

LAS GARANTIAS DEL DERECHO ELECTORAL

MIGUEL SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ELECTORAL ESPAÑOL EN PERSPECTIVA COMPARADA.—3. LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL.—4. LA REVISIÓN DE OFICIO.—5. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA REVISIÓN JUDICIAL.—6. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL CONTENCIOSO ELECTORAL.—7. LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN; ALCANCE, CONSECUENCIAS Y JUSTIFICACIÓN.—8. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY ELECTORAL.

1. INTRODUCCIÓN

A raíz de las elecciones generales de 1989 se ha extendido la opinión de que es necesario reformar la legislación electoral, concretamente en lo relativo al régimen de garantías. El detonante de este cambio en la valoración pública de un mecanismo electoral que había sido aprobado por consenso pocos años antes, fue la considerable litigiosidad a que dieron lugar los últimos comicios y sobre todo, el hecho de que, por primera vez, hubiera tres sentencias de nulidad de las elecciones, dos de las cuales fueron a su vez anuladas por el Tribunal Constitucional. Al final, únicamente ha sido necesario ir a la repetición de elecciones en Melilla y en una Mesa electoral de la provincia de Avila, pero la vida política y parlamentaria atravesó una larga fase de incertidumbre e interinidad, durante la cual estuvo pendiente incluso la eventual mayoría absoluta del partido gobernante en el Congreso de los Diputados.

En este contexto, se alzaron muchas voces críticas que censuraban, sobre todo, la falta de una instancia jurisdiccional única que permitiera homogeneizar la jurisprudencia diversa de los Tribunales Superiores de Justicia, y también la pretendida suplantación de esa función por el Tribunal Constitucional (1).

(1) Véase, por ejemplo, SOLÉ TURA, J., «El Tribunal Constitucional y las elecciones» en *El Periódico*, de 18 de febrero de 1990, y PÉREZ ROYO, J., «Sobre la Sentencia» en *El País*, de 17 de febrero de 1990.

A mi juicio, sin embargo, esas críticas no tienen suficientemente en consideración las características básicas de nuestro ordenamiento en esta materia, ni los problemas derivados de la práctica administrativa y judicial, incluyendo la suscitada por las elecciones de 1989, que intentaré examinar en este trabajo.

Ante todo, hay que recordar que la vocación garantista de la Constitución de 1978, inherente a su misión histórica de democratizar el Estado después de un largo período autoritario, se manifiesta con claridad en su forma de regular la materia electoral.

En este sentido, destaca la incorporación a la norma fundamental del núcleo central del ordenamiento electoral que goza, por consiguiente, de las garantías de estabilidad y de supremacía propias de aquélla. Los artículos 68, 69 y 70 de la Constitución, relativos a las elecciones al Congreso y al Senado, el artículo 140 sobre las elecciones municipales, y el artículo 152 en lo que se refiere a las elecciones de las Asambleas de las Comunidades Autónomas de primer grado, son exponentes de esa constitucionalización de los contenidos fundamentales del Derecho electoral.

Además, la propia Constitución establece una serie de garantías específicas en materia electoral. Concretamente se trata de la reserva de ley orgánica para la aprobación del «régimen electoral general» (artículo 81.1), del control judicial sobre la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras (artículo 70.2), y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la tutela de los derechos de sufragio activo y pasivo (artículo 23 en relación con el artículo 53.2).

Este planteamiento significa un gran progreso en nuestra historia constitucional, tanto en lo que se refiere a las garantías normativas del Derecho electoral, esto es, a las fuentes del mismo, como en lo que atañe a sus garantías jurisdiccionales.

Respecto de lo primero, hay que tener presente que después de la exhaustiva y prolija regulación de las elecciones a Cortes realizada por la Constitución de 1812, en su Título III, las siguientes Constituciones tomaron la opción de referir, de manera más o menos completa, el tratamiento de esta materia a la ley. De hecho, hasta

1936 se sucedieron once leyes electorales además de una serie de Decretos aprobados en los momentos de transición o de cambio de régimen que a menudo fueron el instrumento utilizado para introducir innovaciones radicales en el ordenamiento electoral (2). Este balance implica que nuestro Derecho electoral ha sido todavía más inestable que nuestro Derecho constitucional, y que ha estado sometido a constantes manipulaciones (3).

Por consiguiente, no sorprende que el Constituyente de 1978 haya procurado salvaguardar la neutralidad y la estabilidad del Derecho electoral constitucionalizando sus principios estructurales y reservando a una ley reforzada la aprobación del «régimen electoral general». Reserva material que, además, ha sido interpretada de forma extensiva por el Tribunal Constitucional (4).

El carácter innovador de la Constitución de 1978 destaca igualmente por lo que se refiere a las garantías jurisdiccionales de las elecciones. En este aspecto introduce un sistema que contrasta vivamente con la tradición constitucional española de reconocer a las Cortes la prerrogativa para el examen o verificación de los poderes.

La fórmula tradicional tiene su origen en la Constitución de 1812, y las siguientes, con escasas variantes de terminología, confirmaron el poder exclusivo de cada una de las Cámaras para examinar la legalidad de la elección y la aptitud de sus miembros.

(2) Baste recordar el Real Decreto de 24 de mayo de 1836, que estableció por primera vez las elecciones directas; el Decreto de 9 de noviembre de 1868, que introdujo el sufragio universal masculino; el Decreto de 8 de mayo de 1931, que, entre otras novedades consagró la circunscripción provincial. En esta serie habría que escribir también, naturalmente, al Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977.

(3) Sobre nuestra historia electoral puede verse VARELA, S., «La perspectiva histórica» en ESTEBAN, J., y otros, *El proceso electoral*, Barcelona, Labor, 1977.

(4) La STC 38/1983 declaró que el régimen electoral general no se refiere sólo a las elecciones generales, sino que abarca «las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y de las Entidades Territoriales en que se organiza.» Así mismo precisó que esta reserva es más amplia que la general del desarrollo de los derechos fundamentales y que no se ciñe, por consiguiente, al desarrollo estricto del derecho de participación política del artículo 23 CE

Este principio organizativo sólo resultó atenuado a consecuencia de la ley electoral de 1907. El artículo 52 de la misma dispuso, en efecto, que las actas reclamadas o protestadas fueran remitidas al Tribunal Supremo para que dictaminara sobre su validez, sin perjuicio de que la resolución definitiva siguiera reservada al Congreso de los Diputados. Pero la introducción de esta peculiar garantía judicial no dejó de suscitar críticas por su ambigüedad dado que no confería el control de las elecciones en exclusiva a los Tribunales (como lo había propuesto Bravo Murillo en 1852) ni respetaba en su integridad la tradicional prerrogativa parlamentaria (5).

En todo caso, el Gobierno Provisional de la República suprimió el referido informe del Tribunal Supremo mediante el Decreto de 8 de mayo de 1931, regulador de las elecciones a las Cortes Constituyentes. Después, la Constitución de la República, en su artículo 57, ratificó la competencia exclusiva del Congreso en esta materia.

En comparación con esta trayectoria de nuestro constitucionalismo, salta a la vista el significado garantista de la Constitución actual que no sólo establece el control judicial de las elecciones (siguiendo en este punto el precedente inmediato del RDL 18-3-1977), sino que prevé adicionalmente la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en tutela de los derechos de sufragio activo y pasivo, lo que representa también una innovación significativa puesto que estos derechos quedaron expresamente excluidos de semejante protección durante la Segunda República, por virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.

(5) Una crítica tradicionalista de esta solución híbrida puede encontrarse en PONS y UMBERT, A., *Prerrogativa del Congreso de los Diputados para el examen de las calidades y legalidad de una elección de sus individuos: dos conferencias*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1910. Pocos años después GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., en sus *Estudios de Derecho electoral contemporáneo*, Sevilla, 1925 propone también la superación del sistema de 1907 mediante la asignación de la competencia plena en esta materia a un Tribunal de Actas de composición mixta; judicial y administrativa.

2. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ELECTORAL ESPAÑOL EN PERSPECTIVA COMPARADA

Las distintas modalidades de contencioso electoral presentes en derecho comparado pueden clasificarse, siguiendo a ELIA, en tres grandes sistemas: el parlamentario, el judicial y el mixto (6).

El primero fue característico de las fases iniciales del constitucionalismo (también en el caso español como ya se ha dicho), pero tiene todavía una difusión muy extendida: baste pensar que la prerrogativa exclusiva de las Cámaras para la verificación de poderes sigue vigente en Estados Unidos, Suiza, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca y Noruega.

El sistema judicial se instauró en Gran Bretaña con la *Parliamentary and Elections Act* de 1868, por virtud de la cual la Cámara de los Comunes vino a renunciar, prácticamente, al privilegio, conquistado en el siglo XVII, de resolver los contenciosos electorales. La competencia en esta materia se trasladó, por virtud de esa ley, a los Tribunales ordinarios, actualmente a la *Queen's Bench Division* de la *High Court* con posible apelación a la *Court of Appeal* (7). Este sistema ha sido adoptado en algunos países de la *Commonwealth* y ahora también por Grecia en su Constitución de 1975 (artículo 58).

El sistema mixto es el más heterogéneo de la clasificación de ELIA, porque su único rasgo definitorio es la composición no exclusivamente judicial del órgano al que se le atribuye el Contencioso electoral. Se incluyen, por tanto, en esta categoría soluciones como la de la Constitución de Weimar, que estableció un Tribunal electoral compuesto por magistrados y parlamentarios, o como la prevista por la Constitución sueca de 1974 que confía esta competencia a una Comisión especial elegida por el Parlamento y presidida por un magistrado. Pero igualmente se clasifican como mixtos aquellos sistemas que atribuyen el contencioso electoral a los Tribunales Constitucionales, como ocurre en la actualidad en Francia y en

(6) ELIA, L., «Elezioni politiche (contenzioso)» en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Giuffrè, 1965, págs. 747-793.

(7) HOODS PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 1973, págs. 162-164.

Austria (artículo 59 y 141 de las respectivas Constituciones), e incluso en Alemania, donde la Ley Fundamental reconoce al Bundestag el poder de examinar la validez de las elecciones, pero admite el recurso de queja ante la Corte Constitucional contra las resoluciones de aquél (artículo 41).

El planteamiento de la Constitución española de 1978 no cuadra enteramente con ninguno de los sistemas básicos arriba descritos. De hecho, participa de las características del segundo y del tercero en cuanto encomienda el contencioso electoral a los Tribunales ordinarios y posibilita, además, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en tutela de los derechos de sufragio activo y pasivo. Por consiguiente, nuestro ordenamiento electoral presenta una acumulación de garantías jurisdiccionales que no tiene parangón, y ésta es la premisa de la que hay que partir al analizar esta materia. No hay duda, por lo demás, que un celo garantista tan extremado no puede entenderse sino como expresión de la voluntad política de asegurar definitivamente la credibilidad del mecanismo electoral, perjudicada por una prolongada experiencia histórica de manipulación y falseamiento.

3. LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL

El examen de las garantías de las elecciones no puede limitarse a aquellas que nacen de la Constitución, porque la ley electoral ha añadido otras que también son importantes y entre ellas destaca la configuración específica que nace de la Administración electoral.

En realidad, la singularidad de esta institución no se reconoce suficientemente con su denominación como Administración, puesto que se trata de un caso atípico que hay que situar entre las «otras» Administraciones que no están subordinadas a la dirección política del Gobierno.

En este ámbito marginal agrupa la doctrina una variedad de entidades (el Consejo de Seguridad nuclear, la Casa de S.M. El Rey, el Consejo General del Poder Judicial, la propia Administración electoral) que desarrollan, aunque sea parcialmente, funciones administrativas, pero que prácticamente no comparten otro rasgo

común (8). Ni es igual el fundamento de su independencia (que en unos casos responde a una exigencia constitucional y en otros no) ni su función (que en unos casos refleja el principio de división de poderes y en otros asegura la neutralidad política de una organización, neutralidad necesaria para el cumplimiento de su misión).

Tratándose de la Administración electoral la configuración de la misma realizada por la LOREG, responde sin duda a la finalidad de asegurar su neutralidad. La Administración electoral, dice el artículo 8.1, «tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad». Por consiguiente la ley electoral establece una organización que se inspira en los siguientes principios:

a) Independencia: tanto en lo que se refiere a su actividad, que está completamente exenta de cualquier género de tutela por parte de la Administración del Estado o de los entes territoriales, como en lo relativo al estatuto de sus órganos, lo que se refleja en los procedimientos para el nombramiento y cese de sus titulares. Baste recordar que se nombran por sorteo los vocales de las Juntas electorales de origen judicial (artículos 9, 10 y 11) y los componentes de las Mesas electorales (artículo 26) y que se nombran a propuesta conjunta de los partidos políticos los vocales no judiciales de las Juntas. Además todos los miembros de las Juntas gozan de la garantía de inamovilidad (artículo 16). Estas razones, y no el enlace de la Junta Central con las Cortes, son el verdadero fundamento de la independencia de esta Administración (9).

b) Jerarquía: la Administración electoral está integrada, a tenor del artículo 8.2 de la LOREG por las Juntas Electorales, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como por las Mesas electorales. Se trata de una estructura jerárquica en la que los órganos superiores dirigen mediante instrucciones

(8) Véase GUATIA MARTORELL, «Las otras Administraciones» en *El Gobierno y la Administración en la Constitución*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, págs. 851-874.

(9) CANO MATA, A., «Administración electoral española», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, 1988, págs. 393-425 sostiene, sin embargo, que la independencia se fundamenta en el enlace de la Junta Central en las Cortes Generales que se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 13.1 LOREG.

la actividad de las inferiores y resuelven sus consultas (artículo 19 apartados 1a y 2b) y en la que se prevé asimismo el recurso de alzada (artículo 21). La jerarquía resulta, sin embargo, atenuada al no admitirse recurso de alzada contra una serie de actos impugnables sólo en vía jurisdiccional y también, como se verá, por la limitada vigencia de la revisión de oficio de este ámbito.

En todo caso la jerarquía es una nota distintiva importante de la Administración electoral y, por consiguiente, no pueden considerarse parte de la misma la multitud de titulares de otras funciones públicas que colaboran en la preparación y en la celebración de las elecciones, aunque todos están desde luego sometidos al poder disciplinario de las Juntas electorales (artículo 19 apartados 1c y 2a) (10).

En particular, la Oficina del Censo Electoral no puede considerarse parte integrante de la Administración electoral no sólo porque tal conclusión resulta obligada a la vista de la definición del artículo 8.2 de la LOREG, sino porque aquella dependencia está incardinada en otra Administración, la Central del Estado, a través del Instituto Nacional de Estadística. La ley electoral se ha limitado a someter esa Oficina al control de la Junta Electoral Central, sin establecer una relación orgánica de jerarquía entre ambas como lo confirma la regla de que los actos de aquélla en las operaciones censales no sean recurribles ante esta última (artículo 30f) (11).

c) Composición predominantemente judicial: la incorporación de jueces y magistrados a las tareas de control de las elecciones tiene en España una larga tradición. La ley electoral de 1870 (artículo 120), la de 1878 (artículo 98) y la de 1890 (artículo 62) dispusieron su participación como presidentes de las Juntas generales de escrutinio y la ley de 1907 como presidentes de las Juntas del Censo electoral (artículo 11), de competencias más amplias que las

(10) Una concepción excesivamente amplia de la Administración electoral que contrasta con la aquí expuesta es la que se presenta SERENA VELLOSO, C., en los *Comentarios a la ley Orgánica del Régimen Electoral General*, dirigidos por CAZORLA, L. Madrid, Civitas, 1986, págs. 93-104.

(11) A favor de esta interpretación CANO MATA, A. *op. cit.* En contra BASTIDA FREIJEDO, F., «Ley electoral y garantías judiciales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 7, 1986, págs. 32-52.

anteriores (12). En todo caso la judicialización del control de las elecciones se amplía drásticamente con el Real Decreto-Ley 18 de marzo 1977, que reserva a los magistrados y jueces no sólo la presidencia de las Juntas electorales, sino buena parte de sus vocalías: cinco en la Junta Central y tres en las Juntas Provinciales y de Zona (artículos 6, 7, 8 y 9). La LOREG culmina este proceso disponiendo que la mayoría de los vocales de las Juntas y en todo caso sus presidentes sean de origen judicial (artículos 9, 10 y 11).

Se asegura de este modo con una participación judicial la independencia de la función administrativa, lo que es diferente del control judicial exigido por la Constitución, aunque también tiene una cobertura en la norma suprema, por cuanto su artículo 117 prevé la posibilidad de que los jueces y magistrados ejerzan, además de las propias, otras funciones «que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Circunstancia que desde luego concurre en el caso de la Administración electoral que tiene, de acuerdo con la LOREG la finalidad de garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad; en otras palabras no sólo la legalidad objetiva del proceso electoral sino también los derechos subjetivos de sus participantes. Esta fórmula organizativa es, en todo caso la solución más lógica, por tratarse de un ámbito que, «por un lado, desborda los límites que delimitan estructuralmente los cometidos de los diferentes poderes del Estado y que, por otro, exige decisiones importantes o neutrales fuera del campo propiamente jurisdiccional» (13).

4. LA REVISIÓN DE OFICIO

Conviene analizar ahora la relación entre la Administración electoral y el control judicial de las elecciones, porque la conexión entre

(12) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, pese a todo criticaba la corrupción de la Junta Provincial del Censo «constituida por representantes de diversas entidades, políticas administrativas y sociales, pero en las que, desgraciadamente, predomina lo político, por lo que la práctica de aquellas operaciones (de escrutinio) se hace tendiendo a favorecer las particulares conveniencias del partido político que en ella tiene preponderancia», *op. cit.*, pág. 169.

(13) MARTÍN MARTÍN, P., «Cuestiones electorales y jurisdicción administrativa», *Revista de estudios de la vida local*, núm. 222, 1984, págs. 91-110.

ambos ámbitos está ordenada de manera que difiere significativamente respecto del régimen jurídico común de las relaciones entre Administración y Jurisdicción.

Las razones que justifican esta singularidad derivan de la especial naturaleza y funciones de la Administración electoral, a las que ya se ha hecho referencia, y de la especificidad del control judicial en esta materia, reconocida expresamente por el artículo 70.2 de la Constitución, en virtud del cual «la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, *en los términos que establezca la ley electoral*». Por consiguiente, no se debe extender a este campo una interpretación estrictamente basada en los criterios generales del Derecho administrativo.

Por ejemplo, la aplicación subsidiaria de la ley de Procedimiento Administrativo en materia electoral, dispuesta por el artículo 120 de la LOREG, ha de entenderse limitada en función de las características singulares del Derecho electoral. En este sentido, la Junta Electoral Central ha afirmado que la aplicación supletoria de la LPA en todo lo no regulado expresamente por la LOREG ha de determinarse en cada caso concreto sin que pueda realizarse una declaración de supletoriedad general (Acuerdo de 25 de septiembre de 1987).

Tampoco se puede reconocer a la Administración electoral una competencia plena para la revisión de oficio de sus propios actos, aunque existe una orientación doctrinal que defiende lo contrario, por considerar que la revisión de oficio constituye un principio general válido para todas las entidades que ejercen funciones administrativas.

En este sentido, MEILÁN GIL sostiene que las Juntas electorales podrían y deberían revocar en cualquier momento los actos propios nulos de pleno derecho y que, concretamente, deberían obrar así en el caso de la proclamación como diputado o senador de una persona inelegible *ex origine* (14).

Respecto de esta tesis hay que hacer constar, en primer término,

(14) MEILÁN GIL, J.L., «Revisión de oficio en materia electoral», *REDC*, número 21, septiembre-diciembre 12-9-87, págs. 9-36.

que es rechazada por el Tribunal Supremo que afirma que el esquema de la revisión de oficio de los actos administrativos de los artículos 109 y siguientes de la LPA no es, en principio, trasladable a la actuación concreta de la Junta Electoral Provincial en su función de proclamación de candidatos electos (Sentencia de la Sala Quinta del TS de 5 de enero de 1983). Además, hay que tener en cuenta que la revocación de oficio de la proclamación de un electo resultaría vedada por el estatuto constitucional de los diputados y los senadores, cuyas credenciales sólo están sometidas al control judicial, tal y como lo proclama el artículo 70.2 de la Constitución y lo reiteran los Reglamentos de las Cámaras (15). En definitiva, la revisión de oficio en este caso vulneraría la separación de poderes y sería manifiestamente inconstitucional, además de superflua por existir en el ordenamiento suficientes instrumentos de revisión judicial. A esto me referiré más adelante.

Ahora es necesario tratar de la causa general que en último término impide trasladar al campo del Derecho electoral la técnica administrativa de la revisión de oficio. Esta razón no es otra que la inaplicabilidad del sistema de nulidades del derecho administrativo al campo del Derecho electoral, que se rige en este punto por criterios específicos, más restrictivos.

La nulidad en Derecho electoral está fuertemente calificada por el resultado de las infracciones y no sólo por su naturaleza. Existe, efectivamente, un marcado contraste entre el artículo 47.1 c de la ley de Procedimiento Administrativo que considera nulos de pleno derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados» y el artículo 113.3 de la LOREG, según el cual «no procederá la nulidad cuando el vicio de procedimiento no sea determinante del resultado de la elección».

Este último precepto enuncia un principio de conservación de los actos electorales de mayor alcance que el vigente en el procedimiento administrativo, porque no sólo protege la validez de los actos sucesivos e independientes del acto nulo (artículo 50 LPA),

(15) Reglamento del Congreso, artículo 22 y Reglamento del Senado, artículo 18.

sino que resta carácter invalidante a la irregularidad misma si no se prueba su trascendencia en los resultados. Así lo ha venido interpretando repetidamente la jurisprudencia con resoluciones como las siguientes: la minoría de edad de un vocal de la Mesa electoral no acarrea la nulidad de la votación, pues no se probó que esa circunstancia influyera en el resultado electoral (STS de 21 de junio de 1977); la destrucción indebida de las papeletas anuladas es irregularidad invalidante sólo si se acredita la trascendencia en el resultado de la votación (STS de 4 de enero de 1983, SAT de Valencia de 28 de julio de 1986, SAT de Valladolid de 26 de octubre de 1987), etc.

La consecuencia en cuanto al problema de la revisión de oficio, es que este principio tan exigente de conservación de los actos restringe el ámbito de la nulidad de pleno derecho y, por ende, las posibilidades de la revisión de oficio en materia electoral.

Así lo expresa elocuentemente el artículo 106.1 de la LOREG, a tenor del cual, durante el escrutinio general la Junta no puede anular ningún Acta ni voto. Prohibición que convierte a las Juntas en simples «fedatarios del resultado electoral global, con competencia exclusiva para plasmar tanto ese resultado como todos los hechos advertidos que puedan ser trascendentales para apreciar un posible vicio electoral, pero careciendo de competencia para pronunciarse sobre la eficacia invalidante de tales hechos» (16). En otras palabras, las irregularidades de las Actas de las Mesas electorales, que deben ser valoradas en función de sus resultados, son causas de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho y, por consiguiente, sólo pueden ser fiscalizadas por los Tribunales.

La ley sólo admite una modalidad mitigada de la revisión de oficio, el no cómputo de las Actas, en dos supuestos tipificados en el artículo 105.4. El primero es el caso de Actas dobles y diferentes y el segundo se plantea, si el número de votos computados supera al de electores. Estos dos supuestos de revisión por las Juntas son tradicionales en nuestro Derecho (proceden de la Ley de 1907) aunque no tienen parangón en Derecho comparado, y deben ser objeto de una interpretación estricta porque de otro modo se

(16) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 1-12-1989.

invadiría al ámbito reservado al control judicial de las elecciones, distorsionando y debilitando las garantías del sufragio. Por ello resultan censurables las decisiones de algunas Juntas y Tribunales que, con ocasión de las elecciones generales de 1989, ampliaron arbitrariamente la segunda causa de revisión de oficio para incluir todos los casos en que el número de votos excediera al de votantes (17). Con independencia de la fragilidad de los argumentos utilizados para forzar la equiparación del término «electores», usado en el artículo 105.4, con el de «votantes», lo que importa subrayar es que esa interpretación es contraria al principio constitucional de garantía jurisdiccional de las elecciones. Como lo afirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de febrero de 1990:

«El mandato del artículo 105.4, dirigido a las Juntas electorales, debe entenderse orientado a excluir únicamente casos de manipulación o fraude cuya evidencia justifica que órganos no jurisdiccionales, como son las mencionadas Juntas, excluyan del cómputo final los resultados de determinadas Mesas. En consecuencia, sólo cuando el número de votos exceda al de ciudadanos inscritos con capacidad de voto —es decir, cuando no es posible racionalmente apreciar que ha habido un error o inexactitud involuntaria— procederá el no cómputo de los votos.»

Pero ni siquiera en estos casos del artículo 105.4 la revisión de oficio tiene consecuencias anulatorias, porque como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 24/1990 de 2 de marzo) este precepto no es una excepción a la regla del primer inciso del artículo 106.1 que reserva la anulación a los Tribunales. En otras palabras, los casos del artículo 105.4 no son tampoco determinantes de la nulidad de pleno derecho de las Actas; sólo son causa para excluirlas del escrutinio general. El juicio sobre la validez corresponde siempre a la Sala revisora que, por ejemplo, en el supuesto de dobles Actas contradictorias tendrá varias opciones, «una de las cuales puede consistir en otorgar plena validez a un Acta y computarla y otra si se dan los requisitos del artículo 113 en orden a la relevancia para el resultado puede ser la anulación de esa Mesa».

(17) Proclamación de electores por la Junta Provincial de Murcia (12-11-1989) y por la Junta Provincial de Navarra (9-11-1989) y Sentencias del TSJ de Galicia (2-12-1989) y del TSJ de Navarra (4-12-1989).

5. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA REVISIÓN JUDICIAL

Delimitada de este modo la revisión de oficio, toca ocuparse del sistema de revisión judicial que concreta las exigencias del artículo 70.2 de la Constitución.

Además del contencioso electoral, regulado en la Sección XVI del Capítulo VI del Título I de la ley electoral, ésta contempla otras vías de revisión judicial que se refieren a procedimientos preparatorios del procedimiento electoral, o a actos determinados de éste. El sistema general podría describirse en los siguientes términos:

a) Las resoluciones de la Oficina del Censo electoral sobre la inscripción censal son recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al procedimiento especial de la Ley 62/78 (artículo 38.4 LOREG). Sin embargo, durante el período electoral, el Juez competente es el de Primera Instancia (artículo 40). Esta variación que seguramente responde a la necesidad de garantizar la proximidad y la agilidad de la tutela judicial en este procedimiento sumamente abreviado (su duración máxima es de cinco días), no significa, a mi juicio, un cambio en la naturaleza del proceso que sigue siendo contencioso administrativo. Frente a esta opinión se ha interpretado que se trataría en este caso de un proceso civil en garantía del derecho sustantivo de sufragio; pero es evidente que el objeto central del proceso es la inscripción en el censo y que, en definitiva, su contenido no difiere del que es propio de los recursos previstos en el artículo 38.4 de la LOREG. Por consiguiente, la tramitación judicial debe regirse en lo posible por la Sección II de la ley 62/78 aunque en este caso, con una drástica reducción de los plazos (18). Así mismo entiendo, pese a que la ley no lo aclare, que el Juzgado competente es el que corresponde al municipio donde reside el recurrente (y no el de la sede de la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral) porque ésta es la interpretación más favorable para la efectividad de la tutela judicial, cuando el plazo para recurrir es tan breve (sólo cinco días).

b) Los actos de la Administración electoral están sometidos al

(18) SERENA VELLOSO, C., en los *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, cit., pág. 309 y sigs. defiende la naturaleza civil del procedimiento del artículo 40. En contra, BASTIDA FREIJEDO, F., *op. cit.*, pág. 38.

control de la jurisdicción contencioso administrativa. Aunque la LOREG sólo hace mención expresa de los recursos disponibles contra ciertos actos de las Juntas electorales, los restantes no están excluidos de ese control jurisdiccional, porque esa inmunidad sería «en todo punto incompatible con el principio de universalidad de la jurisdicción contenciosa y con las normas constitucionales que configuran el sometimiento de la administración al control de los Tribunales» (19).

La impugnación de un acto de la Administración electoral puede realizarse mediante un recurso directa e inmediatamente dirigido contra el mismo o con ocasión del contencioso electoral. No me detendré en la primera alternativa. Baste decir que está abierta siempre que la LOREG expresamente no la excluye y que las vías procedimentales correspondientes, son: la contenciosa ordinaria, la de la ley 62/78, si se imputa violación de derechos fundamentales y, también, cuando proceda, el recurso especial contra la proclamación de candidatos del artículo 49 de la LOREG.

c) El recurso contencioso electoral merece una especial consideración porque no es meramente el proceso a un acto —la proclamación de electos—, sino que permite una revisión de toda la actividad llevada a cabo por la Administración electoral durante el procedimiento electoral.

Dicho de otro modo, desde el punto de vista de su fiscalización judicial, el procedimiento electoral aparece como una «operación compleja» al término de la cual es posible impugnar cualquiera de los actos integrantes de la misma, incluso en el caso de que hubiera alcanzado firmeza anteriormente (20).

El alcance general de la revisión que posibilita el contencioso electoral procede históricamente de su carácter de alternativa a los antiguos procedimientos parlamentarios de examen o verificación de los poderes y viene exigido sistemáticamente por el parámetro de la nulidad en el Derecho electoral, que es el resultado de la

(19) Auto del Tribunal Constitucional 1040/86 de 3 de diciembre.

(20) Sobre esta noción de «operación compleja» originaria de la jurisprudencia francesa, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, TR., *Curso de Derecho administrativo* (i), Civitas, Madrid, 1980, pág. 539.

irregularidad, como ya se ha dicho, y que, por consiguiente, requiere la posibilidad de una fiscalización ilimitada posterior a la votación.

Esta premisa es indispensable para analizar un precepto como el artículo 21.2 de la Ley Electoral que excluye la posibilidad de impugnar en vía administrativa o judicial los acuerdos de las Juntas electorales que resuelven los recursos de alzada procedentes de las Juntas de inferior categoría. No ha faltado quien ha creído ver en este precepto una patente de inmunidad frente a todo control jurisdiccional que sería incompatible con la Constitución (21).

Pero dado el alcance general de la revisión que permite el contencioso electoral, esa crítica resulta a mi juicio injustificada. En todo caso lo será, si se entiende que el artículo 21.2 se refiere sólo a los acuerdos de las Juntas en materia de procedimiento electoral, que son los que pueden requerir una revisión administrativa en los plazos perentorios previstos en ese precepto y que son, sobre todo, susceptibles de una ulterior fiscalización en el contencioso electoral.

Por el contrario, habría que considerar inconstitucional esta cláusula de la LOREG si se interpreta que es también aplicable a otros campos de actividad de las Juntas, como el sancionador, que deben estar siempre sujetos a la posibilidad de una revisión judicial directa e inmediata.

También hay que examinar desde esta perspectiva el sistema de fiscalización de las causas de inelegibilidad, porque destaca la abundancia de vías procesales disponibles a tal fin. En primer lugar, está el contencioso administrativo especial contra la proclamación de candidatos del artículo 49 de la LOREG; en segundo lugar, el recurso de amparo regulado en ese mismo artículo y que permite obtener una decisión del Tribunal Constitucional en tiempo útil, esto es, antes de las elecciones y antes incluso del inicio de la campaña electoral, lo que supone un perfeccionamiento evidente del sistema de garantías (22). Pero es que además, dado el alcance revi-

(21) En este sentido CANO MATA, A., *op. cit.*, pág. 420 y sigs.

(22) Además, esta solución no ha revelado ser una quimera ineficaz, como algunos sospechaban (BASTIDA FREJEIDO, F., *op. cit.*, pág. 48), sino que ha acreditado su funcionalidad, véase en este sentido FIGUERUELO BURRIEZA, A., «Nota acerca del recurso de amparo electoral», *REDC*, núm. 25, págs. 135-150.

sor global del contencioso electoral, nada impide que la inelegibilidad de los electores pueda ser también alegada en este proceso. Prueba de ello es que la LOREG ha prescindido de la regla del artículo 74.6 del RDL 20/1977 que otorgaba fuerza de cosa juzgada a las sentencias recaídas en los recursos contra la proclamación de candidatos y que oponía la excepción de acto consentido frente a alegaciones en el contencioso electoral de vicios que hubiesen podido ser impugnados en aquellos procesos previos. La doctrina no ha dejado de resaltar la importancia de este cambio legislativo (23).

Finalmente, en el supuesto excepcional de que las vías anteriores resultasen ineficaces, porque la causa de inelegibilidad fuera conocida con posterioridad incluso a los plazos previstos para interponer el contencioso electoral, se podría acudir todavía a la solución extraordinaria del artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a través de la cual la propia Administración electoral, mediante acuerdo de la Junta Central, podría impugnar las credenciales de un parlamentario ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL CONTENCIOSO ELECTORAL

Aunque el contencioso electoral posibilita en teoría un enjuiciamiento general de las elecciones, hay criterios procesales que pueden restringir en la práctica su alcance revisor. Estas posibles restricciones dimanantes de la actividad anterior de los recurrentes o de su manera de plantear el contencioso, se concretan en la doctrina de los actos propios y en el principio dispositivo, también llamado principio de congruencia.

a) La doctrina de los actos propios, que tiene su expresión legal en el artículo 40 de la LJCA, viene sobre todo a colación cuando se trata de las reclamaciones contra el escrutinio que pueden presentarse ante las propias Juntas electorales. Concretamente se ha dicho

(23) MEILÁN GIL, J.L., *op. cit.*, pág. 30; también ENTRENA CUESTA, R., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* cit., págs. 430 y 1005.

que esas reclamaciones a que hace referencia el artículo 108.1 de la LOREG «no son sino actos de reserva del derecho a fundamentar en las mismas el posterior contencioso electoral» y que están, por consiguiente, encaminadas «a destruir aquel efecto de aquietamiento o consentimiento que —por aplicación de la doctrina de los actos propios— harían valer los Tribunales al conocer de ese recurso» (24). Esta interpretación tiene desde luego apoyo en la jurisprudencia, siendo un exponente radical de la misma la Sentencia de 2 de diciembre de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, a tenor de la cual la falta de reclamación oportuna ante la Junta «es tanto como aquietarse o consentir la decisión adoptada, por lo que se priva al disidente con tal decisión de poder acudir posteriormente al recurso contencioso electoral». Por si acaso esta conclusión fuera discutible, añade la Sentencia que la no interposición del recurso electoral «supone un acatamiento total al resultado consagrado con tal proclamación, sin que pueda modificarse ninguno de los resultados allí declarados, salvo respecto de aquellos (candidatos) que hubieran seguido el cauce procesal adecuado: reclamación o protesta e interposición del recurso contencioso electoral dentro del plazo».

No obstante, esta interpretación tan rigorista de la doctrina de los actos propios ni es unánime ni ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional que, mediante Sentencia de 22 de febrero de 1990, declaró la nulidad de la resolución judicial citada anteriormente (25). Además, la función del contencioso electoral de verificación final de las elecciones es a mi juicio inconciliable con esa limitación formalista.

b) Otra cosa es el efecto del principio dispositivo en el planteamiento del contencioso electoral. Aquel tiene, desde luego, plena vigencia en el contencioso administrativo ordinario donde el órgano judicial «juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el

(24) BALLARÍN, J., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, cit., pág. 981.

(25) A estos efectos, véase, ENTRENA CUESTA, R., *Comentarios a la LOREG*, cit., pág. 1004 también sostiene que la falta de reclamación o protesta previa no impide la alegación y estimación, en su caso, de un vicio determinante de la nulidad.

recurso y la oposición (artículo 43.1 LJCA). dicho de otro modo, al ser la pretensión el objeto del proceso, «en torno a ella giran todas las vicisitudes procesales: la iniciación del proceso, la instrucción del mismo y la sentencia» (26).

No parece, sin embargo, que este esquema pueda aplicarse mecánicamente al contencioso electoral. Este se inicia, desde luego, con un escrito de interposición que contiene la petición del recurrente (artículo 112.1). Es dudoso si tal petición debe ajustarse estrictamente a uno de los posibles fallos anulatorios previstos en el artículo 113.2 (nulidad de la proclamación de electos o nulidad de la elección) o si también puede consistir en la mera corrección de los votos atribuidos a los candidatos proclamados, opción que a mi juicio es admisible en virtud del carácter global de la función revisora del contencioso electoral y que además podría fundamentarse en el texto del artículo 113.2 b (27). En todo caso, no hay duda de que la petición delimita la instrucción judicial, su ámbito fáctico, y que con la iniciación del contencioso electoral «no se da comienzo a un procedimiento que permita al Tribunal emprender una investigación de oficio sobre otros hechos que los acotados (en el recurso)» (STC 24/1990 de 15 de febrero).

Sin embargo, el fallo no está igualmente condicionado por la petición del recurrente. Es cierto que hay jurisprudencia que sigue estrictamente el principio de congruencia, limitando el enjuiciamiento a la viabilidad de la petición deducida (28). Pero el Tribunal

(26) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 660.

(27) Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de diciembre de 1989 desestimó el recurso interpuesto por PSC-PSOE «porque el pedimento que se formula en el mismo daría lugar a un fallo no previsto en el artículo 113.2 de la Ley Electoral», «pues la petición de que se declaren válidas determinadas papeletas, modificando en ese sentido la proclamación efectuada en el acto recurrido, no incide propiamente en lo que ha de ser necesariamente objeto del recurso contencioso electoral». No obstante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de noviembre de 1989, estimó un recurso del PSOE que interesaba solamente la declaración de validez de cierto número de votos, fundamentándose el fallo en el artículo 113.2.b. de la LOREG.

(28) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de diciembre de 1989: «La no aportación o destrucción de papeletas que se

Constitucional en la Sentencia antes citada de 15 de febrero de 1990 ha establecido claramente la doctrina de que para salvaguardar el interés general se debe reconocer que los posibles contenidos del fallo previstos en el artículo 113.2 de la LOREG no pueden quedar a merced del principio dispositivo. Por consiguiente «el recurrente que pida el cambio en la adjudicación de un escaño... debe saber que corre el riesgo de que los vicios por él denunciados induzcan al Tribunal a un pronunciamiento de nulidad».

Sin embargo, en tales circunstancias es exigible que se dé una oportunidad de alegación a todas las partes afectadas respecto de este cambio de pronunciamiento, para no incurrir en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución. Por consiguiente, en vista de la carencia de un trámite procesal previsto para tal fin en la regulación actual del contencioso electoral, el Tribunal Constitucional ordena una interpretación de la LOREG que integre esa exigencia (Fundamento 5.º).

Por lo que se refiere a la actividad probatoria, parece incuestionable su sujeción al principio dispositivo en la fase del escrutinio general. Dicho de otro modo, las Juntas electorales, al resolver las reclamaciones contra el escrutinio, no pueden realizar una instrucción de oficio destinada a suplir la falta de documentación de algunas Mesas o a subsanar sus irregularidades, sino que deben hacer uso de la documentación existente (primero y tercer sobres) y, en su caso, de la aportada o solicitada por las partes (STC 78/1989 de 13 de abril).

Resulta, sin embargo, excesivamente restrictiva la doctrina que requiere que los certificados de las Actas de las Mesas controvertidas hayan sido aportados por los partidos, a medida que se examinan los sobres de las correspondientes secciones y no tras la conclusión del escrutinio. Entre otras consideraciones, hay que tener en cuenta que esa interpretación se originó bajo la vigencia del

han considerado nulas en las Mesas, caso de ser ello relevante para el resultado de la elección, podría, quizá, fundar el fallo previsto en el artículo 113.2 d., o sea, la nulidad de la elección y necesidad de efectuar nueva convocatoria en los términos que en dicho precepto se expresa; pero este pronunciamiento no lo ha pedido el Partido Popular, y, por ende, el Tribunal ni siquiera se plantea tal posibilidad» (Fundamento 7.º).

RDL 20/1977 (por ejemplo, STS de 21 de julio de 1977) y que resulta inapropiado extenderla a la actual ley electoral que ha limitado drásticamente las posibilidades de intervención de las partes a lo largo del desarrollo del escrutinio (artículo 106.2), para remitir la formulación de las reclamaciones y protestas al trámite posterior regulado en el artículo 108 (29).

En todo caso, es evidente que el Tribunal que conoce del contencioso electoral no puede estar sujeto en materia probatoria al principio dispositivo en la misma medida que las Juntas electorales. No en balde, el artículo 112.4 de la LOREG afirma que la Sala «podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, el recibimiento a prueba y la práctica de las que declare pertinentes».

Por eso resulta, a mi modo de ver, censurable el criterio de la STC 78/1989 que justifica la denegación del examen del segundo sobre (el que queda archivado en el Juzgado correspondiente), por considerar inadmisibles las pruebas que pudieron haberse solicitado y practicado ante las Juntas electorales. Argumento que viene a resucitar para el contencioso electoral un requisito de la prueba, propio de la normativa anterior a la LJCA (30).

Afortunadamente, la STC 24/1990, de 15 de febrero, ha rectificado esa doctrina, al afirmar que la Sala debe agotar la búsqueda de las Actas y que, si bien es cierto que la Junta actuó correctamente omitiendo el recurso al segundo sobre porque ante ella nadie lo había reclamado, la Sala no debió incurrir en la misma omisión, aunque nadie le pidiera que lo buscara. De este modo, la actividad probatoria se vincula al principio inquisitorio, más que al dispositivo.

(29) Por esta razón resulta criticable la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 1 de diciembre de 1989, y preferible la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 28 de noviembre de 1989, que, apoyándose en la STC 78/1989, sostuvo la pertinencia de admitir como prueba los certificados del Acta aportados en el trámite de reclamaciones del artículo 108 de la LOREG.

(30) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pág. 74 y sigs.

7. LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN: ALCANCE, CONSECUENCIAS Y JUSTIFICACIÓN

El contencioso electoral puede dar lugar a la declaración de nulidad de la elección y a la obligación de repetirla. La posibilidad de ese fallo es inherente a la plenitud del control jurisdiccional, pero la sanción de nulidad, por su gravedad, debe ser objeto de una consideración restrictiva, so pena de desvirtuar la eficacia del sistema representativo. El Tribunal Constitucional ha afirmado la necesidad de seguir ese criterio interpretativo en relación con el alcance y las consecuencias de la nulidad, aunque no quepa decir otro tanto por lo que respecta a la justificación de la misma.

En relación con el alcance de la Sentencia de nulidad, la ley electoral en su artículo 113.2 d, se refiere, a «la elección celebrada», sin otra precisión, lo que entendido literalmente significa nulidad total de la elección en la circunscripción. Planteamiento que es similar al que existe en otros ordenamientos como el británico (Sección 23 de la R.P. Act. de 1983) y el francés (artículo LO 186 del Code Electoral), con la diferencia de que en estos dos casos las circunscripciones son uninominales, lo que excluye necesariamente la hipótesis de nulidad parcial de la elección. De hecho, la regulación del artículo 113.2 de la LOREG responde a un fenómeno de inercia legislativa injustificada porque deriva de la ley de Maura de 1907, bajo cuya vigencia la mayor parte de los descritos eran también uninominales. La introducción de un sistema de grandes circunscripciones provinciales en 1931 pudo haber aconsejado una modulación de este régimen de nulidades, pero el Decreto de 8 de mayo de ese año mantuvo inalterada la clasificación que hizo la Ley de 1907 de las resoluciones posibles en la verificación de poderes, y en la nueva fase democrática el RDL 20/1977 y la LOREG esencialmente siguieron ese modelo.

Para suplir los defectos de esta solución, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 24/1990, exigió una interpretación finalista de la ley electoral, basada en los principios de conservación de los actos, de proporcionalidad y de *favor libertatis*, en virtud de la cual el alcance de la nulidad debe, en su caso, circunscribirse a las solas mesas electorales en que se produjeron irregularidades relevantes y a la proclamación de aquellos electos que venga a depender de

los votos anulados, sin que deba extenderse a los resultados de la entera circunscripción. En otras palabras, se introdujo así en nuestro ordenamiento la posibilidad de una nulidad parcial de la elección como la prevista en la legislación electoral alemana (artículo 44) y austriaca (artículo 111).

Las consecuencias de la nulidad también han quedado restringidas en virtud de esta jurisprudencia del TC, ya que la repetición de la elección en supuestos de nulidad parcial se limita a la Mesa o Mesas en que la votación fue invalidada y se circunscribe al solo acto de la votación sin que haya lugar a modificar las candidaturas inicialmente presentadas (STC 24/1990). En el supuesto de nulidad total la posición del Tribunal Constitucional es diferente ya que en principio entiende que la repetición debe ser íntegra de todo el proceso electoral, con inclusión de todas sus fases, a no ser que el fallo anulatorio indique otra cosa (STC 169/1987 y STC 25/1990).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha matizado su doctrina sobre la nulidad parcial, al menos para el caso de las elecciones al Senado. Su Sentencia de 17 de julio de 1990 (la segunda sobre las elecciones de Avila) admite que la nulidad parcial y la consiguiente repetición de la votación en una sola Mesa pueden tener consecuencias para todos los candidatos y no únicamente para los que litigaron por el Acta anulada. Su fallo ordena, en efecto, a la Junta electoral que integre los resultados de la votación repetida con los obtenidos en el resto de la circunscripción por todos y cada uno de los candidatos, y que realice la proclamación de resultados sobre esa base. Con esa solución aumentan, sin embargo, los inconvenientes de la nulidad parcial, porque al riesgo de una presión excesiva sobre el electorado con ocasión de la nueva convocatoria, se añadirá la inseguridad de las Actas de aquellos electos cuya proclamación no fue anulada.

Por lo que se refiere a la justificación del fallo anulatorio hay que tener presente, ante todo, lo que ya se ha dicho más arriba sobre la inaplicabilidad de la teoría de las nulidades del Derecho administrativo al procedimiento electoral, porque las consecuencias invalidantes de las infracciones electorales no dependen sólo de la naturaleza de éstas, sino también de sus resultados, como se deduce claramente del artículo 113.3.

Por consiguiente, para calificar una irregularidad de invalidante la decisión judicial deberá justificar que los votos viciados por ella puedan alterar los resultados hasta el punto de privar de fundamento a la proclamación de electos. Sólo en tal caso procederá declarar la nulidad parcial o total de la elección.

Esta manera de argumentar es inesquivable, pero siempre que los resultados viciados sean indeterminados desde el punto de vista cuantitativo (número de votos) o cualitativo (destino de los votos), conducirá a decisiones judiciales cuya justificación será tan sólo relativa porque tendrá que apoyarse en el criterio aproximativo de lo razonable más que en la lógica estricta de lo racional (31). Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en la STC 24/1990:

«Cuando se trate de vicios de procedimiento no mensurables en cuanto a su relevancia para la alteración del resultado, la Sala deberá valorarlos ponderando expresamente todas las circunstancias del caso. Si se trata de irregularidades cuantificables, esto es de un número cierto de votos de destino desconocido, como ocurre en este caso, sin excluir el posible recurso a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística, un criterio fecundo y razonable para apreciar si aquellos votos son determinantes para el resultado electoral consiste en comparar su cifra con la diferencia numérica entre los cocientes de las candidaturas que se disputan el último escaño...».

Con este planteamiento, no obstante, existe el riesgo de abocar a un laxismo excesivo en la justificación de los fallos anulatorios, como se vio con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que decretó la anulación de las elecciones de 1989 en Melilla. Dicha resolución, con independencia de que haya podido ser congruente con un criterio de justicia material, presenta una justificación totalmente insuficiente. La Sala se limita, en efecto, a constatar algunas irregularidades genéricas (por ejemplo, que el partido recurrente había recibido una lista incompleta del censo electoral) y otras específicas de ciertas mesas, aunque no menciona cuántas

(31) Véase ATIENZA, M., «Sobre lo razonable en el Derecho», *REDC*, núm. 27, pág. 93 a 109.

ni cuáles, para llegar sin otro esfuerzo argumental a una conclusión anulatoria, es decir, al fallo de mayor gravedad. El Tribunal Constitucional que desestimó el recurso de amparo contra esta Sentencia no pasó por alto esta escasa motivación como lo indica un expresivo párrafo de su propia Sentencia:

«Una atenta lectura de la sentencia recurrida revela una cierta parquedad y economía narrativa en la exposición del nexo existente entre irregularidades invalidantes y fallo anulatorio, y ciertamente cabe decir (aunque en ello no insistan los recurrentes) que el razonamiento sobre dicha relación causal pudo ser más explícito y debió incluir en todo caso los datos numéricos que demostrasen de modo incontrovertible la incidencia de las irregularidades advertidas en el resultado electoral, exigencia ésta a la que hay que prestar una cuidadosa atención por estar aquí en juego tanto los derechos de sufragio activo y pasivo como los principios fundamentales del orden democrático» (STC 25/1990).

No obstante lo cual, el Tribunal Constitucional añade a continuación que «tales reparos no son óbice, sin embargo, para que estimemos que en este caso el citado nexo causal existe en grado suficiente» y así, con esta manifestación tan escueta como incomprendible, se convalida un fallo anulatorio deficiente desde el punto de vista formal, lo que significa un peligroso precedente para la seguridad jurídica y la efectividad del sistema electoral.

8. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY ELECTORAL

Del análisis realizado en las páginas anteriores se desprende que cualquier proyecto de reforma de la ley electoral debería de partir de las siguientes premisas:

— Primera: que las garantías del Derecho electoral en nuestro ordenamiento actual forman un sistema complejo y más completo que los antecedentes de nuestra historia constitucional o que los principales modelos del Derecho comparado.

— Segunda: que las más importantes de estas garantías, esto

es, el control judicial de las elecciones y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, están ancladas en la propia Constitución.

— Tercera: que la LOREG ha establecido la garantía adicional de una Administración electoral independiente, jerárquica y dotada de una composición predominantemente judicial.

— Cuarta: que la LOREG ha otorgado una configuración específica a las relaciones entre esa Administración y la Jurisdicción, contando con fundamento para hacerlo en el propio texto de la Constitución (artículo 70.2).

— Quinta: que la funcionalidad de este sistema depende de que se respeten los perfiles específicos de cada una de estas garantías, sin restricciones ni ampliaciones abusivas de sus respectivos ámbitos.

De hecho, los principales problemas de la práctica administrativa y judicial en las elecciones de 1989 han tenido causa: 1.º en los intentos de extender los supuestos de la revisión de oficio, muy limitados en la LOREG; intentos que resultan contradictorios con el carácter de la nulidad en materia electoral y que significan una invasión del terreno reservado a la revisión judicial; 2.º en las interpretaciones que restringen el alcance y eficacia de la función revisora del contencioso electoral, mediante la invocación abusiva del principio de los actos propios o del principio dispositivo; 3.º en la deficiente regulación del fallo anulatorio de las elecciones realizadas por la LOREG.

Aunque estos problemas han recibido una solución a mi entender generalmente satisfactoria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no dejaría de ser oportuna una reforma de la ley electoral, para tipificar clara y restrictivamente los supuestos de la nulidad parcial y de la nulidad total de las elecciones y sus respectivos efectos, y para introducir también otras mejoras, como un trámite de segundas alegaciones en el supuesto de que el Tribunal que conozca del contencioso electoral considere la posibilidad de un pronunciamiento incongruente con la petición del recurrente, o como la reducción de los plazos para la interposición, tramitación y resolución de los recursos de amparo postelectorales.

Podrían añadirse otras propuestas concretas, pero a mi juicio

sería equivocado pretender reducir la función del Tribunal Constitucional y reforzar, en cambio, la del Tribunal Supremo en esta materia. Tal planteamiento carecería de suficiente fundamentación, tanto política como técnica.

Por lo que se refiere a lo primero, no basta con invocar los peligros de politización del Tribunal Constitucional al intervenir en una materia tan sensible, porque otro tanto puede decirse de la mayor parte de sus actuales competencias.

En cuanto a lo segundo, es preciso reiterar que el recurso de amparo en defensa de los derechos de sufragio activo y pasivo es una garantía constitucional que no depende de la ley electoral, y añadir que ni siquiera es previsible que su utilización disminuyera por la intervención previa del Tribunal Supremo. Mueve a esta conclusión el considerar que el contencioso electoral rara vez podrá resolverse con criterios de mera legalidad en los que no estén en juego los derechos fundamentales, y que en todo caso lo estarán si el fallo es anulatorio, lo que puede ocurrir frecuentemente, una vez admitida la posibilidad de la nulidad parcial de la elección.

Por consiguiente, todo hace pensar que la intervención del Tribunal Supremo en esta materia (salvo en el caso de las elecciones europeas, donde es obligada por el carácter único de la circunscripción) sólo tendría las consecuencias de romper la unidad básica de la competencia jurisdiccional en este sector (si se le atribuye el contencioso en las elecciones a Cortes, en detrimento de la competencia general de los Tribunales Superiores de Justicia), o de retrasar aún más la solución de los eventuales litigios (si se le otorga una función revisora de las decisiones de aquéllos). No parece, en conclusión, que de esa reforma pudiera derivarse un perfeccionamiento del sistema de garantías de nuestro Derecho electoral.