

LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro

TOMO II

SILVIA BAGNI
GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA
GIORGIA PAVANI

Coordinadores



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITAS IN BOLOGNIA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E SOCIALI
CENTRO STUDI SUI L'AMERICA LATINA



IBERO
CIUDAD DE MÉXICO



Universidad Panamericana
Campus Ciudad de México



UNIVERSIDAD VIZCAYA
DE LAS AMÉRICAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

UANL

FACDYC

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



tirant lo blanch

Ciudad de México, 2017

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN M. FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad
del Rosario (Colombia) y Presidente
del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Copyright © 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Esta obra ha sido publicada con la contribución financiera de: Accademia Olimpica italiana; Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Verona, Italia; Universidad Anáhuac Xalapa, Veracruz; Universidad Autónoma de Nuevo León; Universidad Vizcaya de las Américas; Universidad Libre, Colombia.

© AA.VV.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: (55) 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-9143-613-3
IMPRIME: RODONA Industria Gráfica, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Control electoral: la experiencia española en el marco del derecho comparado

Paloma BIGLINO CAMPOS

SUMARIO: I. Introducción: del control político de las elecciones al control jurídico. II. Un eficaz sistema de control jurídico. III. Un control económico-financiero susceptible de mejoras.

I. INTRODUCCIÓN: DEL CONTROL POLÍTICO DE LAS ELECCIONES AL CONTROL JURÍDICO

No resulta sencillo participar en un homenaje a alguien con tanta experiencia en Derecho Comparado como es el Prof. Pegoraro, un experto cuya obra es profunda y original. Aun así, me he animado a hacerlo para tratar un tema que no es ajeno a su trayectoria científica, dado que ha sido objeto de alguna de sus publicaciones. Me refiero al libro sobre *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, Tribunali, Commissioni indipendenti*¹. En su colaboración al volumen, L. Pegoraro señala que el control “neutral” de las elecciones ha recibido pocos análisis sistemáticos por parte de la doctrina de Derecho Comparado continental, a pesar de su relevancia científica y práctica². Me atrevo, pues, a llevar a cabo algunas consideraciones acerca del modelo español, con el ánimo de aportar algunas de sus peculiaridades con respecto a otros europeos.

En muchas ocasiones se ha puesto la importancia que adquiere, en los modernos Estados democráticos, el procedimiento electoral. Esta centralidad proviene de que éste, al igual que sucede con los derechos fundamentales, despliega una doble vertiente. De un lado, tiene una proyección objetiva porque es mucho más que una mera fórmula para

¹ Pegoraro, L., Pavani, G. y Pennicino, S., *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, Tribunali, Commissioni indipendenti*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

² *Ibidem*, p. 32.

traducir votos en escaños. En efecto, constituye el medio a través del cual el pueblo expresa la función de dirección política que le corresponde, seleccionando sus propios dirigentes. Pero además, y desde el punto de vista subjetivo, constituye el cauce a través del cual se ejerce un derecho fundamental, como es el derecho de participación política, sobre el que se proyectan otros principios y derechos como son la igualdad y la libertad.

En virtud de esta importancia, las constituciones suelen recoger las reglas electorales esenciales, al establecer algunos de sus elementos básicos, como son la titularidad del derecho de voto, el tamaño y tipo de circunscripción, el número de escaños a repartir o la definición de la fórmula electoral.

En asuntos de procedimiento electoral, los textos constitucionales contemporáneos no son muy distintos de los promulgados durante el Estado liberal. Es cierto que, desde entonces, se han producido profundos cambios en la titularidad de la soberanía, ya que la ampliación del sufragio permitió superar la soberanía nacional (o compartida) para implantar la soberanía popular. Pero los sistemas liberales ya eran representativos, por lo que no es de extrañar que las constituciones decimonónicas regularan las elecciones, a veces con mucho detalle³.

Las grandes transformaciones que el procedimiento electoral ha experimentado desde entonces ha sido consecuencia, pues, de otros factores. Influyó, en primer lugar, la implantación definitiva del principio democrático, al imponer el sufragio universal. Incidió, también, el perfeccionamiento del Estado de Derecho, que exigió nuevas y más acabadas formas de control sobre las elecciones.

Durante el periodo liberal, la minuciosa regulación constitucional del procedimiento electoral no se tradujo en la eficacia de dichas disposiciones. El control de la regularidad de las elecciones, lejos de tener carácter jurídico, tenía naturaleza solamente política, ya que se atribuía en exclusiva a las propias cámaras. Era pues el parlamento el único ór-

³ Sirva como ejemplo los 76 artículos que la Constitución de Cádiz dedicaba a la elección de las Cortes, preceptos que casi constituyen un código electoral completo.

gano competente para verificar la validez de los poderes de sus propios miembros.

Este sistema era coherente con los propios presupuestos del Estado liberal, al ser consecuencia de la posición de supremacía que se atribuía al Legislativo, así como de de la manera de entender la división de poderes⁴. Ambos principios conducían a excluir la injerencia del poder judicial en el funcionamiento y en la composición de las asambleas. No está de más recordar los abusos que produjo esta forma de verificación de poderes. Reconocer al parlamento plena libertad a la hora de decidir sobre la validez de las actas suponía someter la decisión al juego de mayorías y minorías. No es de extrañar que, en estas circunstancias, prosperaran con mayor facilidad los recursos interpuestos contra las actas de los diputados de la oposición que aquellos que afectaban a los miembros del partido en el poder⁵.

En la revisión del modelo de control electoral influyeron también otros factores, como fueron la definitiva victoria del parlamento frente al monarca, así como la convicción de que el asunto no era de naturaleza política, sino jurídica, y, como tal, susceptible de ser sometido a control jurisdiccional⁶. Lo cierto es que, sobre todo después de la segunda guerra mundial, se implantaron nuevas formas de fiscalización. Aunque

⁴ Sobre este asunto, por ejemplo, Solozabal Echevarría, J. J., "Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado", en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1996, t. VI, p. 310.

⁵ Según Pardo Falcón, J., a esta falta de imparcialidad se sumaban otros inconvenientes. El control parlamentario suscita un problema teórico jurídico que no se presta en principio a ninguna solución verdaderamente satisfactoria. En efecto, resulta un tanto contradictorio que las cámaras puedan reunirse válidamente con el fin de aprobar las actas de sus miembros electos cuando éste es precisamente el requisito indispensable para que las mismas se constituyan. "Algunas consideraciones sobre el control de las actas electorales en el Derecho comparado y en la historia constitucional española", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, 1998, p. 177.

⁶ Elia, G., considera como factores fundamentales que produjeron la crisis del modelo impulsaron a la modelo la definitiva victoria del parlamento frente al monarca, la conciencia de los abusos a los que daba lugar el ejercicio de la verificación de poderes por las asambleas y la convicción de que el tema no era de naturaleza política, sino jurídica, y como tal, susceptible de ser sometido a

en algunos países de nuestro entorno (como, por ejemplo, Italia) el asunto sigue reservado al Parlamento⁷, en otros ordenamientos, como es España, se supera el control meramente político para implantar formas jurídicas de control.

Como ya se ha señalado, la implantación definitiva del principio democrático condujo a subrayar la centralidad del procedimiento electoral. Pero la evolución de su control ha estado ligada, también, al perfeccionamiento del Estado de Derecho que se consigue cuando se afianza la idea de Constitución como norma jurídica fundamental.

La primera de las garantías arranca de la propia constitucionalización del procedimiento electoral, porque lo protege con la rigidez que es característica de las Constituciones, que exige que sólo pueda ser reformado cuando existe el necesario consenso. Se impide, así, que mayorías parlamentarias exiguas modifiquen las reglas de juego que aseguran la alternancia en el poder en su propio beneficio.

La naturaleza jurídica de la Constitución impulsa también a establecer otras formas de control sobre las elecciones distintas de las que, en el pasado, correspondían a las propias Cámaras.

II. UN EFICAZ SISTEMA DE CONTROL JURÍDICO

2.1. *La variedad en las formas de control jurídico*

No es sencillo, ni constituye objeto de estas páginas, realizar una tipología de las formas de control electoral que existen en los diferentes ordenamientos democráticos. Merece la pena, tan sólo, recordar su variedad⁸. Así, en algunos casos la fiscalización se atribuye a la jurisdicción

control jurisdiccional. (Voz "Elezioni politiche (contenzioso)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Milán, 1962, p. 750.

⁷ El art. 66 de la Constitución atribuye a las propias Cámaras el juicio sobre los títulos de admisión de sus componentes. Acerca de este asunto, Ragone, S., "Italia", en Pegoraro, L., Pavani, G., Pennicino, S., *Chi controlla le elezioni, Verifica Parlamentare dei poteri, Tribunali, Commissioni indipendenti*, cit. pp. 72-85.

⁸ Sobre este asunto, el libro que se acaba de citar Orozco, J., "Justicia electoral", p. 3, http://iidhwebserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/CAPEL/2_2010/Diccionario_Electoral/justicia%20electoral.doc.

ordinaria, mientras que en otros supuestos se han creado Tribunales especializados en materia electoral. Este es, precisamente, el modelo que predomina en América Latina. En otras ocasiones, interviene el Tribunal Constitucional, en exclusiva o como última instancia tras la agotar los recursos ante la jurisdicción ordinaria.

Esta variedad es consecuencia, en gran medida, de que el control electoral refleja las peculiaridades que caracterizan a cada sistema. La forma concreta en que cada Estado organiza la fiscalización de las elecciones depende, pues, de factores tan variados como pueden ser la existencia de una constitución normativa dotada de rigidez, el tipo de garantías establecidas para los derechos fundamentales, la manera de organizar el poder judicial, así como la articulación de este último con la jurisdicción constitucional.

Las diferencias que existen en los distintos ordenamientos se reflejan en otros elementos distintos, pero en cierta manera dependientes, de la manera en que se configuran los órganos de control. Así varía el tipo de actos sometidos a fiscalización, ya que en algunos ordenamientos no sólo se incluyen las elecciones, sino también los referéndums y la formulación de la iniciativa legislativa popular. Cambian, también los sujetos legitimados para impugnar los actos electorales. Pensemos, por ejemplo, que algunos sistemas jurídicos contemplan la acción popular para depurar las listas del censo, mientras que otros restringen esta posibilidad a los electores y únicamente para corregir los datos que les afecten personalmente. También son muy diferentes las consecuencias del control, que pueden incluir desde la anulación de la votación en todo, o en parte del territorio, hasta la imposición de sanciones penales a los infractores.

A pesar de todas estas divergencias entre los distintos sistemas de control, es posible establecer algunos principios generales, comunes a todos ellos y que derivan, precisamente, de la tarea que están destinados a desempeñar y de la estructura que deben poseer sus agentes para desempeñar correctamente su función.

Hace algunos años Manuel Aragón Reyes, al analizar las diferencias entre control político y control jurídico, puso de manifiesto las características de este último. En su opinión, el control jurídico tiene carácter objetivado, porque el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para quien lo ejerce. En con-

secuencia, el juicio o la valoración del objeto a sometido a control está basado en razones jurídicas, sometidas a reglas de verificación. Además, el control jurídico es necesario, porque el órgano controlante no lo ejerce en caso de que lo considere oportuno, sino cuando es solicitado para ello y, en caso de que el resultado sea negativo, debe concluir en una sanción de carácter jurídico. Por esta razón, el control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes y dotados de especial conocimientos técnicos⁹.

Estas notas, que son consecuencia de la propia definición del Estado constitucional de Derecho, pueden aplicarse a la fiscalización electoral y permiten delimitar los requisitos que esta debe cumplir para desempeñar su tarea de la manera más eficaz¹⁰.

2.2. *La Consolidación del Carácter Jurídico del Control en España*

En España, el ámbito que los constituyentes atribuyeron a la fiscalización jurídica es bastante restringido. En efecto, el art. 70.2 CE sólo somete a control jurídico la validez de las actas y credenciales de los miembros del Congreso y del Senado. La Norma fundamental no determina, pues, el tipo de control que al que están sometidos los otros actos de las elecciones generales, ni el que afecta a otro tipo de elecciones.

La extensión del control jurídico se produjo como consecuencia de otros factores. En primer lugar, influyó lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, (LOREG)¹¹ que, siguiendo de cerca lo establecido en el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, optó por aplicar a todas las demás elecciones

⁹ Aragón Reyes, M., "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 101 y ss.

¹⁰ La Comisión de Venecia (Comisión Europea para la democracia por el Derecho) ha recogido los más importantes requisitos para la fiscalización electoral en su *Código de buenas prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo*, Venecia, 18-19 octubre de 2002. Este texto aparece publicado en [www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-spa.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-spa.pdf).

¹¹ Las versiones castellana e inglesa de dicha norma pueden consultarse en la página web de la Junta Electoral Central (<http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/lorege>).

que se realizan en nuestro país el mismo régimen al que están sometidas las elecciones generales. La misma Ley creó, además, una administración electoral independiente¹² y optó por ampliar el control jurisdiccional. Así, organizó el recurso contencioso-electoral contra la proclamación de electos y reconoció la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal constitucional. Además, estableció otras garantías judiciales específicas ante actos tan importantes como son la inscripción en el censo (art. 40 LOREG) o la proclamación de candidatos (art. 49 LOREG).

En su versión original, la LOREG todavía dejaba algunos actos electorales libres de control jurisdiccional. Así, el art. 21.2 de la LOREG (fuera de los casos en que la propia Ley previera un procedimiento específico de revisión judicial), excluía que los acuerdos de la Junta de superior categoría fuera objeto de "recurso administrativo o judicial alguno". El Tribunal Constitucional consideró, desde su primera jurisprudencia, que este precepto vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y procedió a su revisión en la STC 149/2000, en la que declaró inconstitucional la exclusión del control judicial¹³.

En la actualidad, todos los actos que integran la totalidad de los procesos electorales que se desarrollan en España, sea cual sea su extensión territorial, están sometidos al control de la jurisdicción ordinaria, a través del contencioso-administrativo ordinario o el electoral y, en caso de que afecten al derecho de participación política, al Tribunal Constitucional.

Es evidente que la judicialización del control electoral presenta evidentes ventajas. Aunque se han suscitado algunos problemas, derivados de la perentoriedad de los plazos —que resultan especialmente acuciantes en determinados supuestos¹⁴— constituye la mejor garantía de la pureza del procedimiento electoral.

¹² Sobre este tema, Pastor Albaladejo, G., *Calidad de la Democracia y Administración Electoral*, Madrid, 2011, pp. 269 y ss.

¹³ En esta decisión declaró inconstitucional y nula la expresión "o judicial". Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en estos temas, Pascua Mateo, F., *La administración electoral*, Madrid, 2007, pp. 205-206.

¹⁴ Los problemas más graves se han producido con los recursos interpuestos por partidos políticos y candidaturas electorales a los que se impidió presentarse a las elecciones por aplicación del art. 44. 4 de la LOREG, por venir a continuar

2.3. *Juntas Electorales y Control Jurídico*

Por lo demás, nadie puede poner en duda la naturaleza jurídica de este tipo de control. Algo distinto es lo que sucede con el tipo de fiscalización que corresponde a las Juntas Electorales. Hay que tener presente que en este caso nos encontramos ante unos órganos que la propia LOREG define como administración.

La naturaleza de las Juntas Electorales es una cuestión que sigue siendo debatida por la doctrina¹⁵, dadas las peculiaridades que de la función que realizan. A pesar de estas polémicas, nadie pone en duda, sin embargo, su carácter de organización administrativa dotada de plena independencia. A favor de esta forma de ser se argumenta, por ejemplo, la propia dicción de la LOREG, que incluye a las Juntas Electorales en el Capítulo III del Título I, dedicado, precisamente, a la Administración electoral. También se esgrime la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, por último, el carácter supletorio de la legislación que regula la jurisdicción Contencioso-Administrativa y el procedimiento administrativo (arts. 116 y 120 LOREG).

Es evidente que algunas de las funciones que desempeñan las Juntas Electorales coinciden con esta naturaleza porque hay actos como la proclamación de candidaturas o el escrutinio, por poner tan sólo algunos ejemplos, en los que se desarrolla una actividad de carácter administrativo. Es evidente, en todo caso, que al llevar a cabo este tipo de actuaciones la actividad que desempeñan dichos órganos tiene un carácter eminentemente reglado, donde no queda espacio para la discrecionalidad.

Que las Juntas Electorales sean administración, no supone, sin embargo, que no estén dotadas de peculiaridades que las diferencian de otras instituciones de similar naturaleza. Hay que recordar, en primer lugar, su independencia del poder ejecutivo. Además, la misión que les atribuye el art. 8.1 de la LOREG consiste en velar por la transparencia

o suceder a otras fuerzas políticas declaradas judicialmente ilegales. Sobre este asunto, ver las distintas colaboraciones incluidas en Biglino Campos, P. (ed), *Proclamación de candidatos y garantías electorales (propuestas de reforma)*, Madrid, 2008.

¹⁵ Acerca de este asunto, sobre todo, Pascua Mateo, F., *La Administración Electoral*, Madrid, 2007, pp. 21 y ss.

y objetividad del procedimiento electoral. Por último, es preciso tomar en consideración su peculiar composición, donde predominan los vocales de extracción judicial.

Es cierto, pues, que las Juntas Electorales son entidades administrativas. Pero esto no significa que, en algunas ocasiones, ejerzan un tipo de control del proceso electoral que comparten las notas del control jurídico a las que antes hacíamos referencia.

Enfocar la actividad de las Juntas Electorales desde este punto de vista tiene algunas ventajas. Sobre todo, permite enfocar con mayor precisión algunas dudas sobre la forma en que deben de actuar, sobre todo cuando resuelven los recursos, reclamaciones y quejas a los que hace referencia, por ejemplo, el art. 19.h) de la LOREG.

La mayor parte de la actividad de las Juntas Electorales (por lo menos, de la Central)¹⁶ se dedica al ejercicio de esta atribución. Y es, desde luego, es la más polémica, porque se ejerce en pleno período electoral y, casi siempre, a instancias de fuerzas políticas que se presentan a las elecciones. Las decisiones que adoptan las Junta electorales afectan, pues, a la posición en que se encuentran quienes concurren al proceso porque, cuando benefician a unos, suelen perjudicar al resto.

Como antes se señalaba, enfocar la actuación de las Juntas Electorales desde la óptica del control jurídico permite establecer algunos principios a los que debe someterse la función revisora de las Juntas Electorales.

Nadie pone en duda que dichos órganos cumplen con algunas de las notas que caracterizan a este tipo de fiscalización, como es la exigencia de imparcialidad, independencia y carácter técnico. Conviene, sin embargo, subrayar la importancia de que se cumplan las otras exigencias que caracterizan al control jurídico.

En primer lugar, para que las Juntas Electorales puedan desempeñar la función que le encomienda la ley, deben actuar de manera objetiva. Es cierto que son Administración y que ésta, en determinados casos,

¹⁶ Sobre este órgano, Fernández De Casadevante Mayordomo, P., *La Junta Electoral Central. La libertad de expresión el derecho a la información en período electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

actúa con los ámbitos de libertad que le reconoce el ordenamiento. Pero las Juntas Electorales, sobre todo cuando resuelven recursos, no pueden actuar en base a criterios de oportunidad o de equidad, porque en caso de ser así, se rayaría el campo de lo subjetivo y de lo que es políticamente opinable. Decisiones de este tipo, en pleno proceso electoral, pondría en cuestión la propia legitimidad de dichos órganos, que se basa en el carácter técnico de sus decisiones y su asepsia política. De manera distinta, el criterio de decisión debe ser siempre de un canon de naturaleza jurídica, sometido por tanto, a la verificación de los órganos de naturaleza judicial que puedan entender posteriormente del asunto.

Antes se señalaba que el control jurídico se caracteriza también por ser necesario, ya que ha de ejercitarse de la manera indicada por el ordenamiento jurídico y conforme a procedimientos pre-establecidos y contradictorios. De esta característica puede derivarse otra consecuencia acerca de las reglas de funcionamiento de control electoral. En efecto, no es conveniente que las Juntas Electorales actúen de oficio, sino que es deseable que su intervención se produzca, sobre todo, a instancia de parte.

Es cierto que la misión de dichas instituciones es velar por la transparencia y objetividad del sistema electoral. También es verdad que, para cumplir con esta misión, pueden verse obligadas a actuar por propia iniciativa, con el objetivo de poner fin a prácticas que nadie denuncie por falta de medios o porque, a pesar de ser contrarias a Derecho, benefician a todos. Pero estas intervenciones deben llevarse a cabo únicamente cuando resulten imprescindibles para el interés general y en la medida en que afecten por igual a todos los que concurren al procedimiento electoral o que, al menos, no benefician especialmente a algunos de los contendientes.

En caso contrario, se corren riesgos. Puede ser que la actuación del órgano de control sea conforme a Derecho. Pero, si no se dan las condiciones que acabo de señalar, existe el peligro de que la decisión adoptada sea interpretada como una intromisión en la competición electoral a favor de alguna de las partes que concurren a las elecciones.

En definitiva, no conviene olvidar que la contienda electoral es entre los candidatos y que son ellos, así como las fuerzas políticas que los sustentan, los auténticos protagonistas de los comicios. El papel de las Juntas Electorales consiste, sobre todo, en actuar como árbitro resolviendo

las dudas, reclamaciones o quejas que los actores del proceso electoral puedan plantearle.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de subrayar el protagonismo que corresponde a los propios actores electorales durante todo el procedimiento. Así por ejemplo, en la Sentencia 14/1990 identificó la presencia activa de los representantes, apoderados e interventores de las candidaturas a lo largo del procedimiento electoral como uno de los elementos que dotan a nuestro sistema de una peculiar eficacia garantista.

Conviene tener presente, además, que la LOREG es especialmente generosa al articular este tipo de control. En primer lugar, porque prevé la presencia de los interventores designados por las candidaturas en la propia mesa electoral (art. 78). Su asistencia no es meramente testimonial, porque, además de verificar que el proceso de votación se celebre correctamente, pueden participar en las deliberaciones de la Mesa (art. 79.2) y ejercer los derechos que les reconoce la Ley, como es, por ejemplo, obtener copias de las actas y formular reclamaciones o protestas (art. 99).

III. UN CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO SUSCEPTIBLE DE MEJORAS

Las formas de fiscalización que se han examinado hasta el momento son necesarias para garantizar la pureza del proceso electoral. Pero hay que reconocer que no son suficientes.

Desde J. Schumpeter, la doctrina¹⁷ ha subrayado reiteradamente el progresivo paralelismo que existe entre mercado y elecciones. De un lado, los partidos políticos ocupan un espacio similar a quienes ofertan bienes y servicios. De otro, los ciudadanos se encuentran en una posición que se acerca a la de los consumidores. Así, eligen el "el programa", o producto que más les satisface (o menos les disgusta) y depositan en él la confianza mediante el voto. Por esta razón, cada vez adquiere mayor

¹⁷ Por ejemplo, Rubio Llorente, F., "Introducción al Título III", en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, t. VI, pp. 55 y ss.

importancia el marketing electoral, campañas de los partidos destinadas a “vender” a los electores sus propios programas.

El incremento de los costes de las campañas electorales ha producido diferentes efectos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Por una parte, ha obligado a los partidos a recurrir a la financiación privada de las campañas, fondos que pueden ser créditos bancarios o aportaciones provenientes de personas físicas o jurídicas simpatizantes de la ideología del partido. Este hecho puede crear situaciones de desigualdad entre los distintos partidos, porque perjudica a las nuevas formaciones, que carecen de expectativas ciertas de alcanzar el poder y hacer frente a las obligaciones asumidas. Además, es contrario a los intereses de aquellas candidaturas cuya ideología resulte perjudicial a los intereses de los sectores privados que disponen de dichos fondos.

Por eso, y para garantizar la igualdad entre quienes concurren a las elecciones, casi todos los ordenamientos de nuestro entorno prevén la existencia de financiación pública que, en algunas ocasiones, alcanzan cantidades significativas. Esta, en algunas ocasiones, puede resultar muy cuantiosa. En España, por ejemplo, las subvenciones otorgadas en las elecciones generales de 2011 a los partidos políticos con representación parlamentaria superaron los 65 millones de euros¹⁸.

Es evidente que tanto la financiación pública como la privada exigen control. En el primer caso, es preciso verificar que los fondos se utilizan conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Es decir, que se destinan a la finalidad prevista, cumpliendo con los requisitos y limitaciones que establece la legislación electoral. En este caso, los partidos reciben dinero público, recaudado de los impuestos abonados por los ciudadanos, por lo que es imprescindible comprobar que se hayan utilizado correctamente.

¹⁸ Los datos que ofrece el Tribunal de Cuentas en su *Informe de fiscalización de las contabilidades electorales de las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011* son de notable interés. Según dicho texto, las formaciones políticas declararon recursos por un total de 62.719 miles de euros, de los que 39.222 miles de euros corresponden a créditos bancarios, 18.179 miles a anticipos electorales, 5.282 millones a aportaciones del partido y 34 mil euros a aportaciones privadas. (p. 53, <http://www.tcu.es/>).

En el supuesto de la financiación privada, es necesario contrastar que se respeten los límites y exigencias legales establecidas para luchar contra la financiación ilegal, dados los efectos devastadores que ésta puede tener sobre el sistema democrático. Así, los donantes pueden condicionar la independencia y objetividad que cabe esperar de los poderes públicos, exigiendo tratos de favor a cambio de su contribución económica a la campaña. De otro lado, los partidos que dominan las instituciones pueden exigir determinadas donaciones a cambio de tratos de favor o, simplemente, de reconocer un derecho o de un interés legítimo.

El tipo de control necesario para evitar estas distorsiones posee características propias. Así, en la mayoría de los casos, requiere la utilización de técnicas contables, destinadas a comprobar que las operaciones económico administrativas se hayan anotado de forma correcta y que las cuentas respondan a la realidad¹⁹. Además, esta operación, de carácter financiero, forma parte del propio control de legalidad, porque está destinado a verificar si el supuesto de hecho sometido a análisis coincide con el previsto en la norma que resulta de aplicación, de manera que sea posible extraer de tal supuesto de hecho las debidas consecuencias jurídicas.

En el ordenamiento jurídico español, y a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, no se ha renunciado a la financiación pública de las elecciones, que sigue siendo la más cuantiosa de las que reciben las formaciones que concurren a los comicios. Es nuevamente la LOREG la que establece los criterios para distribuir dichas cantidades²⁰, los límites a las mismas²¹ y el tipo de fiscalización eco-

¹⁹ Fuente y De La Calle, M^a Jose De, "Aspectos jurídicos de los procedimientos de fiscalización", Seminario de fiscalización, 30 y 31 de octubre 1995, ejemplar mecanografiado, pp. 22 y ss.

²⁰ La financiación electoral se distribuye conforme a los criterios establecidos con carácter general en el art. 127 de la LOREG, que se concretan en las disposiciones especiales de la misma norma que regulan los diferentes tipos de elecciones.

²¹ Las limitaciones a la financiación electoral están recogidas en los arts. 128 y 129 de la LOREG. Así, se prohíben por ejemplo, la aportación de fondos provenientes de cualquier administración o corporación pública, organismo autónomo o entidad paraestatal, de las empresas del sector público cuya titu-

nómico-financiera, especialmente en su sección cuarta, capítulo VII del título I, dedicado al control de la contabilidad electoral y adjudicación de las subvenciones. El análisis de estas últimas previsiones no estaría completo sin tener en cuenta, además, la normativa general sobre financiación de partidos políticos recogida en la LO 8/2007, de 4 de julio.

3.1. El Protagonismo de las Juntas Electorales

El modelo que puede deducirse de ambas disposiciones dista de ser satisfactorio. En efecto, se produce una acumulación de controles que, lejos de contribuir al buen funcionamiento del sistema, ha producido lagunas y ciertos efectos contradictorios. El principal problema reside en que la fiscalización económico-financiera se atribuye, casi en su integridad, a las Juntas Electorales, entidades, que, como veremos a continuación, carecen de la especialización y de los medios necesarios para llevarlo a cabo. Por el contrario, el Tribunal de Cuentas, órgano que, por mandato constitucional, lleva a cabo el control económico-financiero de los fondos públicos y, por mandato legal, es competente para fiscalizar a los partidos políticos, actúa sólo una vez que han concluido las elecciones y únicamente con respecto a las entidades que han presentado contabilidad conforme a lo establecido en el art. 133 LOREG.

El protagonismo reconocido a las Juntas Electorales sobre los ingresos y gastos electorales está claramente establecido en la LOREG y se proyecta a lo largo de todo el proceso electoral. En efecto, el art. 132.1 de dicha disposición atribuye a la Junta Electoral Central y a las Provinciales el control sobre el cumplimiento de las normas sobre gastos e ingresos electorales. Estas pueden recabar, tanto de las entidades crediticias como de los administradores electorales, la información que con-

laridad corresponde al Estado, a las comunidades autónomas, a las provincias o a los municipios y de las empresas de económica mixta, así como de las empresas que, mediante contrato vigente, prestan servicios o realizan suministros u obras para alguna de las Administraciones Públicas.

Se prohíben, además, las aportaciones de fondos procedentes de entidades o personas extranjeras, excepto los otorgados en el presupuesto de los órganos de las Comunidades Europeas para la financiación de las elecciones al Parlamento Europeo. Junto a ello, se establece que las personas físicas o jurídicas no pueden aportar más de 10.000 euros a la misma formación.

sideren conveniente para el ejercicio de su función fiscalizadora. Las Juntas Electorales poseen, además, la potestad sancionadora, conforme a lo establecido en el art. 153 de la misma Ley y pueden comunicar al Ministerio Fiscal los indicios de delitos electorales.

Antes se ha analizado el importante papel que juegan las Juntas Electorales como instrumentos de fiscalización jurídica del procedimiento electoral, en virtud de la composición y funciones que les atribuye el ordenamiento jurídico. Mucho más discutible es su capacidad para hacer frente al control económico financiero que la LOREG les asigna. En la práctica, la manera en que las Juntas Electorales han ejercido esta atribución se ha demostrado escasamente eficaz, limitación que derivan de algunas lagunas legales, del carácter de este tipo de control y de la propia naturaleza que la Ley les atribuye.

A pesar de que, como se acaba de señalar, la LOREG reconoce a dichas entidades importantes atribuciones, las distintas candidaturas no están obligadas a presentar ante las Juntas Electorales una contabilidad detallada. Por este motivo, las Juntas Electorales tienen conocimiento de posibles irregularidades o infracciones de la legislación sólo cuando estas son denunciadas por otras fuerzas políticas o por el Tribunal de Cuentas²².

En estas ocasiones, además, se encuentran con claras dificultades. Como antes se señalaba, el control económico financiero tiene una naturaleza muy especializada, por lo que requiere una formación en técnicas de auditoría de la que dichas instituciones, en general, carecen. Además, en nuestro ordenamiento, ninguna de las Juntas Electorales, excepto la Central, es un órgano permanente, sino que se reúnen sólo en período electoral, de manera discontinua y con una extraordinaria carga de trabajo. Por estas razones, y salvo en los casos excepcionales

²² Así por ejemplo, el Informe del Pleno del Tribunal de Cuentas de 20 de diciembre de 2014, de fiscalización de las Contabilidades de las Elecciones al Parlamento Europeo de 25 de mayo de 2014 detallaba los proveedores habían incumplido la obligación de remisión de información detallada de la facturación efectuada a las formaciones políticas por importes superiores a 10.000 euros establecida en el art. 135 de la LOREG, acordando la remisión de dicha relación a la Junta Electoral Central (www.tcu.es/repositorio/5c0f591c-e063-4156-a3a7.../I1065.pdf).

a los que más adelante haré referencia, cuando existen denuncias o sospechas de incumplimiento en materia financiera, las Juntas Electorales suelen confiar en el órgano que, en nuestro sistema jurídico, está especializado en el control económico financiero, esto es, el Tribunal de Cuentas.

3.2. El Papel del Tribunal de Cuentas

El art. 136 de la Constitución configura al Tribunal de Cuentas como órgano de naturaleza independiente cuyos miembros son elegidos por las Cortes Generales en la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público en su conjunto. No es este el momento de llevar a cabo un análisis detallado de este órgano²³ sino sólo de resaltar algunos de los problemas que suscitan sus atribuciones en materia electoral.

En principio, la actuación del Tribunal de Cuentas se produce una vez que han concluido las elecciones. En efecto, según el art. 133.1 de la LOREG, los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que hubieran alcanzado los requisitos exigidos para recibir subvenciones estatales deberán prestar ante el Tribunal de Cuentas una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos electorales, en un plazo que no puede exceder de los ciento veinte días posteriores a las elecciones. A partir de esta información, el Tribunal de Cuentas se pronuncia sobre la regularidad de dicha contabilidad, tal y como establece el art. 134.2 de la LOREG.

Hay que reconocer que este control tiene algunas ventajas. En efecto, no sólo es especializado sino que, además, se lleva a cabo antes de que las fuerzas políticas que concurren a las elecciones reciban las subvenciones que la Ley les reconoce. Es verdad que los partidos que hubieran

²³ Sobre este tema me remito al análisis que llevé a cabo en "Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pp. 10-42. El mismo artículo, con modificaciones para darle un contenido más comparado, fue publicado, bajo el título de "El papel de las Entidades Fiscalizadoras superiores en Apoyo a los Congresos o Parlamentos Nacionales", en la *Revista de Fiscalización y Gestión Pública*, editada por la Contraloría General de la República y la Universidad de Costa Rica, vol. 2, núm. 5, 1996, pp. 9-19.

obtenido representación en las anteriores elecciones pueden solicitar adelantos de las subvenciones que les correspondan²⁴. Pero en caso de que el Tribunal de Cuentas aprecie irregularidades en la contabilidad o violaciones de las restricciones establecidas en materia de ingresos o gastos electorales, puede proponer la no adjudicación o reducción de la subvención. En ejercicio de su función fiscalizadora, además, el Tribunal de Cuentas puede recabar las aclaraciones y documentos suplementarios no sólo a los partidos, sino también a las empresas que hubieran facturado con los partidos y a las entidades bancarias²⁵.

Algunos de los problemas arrancan, más bien, de que resulta difícil articular este tipo de control con el que el ordenamiento atribuye al mismo órgano a la hora de controlar la financiación de los partidos políticos. En efecto, la LO 8/2007, que regula dicha cuestión, también configura al Tribunal de Cuentas como la institución a la que corresponde en exclusiva el control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, que no sólo se extiende a la fiscalización de los recursos públicos, sino también a los privados de que disponen²⁶. En ejercicio de esta función, el Tribunal de Cuentas tiene capacidad sancionadora, en caso de que un partido obtenga donaciones que contravengan las limitaciones establecidas en la Ley o no presenten de manera adecuada las cuentas correspondientes al último ejercicio²⁷.

Se produce, pues, una dualidad que perjudica la propia naturaleza de la fiscalización porque, en la práctica, no es tan sencillo distinguir la financiación ordinaria de los partidos de la financiación electoral y evitar que, utilizando fondos de la primera, se excedan los límites que la LOREG impone a la segunda.

Pero además, y como antes se señalaba, no resulta fácil articular el control que las Juntas Electorales llevan a cabo en periodo electoral con la que corresponde al Tribunal de Cuentas inmediatamente después.

Hay un hecho que pone de manifiesto estas dificultades. Antes he señalado que el art. 134.2 de la LOREG autoriza al Tribunal de Cuentas

²⁴ Arts. 127.1 bis 33 y 133.4 de la LOREG.

²⁵ Arts. 133.3 y 5 LOREG.

²⁶ Art. 16 LO 8/2007.

²⁷ Art. 18 LO 8/2007.

proponer la no adjudicación o reducción de la subvención estatal a las fuerzas políticas que hubieran cometido irregularidades en la contabilidad o violaciones de las restricciones establecidas en materia de ingresos o gastos electorales. Pero, hasta hace muy poco tiempo, no permitía imponer sanciones directas a dichas formaciones. Esta situación venía a suponer que los partidos que, aun habiendo obtenido representación, no habían solicitado o renunciaban a la financiación pública, no presentaban sus contabilidades ante el Tribunal de Cuentas, con lo que quedaban prácticamente exentos de control.

Es verdad que, en este caso, no hay fondos públicos en juego. Pero esto no exonera de fiscalizar la financiación electoral. En primer lugar, porque es preciso garantizar la transparencia de la misma y evitar que fondos de dudosa proveniencia condicionen la actuación posterior de las fuerzas políticas en órganos de naturaleza representativa. En segundo lugar, porque hay límites a la financiación privada que también es preciso controlar²⁸.

Pues bien, esta peculiar situación obligó al Pleno del Tribunal de Cuentas a reconocer que, en las elecciones municipales de 2011, 881 de las 1680 formaciones obligadas a presentar la contabilidad no habían cumplido con dicha obligación. A petición del Ministerio Fiscal dicha infracción se comunicó a la Junta Electoral Central, único órgano que podía sancionar dicha conducta²⁹. La pequeña implantación de muchas de estas entidades indujo a la Junta Electoral Central a seleccionar los casos en los que era preciso abrir expediente sancionador, acordándose sólo para el caso de formaciones que, habiendo obtenido más de 3.000 votos, hubieran alcanzado representación en municipios de más de 20.000 habitantes³⁰.

²⁸ Ver nota 21.

²⁹ Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización de las contabilidades de las Elecciones Locales de 22 de Mayo de 2011*, p. 214. El Tribunal de Cuentas aclara que la mayoría de dichas infracciones se correspondía, fundamentalmente, con formaciones de pequeña implantación que, generalmente, sólo habían concurrido en un municipio, salvo 13 formaciones que presentaban un mayor grado de implantación, de acuerdo con los votos obtenidos y las circunscripciones donde habían obtenido representación (www.tcu.es/repositorio/775b09ef-0517-4a92-8a32.../I_946.pdf.)

³⁰ Acuerdo de 7 de marzo de 2013, Expte. 349/267.

La actuación de la Junta Electoral Central tuvo un efecto más de naturaleza ejemplificativa y preventiva que represiva. Hay que tener en cuenta que la cuantía de las sanciones que puede imponer dicho órgano es muy limitada, ya que oscila entre los 100 y los 1.000 euros³¹.

España no es el único país democrático que ha conocido recientemente casos graves de corrupción que, en algunas ocasiones, afectaban de lleno a la financiación electoral. También es verdad que, en muchas ocasiones, estas prácticas perniciosas no pueden detectarse por los órganos de fiscalización, sean estos Juntas Electorales o Tribunal de Cuentas. En efecto, estas instituciones operan con la parte transparente de las elecciones, mientras que la financiación ilegal sólo puede ser percibida por órganos jurisdiccionales de naturaleza penal, con la ayuda de las fuerzas de seguridad especializadas en la investigación de ese tipo de delitos. Ambas consideraciones no exoneran, sin embargo, de la obligación de mejorar la fiscalización económica financiera de las elecciones.

Algo se ha hecho en esta dirección mediante la reciente reforma de la LOREG llevada a cabo por la LO 3/2015³². Aunque la Ley no es enteramente satisfactoria³³, supone un cierto avance desde el momento en que se ha reconocido al Tribunal de Cuentas la capacidad de sancionar el tipo de conductas al que he hecho referencia³⁴. Ahora bien, mejorar la eficiencia del control económico financiero de las elecciones necesitaría de una reforma de mucho más calado, destinada a concentrar en

³¹ Art. 153 LOREG.

³² Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

³³ Sobre las limitaciones de estas reformas, Sánchez Muñoz, O., "La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto 2015.

³⁴ El nuevo art. 134. 2 de la LOREG, en efecto, incorpora al precepto la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas inicie el procedimiento sancionador regulado en la Ley Orgánica 8/2007, sobre financiación de partidos políticos, en caso de que haya irregularidades en las contabilidades o violaciones de las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales.

el Tribunal de Cuentas una función para la que se encuentra especialmente capacitado.

Como subrayaba al principio de estas páginas, el procedimiento electoral es la espina vertebral de la democracia. En España, y desde la época de la Transición, el control estrictamente llevado a cabo por las Juntas Electorales, los Tribunales Contencioso-Administrativos y el Tribunal Constitucional han dado un excelente resultado, al conseguir que nadie ponga seriamente en duda los resultados electorales, lo que constituye la mejor fuente de legitimidad del todo el sistema. Por el contrario y en materia de control económico-financiero hay, como hemos visto, aspectos perfectibles que no convendría descuidar. La transparencia en la financiación no es sólo necesaria para asegurar la pureza de los resultados electorales. Al prevenir y erradicar posibles prácticas de corrupción, constituye también una de las piezas esenciales para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.