en la fase de proclamación de las candidaturas como en la de los electos, a pesar de que dicha actuación se encuentre constreñida a la observancia de estrictos plazos de tiempo y no denotar, obviamente, potestad juris-

dicional. En concreto en la fase a que nos referimos —la de la proclamación de las candidaturas— las Juntas llevan a cabo un examen «somero» de la idoneidad de las mismas (STC 171/1991).

La realización de este «mero control» que desde luego no puede pretender «inquirir sobre la eventual existencia en los candidatos de vicios ocultos» alcanza a la advertencia —a denuncia de parte interesada (se trate de los candidatos o sus representantes) o de oficio— de lo que la ley llama irregularidades y que para el Tribunal Constitucional equivalen a incumplimiento de las exigencias legales, se trate de incorrecciones comunes o simples errores materiales.

No es admisible distinguir a los efectos de su subsanación, entre irregularidades comunes y defectos esenciales, de manera que si la ley contempla la ocasión de la subsanación de los defectos esenciales, con mayor motivo han de corregirse los defectos menores de las candidaturas (SSTC 59/1987 y 24/1989). Lo que no cabe es la subsanación de errores de los proponentes de las candidaturas que no consistan ni en irregularidades ni en errores materiales.

Es interesante realizar algunas consideraciones para ahondar en el diferente régimen de las irregularidades subsanables y las insubsanables. Como principio general cabe afirmar que la naturaleza del derecho fundamental que el procedimiento electoral trata de preservar, esto es, el derecho de configuración legal de participación o bien el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos representativos, impone un cierto plazo de tiempo para denunciar las irregularidades de modo que estas no pueden alegarse en cualquier momento y por cualquier procedimiento, pues es indudable que quien «quiera impugnar la proclamación ha de utilizar el procedimiento específico que la ley electoral ha dispuesto para ello». La no utilización de este procedimiento implica un indudable aquietamiento respecto del acto de proclamación de la candidatura (STC 170/1981).

Pero se produce la sanación de las irregularidades no insubsanables cuando la Administración no advirtió de las mismas debiendo hacerlo, en función de la diligencia exigible en el examen de oficio o de la denuncia de los interesados, pues «no puede pesar sobre los ciudadanos un resultado gravoso para sus derechos fundamentales» por causa imputable exclusivamente a la incorrección de la conducta de la Administración (STC 73/1986). De modo que la intervención de la Administración en tales casos denunciando las irregularidades para su corrección constituye una obligación a su cargo de colaborar en la consecución de la regularidad electoral.

Ahora bien no son susceptibles de sanación aquellas irregularidades graves por razón de su afectación a los derechos fundamentales (así la falta de capacidad electoral pasiva (STC 158/1991).

El control de la regularidad de las candidaturas se verifica en sede judicial por la vía del artículo 49 de la LOREG a través del recurso especial contra la proclamación de candidatos (con su correspondiente amparo, como veremos); o mediante el contencioso electoral —y eventual amparo— frente a la proclamación de electos (al menos frente a las irregularidades no subsanables, como la falta de capacidad electoral pasiva que acabamos de señalar) (STC 158/1991).

## II. LAS MODALIDADES DE ELECCIÓN

### A) *La campaña*

Desde el momento en que se convocan las elecciones nos encontramos en *período electoral*, del que sólo los últimos quince días que preceden al día de reflexión antes de las elecciones son propiamente tiempo de *campaña electoral*. La petición expresa de voto (o «actividad lícita en orden a la captación de sufragios») sólo puede llevarse a cabo por los sujetos electorales, esto es candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones, durante la campaña electoral. Pero debe tenerse en cuenta que, como es obvio, durante todo el período electoral los partidos gozan de sus libertades constitucionales, y notoriamente de la libertad de expresión, y que durante la campaña electoral quienes no son sujetos electorales, así grupos, asociaciones o colectivos, pueden manifestarse sobre las cuestiones políticas o electorales, sin excluir una toma de posición política por su parte y aun la recomendación del sentido del voto. Ciertamente la Ley Electoral, como se ha visto, caracteriza la campaña como una actividad dirigida a un determinado objeto, a saber, la solicitud del voto, realizada en un determinado espacio temporal y a cargo exclusivamente de determinados agentes, esto es, los candidatos y sus correspondientes fuerzas políticas o electorales (art. 50 LOREG). Desde este punto de vista es claro que el legislador está pensando en una actividad electoral a cargo, preferentemente, de los sujetos políticos que hemos mencionado, a los que se les ofrecen determinadas disponibilidades para realizar su función. Sin embargo ni es plausible la exclusión del debate político de fuerzas no directamente políticas, pues como es obvio en las elecciones se ventilan problemas que afectan a toda la sociedad, ni puede pensarse que el superior protagonismo de las fuerzas políticas durante la campaña electoral pueda impedir hablar a quien lo desee, como, aunque se trate de una constatación obvia, lo señala el propio artículo 50 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral general en su inciso final.

Ocurre, en efecto, que únicamente caben restricciones o modalizaciones de

los derechos fundamentales, si las mismas se encuentran justificadas, esto es, resultan necesarias en función de determinadas circunstancias o vienen exigidas para la consecución de determinados propósitos, en este caso, la realización correcta de la campaña electoral, y siempre que dichas restricciones tengan un alcance proporcionado, sin que equivalgan por tanto a suspensiones o excepciones que no se encuentren constitucionalmente previstas. Por otro lado debe tenerse en cuenta que durante el período electoral cabe que los poderes públicos convocantes de las elecciones lleven a cabo una llamada *campaña institucional* tendente a incentivar la participación facilitando la información pertinente al respecto, pero «sin influir en ningún caso en la orientación del voto de los electores» (art. 50 LOREG). No debe perderse de vista que, como hemos dicho, la abstención es una opción perfectamente legítima, por lo que no parece constitucional negar en un proceso electoral la oportunidad de su defensa en las condiciones establecidas legalmente con carácter general. Asimismo es necesario advertir del riesgo de utilización partidista de la campaña institucional, deduciéndose ventajas para la fuerza política que la desarrolla. A este peligro se refiere sin duda la Instrucción de la Junta Electoral Central, al prohibir que en cualquier tipo de campaña institucional, propiamente electoral o no, se contengan «alusiones a los logros obtenidos durante su mandato por el poder público que realiza la campaña ni imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones» (Instrucción de 13 de septiembre de 1999 de la JEC sobre el objeto y límite de las campañas institucionales).

En realidad el tiempo de *precampaña* (esto es el que transcurre desde la convocatoria electoral y el comienzo de la campaña electoral) aunque tiene como objeto la preparación interna de la campaña, dejando prestas las candidaturas y acumulando esfuerzos para el momento decisivo de la votación, no deja de tener consecuencias electorales *ad extra*, lo que explica la obligación de los medios de comunicación de titularidad pública también durante dicho espacio como integrante del período electoral, de actuar con imparcialidad y respeto del pluralismo bajo el control de la Junta Electoral competente (art. 66 de la LOREG). Evidentemente en la precampaña los medios de comunicación de titularidad pública no pueden ser utilizados para solicitar el voto, actividad prohibida durante tal período a cualquier formación política. Ante una actuación en tal sentido la Ley Electoral prevé un recurso ante la Junta Electoral pertinente, regulado de modo minucioso por la instrucción de la JEC de 13 de septiembre de 1999 frente a decisiones y actuaciones del Director y de los órganos de administración y dirección de los medios de comunicación correspondientes.

Pero los problemas tienden a presentarse en relación con las informaciones sobre la actuación del Gobierno que, aun no constituyendo explícita campaña

tienen un propósito electoral indudable. La restricción de los derechos fundamentales debe ser siempre a su vez contenida (STC 20/1990) y, de otra parte, durante el período electoral el ejecutivo se encuentra en pleno ejercicio de sus funciones, sobre cuyo desempeño, como es lógico, cabe perfectamente la información. La compatibilización de estos presupuestos con la exigencia de la imparcialidad y la garantía del pluralismo bajo el control de las correspondientes Juntas y especialmente la Central, llevará a los medios de comunicación a adecuar su actividad a la información estrictamente institucional del Gobierno, evitando el aprovechamiento por parte de éste para intervenir directa y explícitamente en la contienda electoral, dando oportunidades compensatorias, en su caso, a las demás fuerzas políticas.

Lo que cualifica jurídicamente al tiempo de campaña es sobre todo la puesta a disposición de las candidaturas de determinadas oportunidades de actuación, de entre las que destaca su *acceso a los medios de comunicación de titularidad pública*. A este respecto es de subrayar que la regulación electoral, de una parte, asegura la presencia de las candidaturas en dichos medios conforme sobre todo al criterio de proporcionalidad en relación con el respaldo electoral en los comicios anteriores y, de otro lado, impone la imparcialidad en la información sobre la actividad electoral de las diversas candidaturas.

Los medios públicos de comunicación ponen a disposición de las candidaturas *espacios de propaganda electoral*, que se distribuyen conforme al respaldo popular conseguido por las mismas en los anteriores comicios, asegurando una oportunidad en todo caso a las nuevas fuerzas contendientes. Son las mismas candidaturas las que elevan a la Junta Electoral correspondiente la propuesta de distribución de los espacios de propaganda electoral, en lo que se refiere al tiempo de emisión y banda pertinente. Por lo que atañe a la *información electoral* son los propios medios los que en uso de su libertad de información establecen los criterios de su emisión, pero sometidos a esa exigencia de imparcialidad y respeto del pluralismo, sobre la que vela la Junta electoral correspondiente. No existe regulación sobre la realización de *debates*, cuya organización depende entonces exclusivamente de la voluntad del medio en cuestión, aunque sujeta al control de la Junta Electoral. Desarrollemos con algún detenimiento la problemática de estos instrumentos de actuación electoral.

En relación con la información propiamente electoral de los medios de comunicación pública parece juiciosa la tendencia aceptada por las fuerzas políticas y la propia Administración electoral, a identificar su régimen al de los espacios electorales gratuitos, teniendo en cuenta que esa identificación sólo puede alcanzar plenamente a los aspectos materiales y que la información debe ofrecer más margen de libertad —en relación con la confección y la presenta-

ción— a quienes la dan que la propaganda, pues en este caso el periodista se limita a transmitir un mensaje que se le suministra con anterioridad y en cuya confección no participa.

La Junta Electoral Central correctamente ha renunciado a regular la información electoral, ocupando una posición que por no ser de estricta aplicación legal, no le corresponde, rehusando asimismo visionar con anterioridad dicha información por considerar que tal actividad censora está prohibida constitucionalmente.

En relación con la duración de la información electoral que corresponde a cada grupo la Junta se declara competente para apreciar manifiestos incumplimientos del criterio de la proporcionalidad en la asignación de tiempos como infracciones del debido tratamiento equilibrado, para cuya constatación no es defendible un cómputo global, sino separado «en relación, en concreto en el caso de la televisión, por una parte con los telediarios de la primera cadena, por otra parte en relación con los informativos de la segunda cadena y, finalmente, también de modo separado en cuanto a la restante programación de Televisión Española, según la respectiva audiencia de unos y otros programas» (Acuerdo de 7 de junio 1999). La Junta Electoral Central ha encarecido especialmente la observancia por parte de los medios de comunicación públicos de la imparcialidad y el respeto del pluralismo en la información durante el último día de campaña.

En relación con los debates electorales la Junta Electoral Central constata la inexistencia de previsión legal al respecto y por tanto renuncia a adoptar ninguna iniciativa sobre su celebración, correspondiendo la decisión sobre el particular al medio de comunicación (Acuerdo 8 de junio de 1999). Este punto de partida no le impide, en concreto, determinar al lado de la inexistencia de obstáculo legal, la conveniencia de los mismos. Así en la Instrucción 13 de septiembre de 1999 se dice que «los debates son un instrumento adecuado para posibilitar el contraste de las ideas y entre las distintas opciones electorales» y en el Acuerdo de 8 de junio de 1999 se señala que «la celebración y emisión de debates entre las distintas entidades políticas es un elemento concurrente al fortalecimiento y desarrollo del proceso democrático». No es difícil ver en estas posiciones reflejado el reconocimiento de la contribución de los debates a la información correcta de los electores, sin la cual éstos, como hace tiempo estableciese K. Hesse, difícilmente pueden tomar parte en la vida democrática.

Si la Junta Electoral no es competente para decidir acerca de la celebración de los debates sí que lo es para su control, asegurando en todo caso la imparcialidad y el respeto del pluralismo por parte del medio público que los organiza, a cuyos efectos las direcciones de las televisiones han de comunicar para su inmediata publicación el plan de organización de debates, con una antela-

ción de cinco días. Las entidades políticas afectadas disponen de un día desde dicha publicación en el *Boletín Oficial* que corresponda para examinar la comunicación remitida por el medio y formular los recursos que estimen convenientes.

La organización de los debates puede determinar que estos sean generales o sectoriales, bilaterales o plurilaterales. Lo que la Junta Electoral garantiza es, en principio, el acceso a los mismos de todas las candidaturas con representación parlamentaria y que deseen participar en ellos, admitiendo la posibilidad de una compensación informativa de aquellas candidaturas que, por razones técnicas de programación, no hubiesen tenido acceso a los debates. En efecto, señala la Junta en su acuerdo de 7 de junio de 1994, «en la medida en que como consecuencia de la programación de debates se hubiera lesionado la proporcionalidad entre las entidades políticas con representación parlamentaria, se ha de facilitar al recurrente que cuente con la misma la participación en alguno de los debates pendientes de celebración o, en otro caso, ofrecer suficiente y adecuada información de la citada entidad política en orden a mantener la proporcionalidad adecuada a la cobertura de la información durante la campaña electoral».

Sin duda alguna parece que en la organización de los debates se deben de conjugar diversos elementos en tensión, así las exigencias del pluralismo que lleva a la observancia de la igualdad de oportunidades de las fuerzas contendientes, pero teniendo en cuenta asimismo que el principio de proporcionalidad debe conferir alguna ventaja a las candidaturas con mayor respaldo parlamentario. De otro lado, han de considerarse los requerimientos de las libertades de comunicación que comprenden el respeto de la libertad de expresión, de manera que no se obligue a intervenir en el debate a quien no quiere, y la libertad de información de los profesionales de los medios, admitiendo su libertad de diseño del programa, teniendo en cuenta las expectativas de audiencia.

Así el reconocimiento del pluralismo no tiene por qué exigir la presencia de todas las candidaturas en el mismo debate, sin tener en cuenta, por ejemplo, las exigencias que la misma ordenación de la discusión plantea. En efecto la condición ordenada del debate, si ha de ser de utilidad para la formación del juicio del electorado, impone determinadas reglas también a su realización como la de no permitir la intervención en el mismo sino a fuerzas significativas y sin que una presencia excesiva de interlocutores dificulte la comprensión de su relieve y verdadero peso político. El problema es también conferir al respaldo parlamentario de las fuerzas políticas una determinada significación que sin embargo no ignore la necesaria igualdad de armas de los contendientes en todo contraste ideológico auténtico. Por ello parece que sólo en lo referente al diseño del debate puede admitirse la eficacia del principio de proporcionali-

dad. Así si hay varios debates las fuerzas que tienen mayor respaldo parlamentario han de poder elegir intervenir en el que se celebre en último lugar. Incluso si por las razones antes dichas el número de intervinientes en la discusión electoral ha de ser limitado parece razonable que las candidaturas más votadas puedan decir algo en relación con la identidad de aquellas con las que quieren debatir, pero, sin que se altere, como decía, una cierta igualdad de oportunidades, pues una verdadera controversia se devalúa si no respeta la equiparación de los contendientes.

Por lo que se refiere a *los medios de comunicación privados*, en lo que respecta a la televisión, se produce una publicación durante el período electoral que alcanza sobre todo a los debates que se organicen en dichos medios, controlables con los mismos estándares que si se tratase de la televisión pública por la Junta Electoral. En las televisiones privadas está prohibida la emisión de propaganda electoral, lo que no ocurre en las emisoras privadas de radio.

Por lo que atañe a *la prensa* los propietarios de los periódicos no pueden establecer diferencias en las tarifas a percibir de los anunciantes electorales, ni negarse a la publicación de remitidos de ninguna candidatura, aunque discrepen de su línea editorial. Aunque se comprende perfectamente que el propósito de este precepto (art. 58 de la Ley Electoral) es garantizar en última instancia que ninguna voz pueda ser obligada al silencio (descontando que tal situación no se derive de la falta de medios para pagar el anuncio) lo cierto es que nos encontramos ante un mandato legal que impone restricciones a la libertad de empresa, determinando una contratación eventualmente no deseada, y a la libertad de expresión, consistente en comunicar sin trabas el mensaje querido o no hacerlo, que tiene una cobertura constitucional bien dudosa.

Las candidaturas disponen de otras oportunidades de campaña electoral ofrecidas por los Ayuntamientos, así el caso de espacios para la colocación de *carteles o banderolas*, asignados por criterios de proporcionalidad; más equilibradamente el artículo 57 asegura la atribución de *locales* a todas las fuerzas políticas, aunque admite la resolución en los conflictos de preferencia de acuerdo con el respaldo electoral anteriormente conseguido de cada formación política.

Un juicio rápido sobre la regulación de la campaña no puede menos de criticar frente a determinados tintes intervencionistas, en relación especialmente con la situación de los medios de comunicación privados, la preponderancia de un cierto propósito consolidatorio, apreciable en el peso que en la disposición de facilidades juega el principio de proporcionalidad frente al de la igualdad de oportunidades. Finalmente se ha de lamentar la ausencia de una previsión específica sobre debates electorales, pues sin duda una campaña electoral democrática apunta no sólo a la confrontación, podríamos decir por solapamiento,

entre líderes y programas, sino a la consecución intencionada del contraste entre las diversas opciones a través de la discusión y el debate.

En relación con *los gastos electorales* se exige una contabilidad especial a cargo del administrador electoral que en cada campaña designen las candidaturas cuyo control corre a cargo del Tribunal de Cuentas. Ha de tenerse en cuenta que los gastos no pueden sobrepasar determinado monto y que están prohibidas las aportaciones anónimas. La publicidad en prensa y radio no puede rebasar el 20 por 100 del límite total de gastos, tope que en el caso de la publicidad en vallas comerciales es del 25 por 100.

Las candidaturas con representación final parlamentaria reciben una subvención tanto en razón de los escaños alcanzados (dos millones de pesetas por cada uno de los mismos en el congreso o en el Senado) como por los votos conseguidos (75 pesetas por cada uno en las elecciones al Congreso y 30 en el caso de las elecciones al Senado). Cabe que se adelanten las subvenciones hasta un importe del 30 por 100 en el caso de fuerzas que cuenten ya con presencia parlamentaria.

La legislación electoral establece sobre *las encuestas electorales* un régimen que, primeramente, trata de asegurar la solvencia técnica de las mismas, atribuyendo a la Junta Electoral Central facultades de control hasta la imposición de las rectificaciones que procedan. En segundo lugar, se prohíbe la publicación y difusión de sondeos electorales durante los cinco días anteriores al de la votación. Por último, la Ley Electoral establece que si algún organismo público realiza un sondeo durante el período electoral, sus resultados deben ponerse en conocimiento de las fuerzas políticas concurrentes a su solicitud en el plazo inmediato tras ésta de cuarenta y ocho horas. En relación con la regulación de las encuestas electorales (art. 69 Ley Electoral) pueden hacerse tres consideraciones adicionales. Primeramente cabría pensar en contemplar la posibilidad de que la Junta Electoral, para verificar el control de la adecuación técnica de las encuestas, recabase la ayuda de algún organismo especializado en investigaciones demoscópicas. En segundo lugar, parece correcta la prohibición de publicación de sondeos en las fechas inmediatamente anteriores al día de celebración de las elecciones, dada la imposibilidad de reaccionar de modo eficaz ante encuestas que pueden ser muy deficientes desde un punto de vista técnico pero tener una capacidad de manipulación considerable, resultando en la práctica difícil actuar represivamente contra sus autores, al menos con efectos anteriores al momento electoral. Por último, la imposición de la comunicación de los sondeos públicos a todas las fuerzas trata de impedir una ventaja institucional a favor del Gobierno, reforzándose el carácter competitivo de las elecciones en las que ha de preservarse la igualdad concurrencial de todas las candidaturas.

B) *El escrutinio*

La Constitución adopta decisiones importantes sobre el sistema electoral que aparecen así dotadas de una superior legitimidad y quedan protegidas frente al legislador al que corresponde desarrollarlas. Sin duda la determinación más importante del sistema electoral constitucionalizado, en el caso del Congreso, es la que establece *su carácter proporcional*, al prescribir que la elección se verificará en cada circunscripción atendiendo «a criterios de representación proporcional» (art. 68 CE). Lo que ocurre es que el alcance de esta calificación es meramente tendencial, como se deduce de la propia expresión constitucional que acoge más que un sistema proporcional puro, uno inspirado, o que refleje, «criterios» de proporcionalidad, y resulta asimismo de otras decisiones efectivamente adoptadas por el propio constituyente, y aun de propios datos o circunstancias de nuestra «realidad» política. Por ello el modelo final del sistema electoral español puede describirse como el correspondiente a un sistema mayoritario corregido. Así pues, en este caso, como también en otros supuestos en los que se utilizan cláusulas definitorias, el alcance de éstas no nos remite a un modelo exterior a la Norma Fundamental sino a decisiones adoptadas en la propia Constitución que concretan el alcance de la definición y permiten modular su significado convencional. Por ello en la ocasión presente es correcto calificar el sistema efectivamente adoptado, por lo menos en el nivel de la práctica, del *government*, según acabamos de hacer, como sistema mayoritario atenuado.

En este orden de cosas son muy importantes las decisiones que la Constitución, que no determina con precisión el número total de diputados que es establecido por la ley electoral aunque se ha de encontrar entre el mínimo y el máximo fijado (300 y 400, respectivamente), adopta sobre la provincialización de nuestro sistema electoral.

La Constitución, primeramente, establece a la provincia, cuyos límites sólo podrán ser alterados por ley orgánica, como circunscripción, a la que la ley que distribuya proporcionalmente el número de escaños, asegura una representación mínima inicial de dos escaños; y fija la representación de Ceuta y Melilla en un diputado por cada una.

El carácter provincial de la circunscripción impone a ésta en muchos casos un tamaño que reduce, sin duda, las oportunidades de los partidos medianos y pequeños. De otro lado la concesión de la representación mínima inicial mencionada a cada circunscripción, disminuye la proporcionalidad general, a costa de favorecer a las pequeñas provincias. Esta desviación de la representación proporcional lleva a una sobrerrepresentación de las circunscripciones pequeñas y a una infrarrepresentación de las grandes, de consecuencias políticas in-

dudables, pues las provincias menores son también las más conservadoras desde una perspectiva política.

Por último, las correcciones a la estricta proporcionalidad resultan acentuadas por el sistema d'Hont, que establece la Ley Electoral, y la cláusula del 3 por 100 a escala provincial, según la cual un partido o coalición necesita obtener este número de sufragios para obtener un escaño, con el resultado de que los partidos con distribución difusa —los mayores— se encuentran primados con un porcentaje de escaños en el Congreso superior al porcentaje de votos conseguidos a nivel estatal; una correspondencia aproximadamente de los partidos concentrados en una región o provincia; y una penalización a los partidos con representación dispersa. Al respecto debe señalarse que el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 75/1985 193/1989 considera posibles y justificadas las barreras establecidas en la legislación electoral (Ley Electoral o Estatuto de Autonomía). En primer lugar, porque nuestra Constitución, en el caso del Congreso, no ha establecido, según sabemos, un sistema proporcional puro, de modo que cada fuerza política reciba una representación correspondiente matemáticamente al número de sufragios que obtenga, antes bien, la propia Constitución y la Ley Electoral adoptan medidas de corrección de tal proporcionalidad. Las restricciones establecidas por la ley electoral —como la fijación de la barrera en el 3 por 100 para alcanzar la representación— sobre no suponer una desviación grave de la proporcionalidad, pues el reparto de la inmensa mayoría de los votos emitidos en las circunscripción respeta dicho criterio, están justificadas en vista al objetivo a que sirve que es evitar la fragmentación política y contribuir a permitir que los gobiernos que se formen tengan suficiente apoyo parlamentario. La existencia de la barrera, en concreto, tampoco supone vulneración del derecho de acceder a la representación en condiciones de igualdad, y según lo establecido legalmente, pues, como hemos visto, dicho límite es una restricción que la Ley ha impuesto legítimamente y cuya observancia se impone por igual a todas las candidaturas intervinientes en la disputa electoral.

En relación con el sistema electoral en las elecciones al Senado la Constitución realiza una remisión más amplia a la ley y aun a los Estatutos de Autonomía. Interesa subrayar algunos extremos llamativos. Así destaca, en primer lugar, la significación provincial del Senado, en lo que se refiere a su composición, a pesar de que la Constitución lo defina como «Cámara de representación territorial». Ni desde el punto de vista del origen de sus integrantes ni tampoco por sus funciones, el Senado es una órgano representativo autonómico. Además la provincialización del Senado lo es a ultranza pues la Constitución atribuye la misma representación numérica a todas las provincias (cuatro senadores) con independencia de su población. Esto impone un sobrerrepresentación

ruralista de evidente significado federal pero también ideológico y político. La representación propiamente autonómica la llevan a cabo los senadores de designación por los Parlamentos autonómicos, a saber, uno por cada Comunidad Autónoma y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio.

En segundo lugar, el sistema establecido en la Ley Electoral para las elecciones al Senado es el mayoritario, que permite la representación de las minorías (el elector incluye tres nombres en su papeleta, resultando elegidos los cuatro candidatos con mayor número de sufragios). La cuestión ofrece un cierto interés no sólo porque refuerza la comprensión mayoritaria de nuestro sistema electoral que ya se ha señalado, sino porque quizás ilustra sobre las desmedidas esperanzas que a veces, cuando se habla de la reforma del sistema electoral, se depositan en el desbloqueo de las listas, pues en la práctica lo que hace el votante en las elecciones al Senado no es «confeccionar» su propia papeleta incluyendo nombres de las diversas candidaturas, sino limitarse a señalar a los tres primeros candidatos del partido de su preferencia. Esto no quiere decir que la introducción de listas no bloqueadas no pueda tener efectos beneficiosos en el sistema electoral, contribuyendo, de un lado, a quebrar la posición indiscutida de los líderes nacionales, de modo que el escalafón político dejaría de estar en manos de quienes en la actualidad configuran las listas, con la pérdida de poder que eso supondría, acercando, de otra parte, a las élites políticas provinciales a los ciudadanos, pues serían éstos y no la dirección del partido quienes asignarían las posiciones de poder en el seno de las organizaciones políticas. Sin embargo no todo serían ventajas: la cohesión del partido podría sufrir, estimulando el particularismo de los candidatos, tentados a trabajar sobre todo en su propio interés, e incluso el espíritu fraccionalista, pues los contrincantes estarían no sólo entre los adversarios sino en los propios compañeros de partido.

### III. ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y CONTENCIOSO ELECTORAL

#### A) *La Administración electoral*

En unas elecciones limpias el cuidado de la igualdad entre todas las fuerzas políticas, de modo que ninguna disfrute de ventajas institucionales, y la observancia rigurosa por parte de todos de las reglas de juego, depende básicamente de una Administración electoral adecuada.

El diseño de nuestra Administración electoral en sus niveles inferiores, *Mesas electorales*, como administración popular cuyos miembros se designan por sorteo, y en sus niveles superiores, *Juntas de Zona, Provinciales y Central*,

como administración judicializada en correspondencia a una aplicación independiente y técnica del ordenamiento, parece muy pertinente. Concentrando nuestras observaciones en los niveles superiores, después de llamar la atención, como queda dicho, sobre el predominio en ellas de los jueces (en el caso de la Junta Electoral Central ocho de sus trece miembros son Magistrados del Tribunal Supremo, designados por sorteo, a quienes además les está reservada la presidencia y la vicepresidencia del organismo, siendo los otros cinco miembros catedráticos propuestos de modo conjunto por los partidos políticos), conviene quizás subrayar el carácter especial de la Administración electoral, en cuanto organización neutral, no dirigida políticamente y con fines independientes. En relación con la composición de la Junta Electoral Central merece la pena llamar la atención sobre tres cuestiones. En primer lugar que sus miembros no judiciales son nombrados (por cierto por Decreto) a propuesta conjunta de los partidos políticos con representación en el Congreso. Así, si puede hablarse de este modo, dichos vocales, además de ser lógicamente personas aceptables para todas las fuerzas políticas, lo que implicará el rebajamiento de los perfiles partidistas, están para hacer valer en la Junta no los intereses de la fuerza que propuso su nombramiento, sino más bien los valores comunes de la competitividad del sistema y la limpieza del proceso electoral. Además debe subrayarse que la intervención de los partidos en la constitución de la Junta, aunque razonable en la medida en que dicho organismo interviene en el proceso electoral y no en la vida parlamentaria, no deja de suponer una marginación de los grupos parlamentarios, ya operantes cuando se nombra la Junta, y desde ese punto de vista puede considerarse indiciaria de una posición de superioridad, más que de estricta separación, de los partidos políticos respecto de los grupos parlamentarios. En tercer lugar, la reserva de la presidencia y vicepresidencia de la Junta exclusivamente a sus vocales judiciales, si bien puede considerarse razonable, en vistas a la configuración judicializada de este organismo, lo que es una opción perfectamente legítima para reforzar su imparcialidad y objetividad en la dirección del proceso electoral, supone una restricción indudable al derecho de acceso en condiciones de igualdad al desempeño de funciones representativas que contempla el artículo 23.2 CE.

La Administración Electoral ni tiene, como se ha puesto de relieve, vinculación con el ejecutivo ni dependencia jerárquica del mismo en su actuación, en cuanto sus actos son únicamente controlados por la Jurisdicción contenciosa. Ello *no obstante* la Administración electoral comparte con las demás una organización jerárquica, de modo que los órganos superiores, y notoriamente la Junta Electoral Central como instancia más alta de la Administración Electoral, dirigen instrucciones a sus inferiores, atienden las consultas que estos

formulan o resuelven recursos en alzada contra sus acuerdos, aunque como ya señalábamos anteriormente aquellos ni determinan la composición de éstos ni pueden destituirlos, llegando la vertebración jerárquica de la Administración electoral al punto de conferirse a las Juntas Superiores competencia para revisar de oficio las decisiones de las Juntas inferiores. No conviene, con todo, perder de vista que, en una consideración estrictamente constitucional, la Junta Electoral Central no es un árbitro político que actúa en el proceso electoral según criterios de prudencia o sentido común, sino un órgano administrativo que está obligado a adecuar su conducta a los términos, y por consiguiente con las limitaciones, establecidos por la Ley. De cara a la configuración institucional de la Administración Electoral es pertinente recordar que el Tribunal Constitucional se ha referido en diversas ocasiones al carácter «especial» de la Administración electoral (así por ejemplo en la Sentencia 149/2000). La STC 197/1988, en concreto, subraya su condición judicializada y las garantías legales específicas de su independencia, de cara al cumplimiento de su fines institucionales, asegurando la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad.

Como a los órganos jurisdiccionales a la Administración electoral le corresponde garantizar la regularidad del proceso electoral, sin defender un interés público específico a oponer a los alegados por los particulares u otros poderes públicos, sino llevando a cabo una actuación estrictamente objetiva, ejerciendo funciones de control de la legalidad. Pero las Juntas no son órganos jurisdiccionales: evidentemente no están encuadradas en el poder judicial y, al asumir la dirección del proceso electoral desempeñan preferentemente una actuación administrativa. En efecto en lo que se refiere al control de dicho proceso sus facultades, a desarrollar, como sabemos, en unos márgenes temporales muy estrictos, no dejan de referirse a la cumplimentación de los requisitos o presupuestos de la decisión electoral, sobre cuya validez no pueden pronunciarse propiamente con efectos invalidatorios. De manera que, como se dice en la Sentencias 26/1990 y 157/1991, los órganos judiciales, en concreto a la hora de revisar los resultados en los distintos comicios, actúan con plena jurisdicción en la búsqueda de la verdad material y «no se encuentran tan estrechamente limitados como las Juntas electorales».

La condición «administrativa» de las Juntas Electorales ha llevado al Tribunal Constitucional a negar que las actuaciones de las mismas puedan constituir vulneraciones del derecho fundamental a la tutela efectiva (STC 197/1988) y especialmente a la Sentencia 149/2000 declarando parcialmente inconstitucional el artículo 21 de la Ley Electoral, que excluía cualquier recurso, de naturaleza administrativa o judicial, frente a acuerdos en alzada adoptados por la Junta electoral correspondiente.

Esta Sentencia resulta de interés no sólo por resolver en realidad una cuestión de inconstitucionalidad autopropuesta por el propio Tribunal Constitucional (y no la autocuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 55.2 de la LOTC, resultado de la estimación, en un proceso diferente, de un amparo frente a un acto de aplicación de una ley considerada inconstitucional por la Sala que conoció el amparo), así como por mostrar, según se evidenció ante la solicitud al respecto en el proceso y señalaría un voto particular en la Sentencia, cierta prevención del Tribunal frente a las sentencias interpretativas.

La Sentencia citada 149/2000 declara inconstitucional la pretensión que pudiera fundarse en el artículo 21 de impedir «de manera indiscriminada y absoluta» recurso judicial alguno frente a las resoluciones de las Juntas electorales. En realidad la propia ley ya prevé en el caso de las encuestas electorales y sondeos (art. 69.6 LOREG) la impugnación ante los tribunales contenciosos de las resoluciones de la Junta. De otro lado, este precepto no podía excepcionar el régimen de control universal de la Administración —véase Auto del Tribunal Constitucional 1040/1986— especialmente cuando estemos ante actuaciones sancionadoras, por lo que la interpretación más común de este precepto, entendía que lo que se impedía era la impugnación autónoma de actos de trámite, pero revisables si se recurría ante la jurisdicción contencioso-administrativa la proclamación de candidatos o electos.

Aunque la Ley Electoral parezca proceder a un apoderamiento genérico de la Junta para velar por «la transparencia y objetividad del proceso electoral, así como del principio de igualdad», lo cierto es que esta finalidad institucional ha de buscarse como señala el mismo artículo 8 de la LOREG «en los términos de presente ley», esto es, de acuerdo con el elenco competencial establecido fundamentalmente en el artículo 19 de la Ley Electoral. Las facultades previstas en dicho precepto son *consultivas* o de *unificación* de la interpretación de la regulación electoral; *reglamentarias* o de completamiento indefectible de la normativa sobre las elecciones; *ejecutivas* o que tienen que ver con la dirección del proceso electoral, incluyendo en ellas las atribuciones disciplinarias; y *resolutorias* de recursos interpuestos frente a decisiones de las Juntas inferiores.

## B) *La Jurisdicción electoral*

### 1. *Su articulación procesal*

La Constitución atribuye explícitamente a los jueces y tribunales el control de la regularidad del proceso electoral (art. 70 CE), que de otro lado resultaría

inevitable, como hemos visto, aun sin esa fijación, dado el control universal de los tribunales sobre la actuación administrativa. La intervención judicial se produce en el nivel de la jurisdicción ordinaria mediante, sobre todo, recursos contencioso-electorales frente a la proclamación de las candidaturas o los electos. La actuación del Tribunal Constitucional tiene lugar en relación con el desarrollo del proceso electoral, cuando el Tribunal resuelve amparos sobre elecciones, los llamados *amparos electorales*.

Por lo que hace a la vía contencioso administrativa debemos referirnos a dos tipos de recursos, a saber, los que impugnan las candidaturas proclamadas por las juntas electorales y los que se interponen frente a los candidatos electos. Se trata de recursos que, además de compartir la sumariedad, protegen verdaderos derechos constitucionales, aunque de configuración legal, y en los que la posición de la Administración cuya actuación se ataca sólo aparentemente se asemeja a la de parte demandada, que es la que le corresponde en los procesos contencioso-administrativos ordinarios.

El artículo 49 de la LOREG establece el recurso frente a la *proclamación de candidaturas* por las Juntas Electorales, interponible en el plazo de dos días ante los Juzgados de lo contencioso mediante un escrito en el que, junto a la interposición, se presenten las alegaciones pertinentes, acompañadas de los elementos de prueba que se estimen oportunos.

La legitimación corresponde a los candidatos no proclamados así como a los representantes de las candidaturas proclamadas o no proclamadas. Estamos por tanto ante un procedimiento de impugnación de decisiones administrativas especialmente sumario (dada la fugacidad de los plazos: dos días para recurrir y dos para resolver, teniendo en cuenta que en el primer plazo el tiempo corre a partir de la proclamación de la candidatura, no de su comunicación a los afectados); de regulación normativa muy elemental, de modo que en el artículo 49 de la LOREG no se contempla ni el envío del expediente por la Junta electoral ni el trámite de audiencia a los interesados; y con restricción en la legitimación, que excluye a los candidatos proclamados (aunque sí dispongan de ella sus representantes) y a los partidos políticos como tales, no mencionándose al ministerio fiscal.

En segundo lugar La LOREG, en sus artículos 109 a 117, regula el recurso contencioso electoral frente a la *proclamación de electos*. Se trata de un procedimiento especial de cognición limitada, en razón del acotamiento de su objeto: impugnación de los candidatos electos. Los recursos son urgentes y gozan de preferencia absoluta en su trámite y fallo ante las Salas de lo Contencioso Administrativo competentes, cabiendo distinguir en la legitimación activa para recurrir entre la que corresponde a los candidatos no proclamados y la de los representantes de las candidaturas, partidos políticos, asociaciones, federacio-

nes y coaliciones que se consideren ilegítimamente perjudicados por el acuerdo impugnado.

La competencia para el conocimiento de los recursos —tras la modificación introducida por la LO 8/1991, tendente a evitar en lo posible una divergencia aplicativa de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia— corresponde al Tribunal Supremo para las elecciones generales o al Parlamento europeo y al respectivo Tribunal Superior de Justicia en las elecciones locales o autonómicas.

Sin duda hay que atribuir una pretensión unificadora a la introducción de la reclamación previa ante la Junta Electoral Central como recurso de alzada (art. 108.3 LOREG) frente a la proclamación por las Juntas provinciales de los candidatos electos: recurso curioso en cuanto que las facultades resolutorias de la Junta Electoral Central, a actuar en un plazo de extraordinaria brevedad, se han de referir a las incidencias recogidas en las actas de sesión de las mesas electorales o el acta de la sesión del escrutinio general, y no pueden alcanzar a la anulación de actas y votos.

El desarrollo del procedimiento se realiza de acuerdo con especiales pautas de celeridad que llevan a un acortamiento temporal de las fases (cuatro días para contestar a la demanda, cinco días para la realización en su caso de las pruebas) o su sincopación o eliminación de las mismas. Pero, sobre la celeridad, caracterizan a este proceso otros tres rasgos, atinentes, en primer lugar, a la *amplitud del objeto*, pues el control del resultado final permite al tribunal una amplia fiscalización electoral, de modo que este recurso hace posible por ejemplo la impugnación de vicios insubsanables no denunciados en una fase anterior del proceso electoral.

En segundo lugar, actuación del tribunal según el principio de la *plenitud jurisdiccional*, en virtud de las exigencias de la obtención de la verdad material, en razón de la trascendencia política de la regularidad electoral para la normalidad constitucional. Así el juzgador no está limitado por el principio de congruencia de modo que no pueda rebasar el *petitum* de la demanda, aunque si se extiende el objeto, de modo que la sentencia resuelva cuestiones no planteadas en la demanda, ha de darse a los afectados la oportunidad de realizar las alegaciones que tengan por convenientes.

En tercer lugar, el contenido de la sentencia no tiene exclusivamente un significado fiscalizador anulatorio y pueda sustituir a la Administración reformando los actos impugnados. La sentencia puede pronunciar alguno de los fallos siguientes: 1. inadmisión; 2. desestimación; 3. alteración de la proclamación; 4. nulidad de la elección. Pero la nulidad sólo se establecerá en relación con irregularidades o vicios graves, que pueden afectar solamente a un número limitado de secciones o de mesas, y que sólo determinarán la repetición de la

convocatoria electoral —limitable al acto de votación— cuando su resultado altere la atribución de escaños en la circunscripción.

El sistema de recursos jurisdiccionales sobre el proceso electoral culmina en *el recurso de amparo* que ofrece una garantía extraordinaria —fuera del orden jurisdiccional ordinario— y subsidiaria —en el sentido de no primera o necesariamente ulterior— de los derechos fundamentales vulnerados —específicamente de los derechos de participación del artículo 23— en relación con actuaciones —de la Administración o del Poder judicial— en materia electoral. Los actos impugnados por esta vía son o las sentencias *sobre proclamación de candidaturas* (artículo 49 LOREG) o la recaídas en el contencioso electoral *frente a candidatos electos* (art. 114.2). Aunque el control de las elecciones puede, de hecho, ejercerse a través del amparo, y entonces el Tribunal Constitucional actúa como tribunal de garantías electorales, el propósito del amparo directo no es sino asegurar los derechos de los ciudadanos —en concreto especialmente el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones representativas de los candidatos— frente a violaciones de los poderes públicos: lo que quiere decir que el control de legalidad que sobre estas actuaciones realiza el Tribunal Constitucional tendrá exclusivamente en cuenta las irregularidades (o infracciones) legales que supongan una lesión del derecho fundamental en cuestión.

El cumplimiento de esta función impedirá al Tribunal Constitucional entrar en el examen de los hechos, de modo que el amparo pudiese fungir como recurso de apelación; o actuar como instancia de unificación doctrinal, como si el amparo fuese un recurso de casación.

En el caso del amparo electoral estamos ante una variedad del recurso de amparo en el que, como se verá más tarde, aunque se impugnen sentencias judiciales, en realidad se ofrece un remedio frente a actuaciones de la Administración. Se trata de un amparo, asimismo singularizado, además de por el derecho protegido —art. 23.2 CE— y el tipo de actos que se impugnan: proclamación de candidaturas y candidatos electos, por su celeridad, muy notoria en el amparo frente a actos de *proclamación de las candidaturas*, lo que lleva a una especialidad tanto en el cómputo de los plazos, considerando excepcionalmente hábiles los días naturales, y a la aceptación de un especial antiformalismo en el procedimiento.

Otras notas también privativas del recurso de amparo electoral referentes a la subsidiariedad y la libertad configuradora del fallo, o ya han sido tratadas o se refieren a aspectos que destacan al amparo electoral respecto de los demás amparos, pero no determinan propiamente singularidad en relación con el recurso contencioso electoral.

## 2. *Su interpretación constitucional*

Sobresale la atención interpretativa del Tribunal Constitucional respecto de los recursos electorales, mostrada singularmente con ocasión del conocimiento del amparo, lo que sin duda se debe a la especialidad y trascendencia política de los mismos, a la vez que a la parquedad de las regulaciones que se ocupan de ellos (sobre algunas notas especiales de los recursos de que hablamos, así sumariada, posición de la Administración o libertad configuradora del fallo, ya nos hemos pronunciado. En el caso del amparo lo insatisfactorio de su regulación normativa alcanza también al rango de esta, a saber, sendos acuerdos del Tribunal Constitucional de 1986 y 1991 en relación, respectivamente, con el amparo frente a candidatos proclamados, y candidatos electos).

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, ha subrayado la especial intensidad del control de la regularidad del proceso electoral llevado a cabo por los tribunales, en relación con el que corre a cargo de la Administración electoral, pues, aunque ambos tipos de instituciones tienen una finalidad común, asegurar la pureza de los procesos electorales, el papel que «cumplen las Juntas electorales a la hora de revisar los resultados habidos en los correspondientes comicios no se corresponde de manera total y absoluta con el que han de desarrollar los órganos judiciales». En el caso de los tribunales, en efecto, no se trata de un control somero, de oficio o a instancia de los interesados, verificador de una regularidad aparente, en realidad de propósitos meramente declaratorios, sino de una revisión verdaderamente jurisdiccional (SSTC 26/1990 y 157/1991), preocupada por encontrar la verdad material, con facultades investigatorias plenas, y que puede llevar al tribunal en cuestión a una sentencia anulatoria de los resultados electorales en la circunscripción o en alguna mesa de la misma.

La intervención de la jurisdicción es necesariamente ulterior a la fiscalización de la Administración, pero la actuación de ésta, que se produce en garantía ordinaria del cumplimiento de la legalidad y no en prosecución de un interés específico, como sabemos, no restringe el conocimiento de la jurisdicción, de modo que sus tribunales se encuentren obligados por la preclusividad, cerrándose necesariamente el acceso a la revisión judicial por el hecho de no haberse realizado una queja en el momento en que hubo oportunidad para ello.

La trascendencia de la actuación de los tribunales contenciosos se muestra en la independencia con que cumplen su función más allá de los términos en que ha verificado su control la Administración electoral. Pero ni la plenitud jurisdiccional ni la no vinculación de los órganos judiciales al principio dispositivo, en la medida en que ante ellos no se plantea una *litis* estrictamente privada, pueden hacer olvidar que la intervención judicial en el proceso electoral

se produce a través de la constricción de un proceso «en el que obviamente rigen los derechos fundamentales de las partes ex artículo 24 CE, por lo que las iniciativas y facultades que se reconozcan al órgano judicial en atención a la búsqueda del resultado real de la consulta electoral nunca podrán ir contra los derechos fundamentales de las partes del proceso» (STC 24/1990).

Entre estos derechos no está el de la congruencia judicial mal entendida o la prohibición de la *reformatio in peius*, pues quien utiliza el proceso electoral se expone a que el Tribunal se pronuncie sobre aspectos no solicitados (STC 26/1990). Pero la resolución en una sentencia de cuestiones no planteadas en la demanda exige, según vimos, la atribución de una oportunidad a los afectados para que formulen las alegaciones que tengan por pertinentes (STC 24/1990).

El Tribunal Constitucional, como advertíamos dentro de su actuación interpretativa, ofrece especialmente a partir de la Sentencia 24/1990, unos criterios a tener en cuenta en el control jurisdiccional electoral, que aunque generales adquieren su propia modulación en tal materia. Me refiero a los principios de conservación de los actos, la proporcionalidad y la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. El criterio de conservación de los actos, recogido en diversos preceptos de nuestro ordenamiento, así el art. 50.2 de la (antigua) Ley del Procedimiento Administrativo, el artículo 247 de la LO del Poder Judicial y el propio art. 113.3 de la LOREG, exige la restricción del ámbito anulatorio de la sentencia hasta el límite que se pueda. El principio de la proporcionalidad conlleva no atribuir consecuencias desfavorables para los derechos fundamentales a las actuaciones irregulares en el proceso electoral, sino en la menor medida posible. El principio de la interpretación constitucional a favor de los derechos individuales implica la comprensión del ordenamiento en los términos más congruentes con el disfrute de los mismos.

Dejemos a un lado este último principio, realizado en virtud de la trascendencia política del derecho de participación, que se formula a veces con alguna exageración de patetismo y que se traduce sobre todo en una rebaja de las exigencias formalistas del procedimiento. Respecto del principio de conservación de los actos, que tiene que ver con la garantía de la seguridad jurídica y buena fe y que trata de evitar manipulaciones en el proceso electoral, el problema es que está pensado sobre todo para salvar, en la medida de lo posible, la validez de aquellos actos que son necesariamente previos pero independientes del resultado final. Pero, en el proceso electoral, la votación no es tanto un procedimiento — o conjunto de actuaciones sucesivas o concatenadas, tendentes a un resultado final — cuanto un acto complejo cuyos componentes se producen con simultaneidad, y no sucesión, temporal.

Como se sabe el principio de proporcionalidad se entiende como un crite-

rio a aplicar por parte del legislador o la Administración en la restricción de los derechos fundamentales, exigiendo, en el caso de que proceda su limitación, la observancia de determinadas precauciones y medidas para que las garantías constitucionales continúen vigentes. Supone, entonces, la proporcionalidad cierta concretización del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hay dos modos de entender el principio. Una acepción, diríamos no técnica de la proporcionalidad, lo identifica con la exigencia de moderación en la restricción de los derechos, sea quien fuere el que la lleva a cabo, equivaliendo entonces a la razonabilidad de la actuación limitadora (así STC 20/1990). Pero hay asimismo una idea más estricta del principio de proporcionalidad que exige someter la conducta que se trata de enjuiciar a un riguroso test (de proporcionalidad), que muestra si la restricción es necesaria, adecuada y supone una intervención mínima. En concreto en el campo penal (véanse las Sentencias 55/1996, 161/1997 y 136/1999) se entiende que el legislador se ha atendido a la proporcionalidad siempre que la pena se justifique de acuerdo con los criterios referidos que se incluyen en el test, esto es, que exista necesidad de tipificación penal, dado el ataque que sufre el bien jurídico correspondiente, que la medida sea adecuada y, por último, que suponga una intervención mínima que no ponga en peligro la adecuación o idoneidad, así como la necesidad y justificación de la medida.

Pues bien la idea de proporcionalidad en materia electoral ocuparía un lugar de transición entre estas dos acepciones de la misma: es algo más que una exigencia de razonabilidad; pero no tiene el grado de elaboración que el Tribunal ha aplicado, en relación con este principio, en materia penal. Exige «la necesaria correspondencia entre unos actos y sus consecuencias» y le sirve al Tribunal, a pesar de una cobertura legal más bien insuficiente, en concreto en el supuesto a que se refiere la Sentencia 24/1990, para decidir la anulación de los resultados electorales en unas mesas y no en el conjunto de la circunscripción. Así, tal principio es utilizado por el Tribunal Constitucional para determinar cuando las infracciones tienen un efecto invalidante por afectar al resultado electoral, e incluso para declarar en el caso en que proceda la anulación y haya de repetirse la votación a qué fases del procedimiento afectará dicha repetición.

La doctrina del Tribunal, además en tercer lugar, alcanza al propio amparo electoral cuyo carácter aparentemente mixto se pone de manifiesto. Aunque el amparo sólo se puede presentar tras la vía judicial oportuna, por cierto con un alcance muy limitado de la subsidiariedad, en realidad en la mayoría de los casos, como sabemos, lo que verdaderamente se impugna son las decisiones de las Juntas electorales. La impugnación ante el Tribunal Constitucional de las

decisiones jurisdiccionales se produce porque las mismas no han puesto remedio a las vulneraciones del derecho de participación del artículo 23.2 a cargo de las Juntas, que son órganos administrativos y no jurisdiccionales; aunque adicionalmente pueden denunciarse infracciones constitucionales que proceden directamente de los tribunales (SSTC 169/1981 y 160/1989).

El amparo electoral presenta evidentes singularidades que «sin alterar la naturaleza del recurso» STC11/1988) sí que merecen algún comentario. Los amparos electorales, como sabemos, se refieren a un derecho fundamental de configuración legal, lo que significa obviamente que la definición del derecho, teniendo en cuenta las decisiones constitucionales al respecto y con la obligación de respetar el contenido esencial o imagen constitucional del mismo, corresponde al legislador, pero, a los efectos que ahora nos importan de cara a comprender la significación del amparo, lo que supone un derecho de configuración legal es que las vulneraciones del mismo consisten en infracciones de la legalidad que alcanzan al derecho fundamental. Ello comporta una infrecuente competencia del Tribunal Constitucional de aplicación (e interpretación) de la legalidad ordinaria, llevada a efecto como es obvio por la Jurisdicción contencioso administrativa, e incluso una actuación revisora de los mismos hechos sobre los que conoció la jurisdicción de instancia, cuyo descuido o falta de evaluación en tal nivel pueden afectar al derecho fundamental en cuestión.

Aunque la condición del amparo como remedio último y el principio de seguridad jurídica impidan normalmente obviar las exigencias del procedimiento establecido, de modo que fuese posible alegar irregularidades en cualquier momento, el significado público de los procesos electorales —y de manera evidente el amparo— y el principio de la plenitud jurisdiccional ofrecen limitaciones obligadas en este caso a la subsidiariedad.

Por eso, sin convertirse en tribunal de apelación ni instancia de unificación doctrinal, al Tribunal Constitucional le corresponde revisar, se lee en su Sentencia 25/1990, si a ello es instado en la vía de amparo, «si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum constitutionem*, y en particular si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido».

De otro lado, a veces la libertad configuradora del fallo lleva al Tribunal Constitucional a una actuación casi nomotética: caso de la interpretación del antiguo artículo 113 de la LOREG, que ya conocemos, deduciendo una habilitación para anular las elecciones en virtud de la apreciación de vicios relevantes, no en relación con toda la circunscripción sino con las mesas o secciones en que se detectaron dichos fallos de acuerdo con los principios (de sentido común) de conservación de los actos y de proporcionalidad (STC 24/1990).

Además, la jurisprudencia del Tribunal está en la base de la reforma de la LOREG tendente, especialmente en relación con el régimen de los recursos contencioso-electorales, a evitar la diversidad interpretativa del derecho electoral, que además de generar grave inseguridad puede afectar al derecho de igualdad, y a constreñir a un ámbito más acotado los efectos de las sentencias dictadas en este tipo de procesos.

*Nota final.* Una referencia detallada a la base bibliográfica de este trabajo insistiría en los reconocimientos que he hecho en otros lugares (así Comentario al artículo 70 CE en *Comentarios a la Constitución española de 1978* dirigidos por O. Alzaga, tomo VI, Madrid, 1998). A los mismos me remito.