

**SEGUNDA PARTE**  
**CARACTERÍSTICAS BÁSICAS**  
**DEL DERECHO ELECTORAL**

I. La juridicidad del proceso electoral: el carácter legitimador de la legalidad en el moderno Estado constitucional y representativo . . . . .	91
II. La traducción jurídica de la importancia del derecho electoral en el proceso legitimador del Estado: el rango normativo . . . . .	95
III. La consistencia histórica . . . . .	97
1. El carácter conservador e historicista de la legislación electoral: el caso inglés . . . . .	97
2. La permanencia o estabilidad de las legislaciones electorales . . . . .	98
IV. La pluralidad de contenidos . . . . .	103
1. Las normas de conducta: ejercicio de derechos y obligaciones y sus sanciones . . . . .	103
2. Las normas de organización: la administración electoral . . . . .	104
3. Normas de procedimiento: las campañas y los medios de comunicación . . . . .	105
4. Normas financieras: la financiación de los partidos y de las campañas . . . . .	105
V. La reducida capacidad sancionadora . . . . .	106
1. Los casos de conflicto normativo o de conflicto de derechos . . . . .	106
2. Las normas de imposible cumplimiento total . .	108
3. La desproporción entre las sanciones y las conductas sancionadas: las multas, el gasto en la campaña y la financiación . . . . .	109
VI. La confluencia de los factores políticos y jurídicos en el derecho electoral . . . . .	112
1. La presunción de moralización máxima de los comportamientos: la responsabilidad política . .	113
2. El compromiso de todos los agentes implicados con las propias normas . . . . .	114

## **SEGUNDA PARTE**

# **CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL DERECHO ELECTORAL**

## I. LA JURIDICIDAD DEL PROCESO ELECTORAL: EL CARÁCTER LEGITIMADOR DE LA LEGALIDAD EN EL MODERNO ESTADO CONSTITUCIONAL Y REPRESENTATIVO

La primera característica de nuestros actuales sistemas electorales reside precisamente en su carácter jurídico. Efectivamente, las normas que disciplinan los diferentes sistemas electorales son normas de carácter jurídico con todos los requisitos formales para obligar.

No hay que olvidar que esta situación no siempre fue así, pues los sistemas electorales hasta tiempos muy recientes (hasta 1791 en Francia y hasta las reformas de 1832 en Inglaterra, por ejemplo) tenían un carácter consuetudinario y venían regulados por usos y prácticas a menudo de difícil prueba y que, en todo caso, no constituían un orden jurídico que se impusiera sobre todos los agentes del proceso electoral o que pudiera alegarse ante los tribunales.<sup>194</sup>

Las controversias que en torno al derecho electoral se suscitaba se resolvían fundamentalmente por las propias cámaras, que eran las únicas con competencia para determinar asuntos como la franquicia, las circunscripciones, el resultado de las elecciones, etcétera.

Conforme fue avanzando el siglo XIX, el derecho electoral no sería ajeno al proceso de juridicidad de las relaciones sociales, cuyas muestras más evidentes son las codificaciones y las Constituciones.

Ya no serían sólo las relaciones privadas las que se verían sometidas a un derecho uniforme con la desaparición definitiva de la competencia de las cortes ordinarias para tratar asuntos electorales.

194 "The Commons exercised the right to determine such questions [las elecciones] from 1604 to 1868; and objected, not always with success, to breaches of election law being raised in the ordinary courts." Wade, E. C. S. y Bradley, A. W., *op. cit.*, nota 93, p. 160.

tiva de los gremios y parcial de otros entes privilegiados, o la igualación ante el fisco de los diferentes tipos de riqueza o la fijación de normas estables para el tráfico civil y mercantil, sino que también las propias relaciones dentro del Estado van quedando fijadas progresivamente en instrumentos jurídicos. La expectativa liberal de limitación del poder pasaba por el sometimiento del poder al derecho; pero para completar el panorama de la nueva legitimación liberal del poder no bastaba con que el ejercicio del poder quedara sometido al derecho, era necesario igualmente que el propio acceso al poder se realizara mediante un procedimiento reglado. Las normas que disciplinaban los procesos electorales tenían que configurarse como verdaderas normas jurídicas para que pudiera hablarse de un verdadero Estado de derecho. "El principio de legalidad (...) es la piedra angular sobre la que se levantan las elecciones y cuya observancia es de importancia fundamental en todo Estado de derecho, ya que constituye la adecuación de toda conducta a los vigentes ordenamientos jurídicos."<sup>195</sup>

Todas las fases del proceso [electoral] deben ajustarse estrictamente a las normas jurídicas aplicables y a su recta interpretación, desde la fase previa del registro y empadronamiento de los ciudadanos con derecho al sufragio, hasta la etapa casi final de la decisión de los recursos y el paso definitivo de la calificación electoral. En ningún momento, el proceso electoral debe abandonar el cauce legal (...) Puede afirmarse, sin duda, que en un proceso electoral democrático la "razón de Estado" y el interés público genuinos coinciden con el respeto cabal del orden jurídico.<sup>196</sup>

Cuando efectivamente se consiga someter al derecho y a la revisión de los tribunales el acceso al poder además de su ejercicio, se habrá completado el círculo que delimita la legitimidad y la legalidad democráticas. El poder al que se

<sup>195</sup> Galván, Rivera, F., "El principio de legalidad en materia electoral", *Tendencias contemporáneas...*, cit., nota 1, p. 681.

<sup>196</sup> Krieger, E., *op. cit.*, nota 9, p. 11.

le exige legitimidad por el origen (en el título) y legitimidad en el ejercicio, las consigue mediante el sometimiento a la legalidad, misma que garantiza la justicia en los procesos de acceso al poder y la democraticidad de los mismos. Por ello mismo, el principio de legalidad ha quedado incorporado explícitamente a la legislación electoral. Por ejemplo, en el caso mexicano, el artículo 41 de la Constitución mexicana tras su reforma de 6 de abril de 1990 habla de que, en materia electoral, “la certeza, *legalidad*, imparcialidad, objetividad y profesionalismo serán principios rectores”; es decir, que “los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos”, a los que compete la organización y realización de las elecciones, actúan necesariamente con sometimiento al principio de legalidad.<sup>197</sup>

Por otra parte, la pretensión de hacer del Parlamento el órgano máximo dentro del Estado por parte de la burguesía, ya que era el que propiciaba un acceso más fácil a las decisiones estratégicas del Estado para una clase ascendente adinerada, exigía una importante modificación de toda su estructura interna, de manera que su ampliada base social les colocara en posición de fuerza respecto al resto de órganos y poderes del Estado. Para lograr estas transformaciones fue preciso recurrir al derecho, al igual que lo fue para retirar las barreras que obstaculizaban el libre desenvolvimiento de los nuevos capitales mercantiles y financieros. Con la aparición de un derecho electoral democrático, cuya base social no hace sino ampliarse, se ponían las bases para conseguir una definitiva supremacía del Parlamento dentro de la organización estatal. Estos nuevos Parlamentos elegidos conforme a normas jurídicas de derecho electoral podían afirmar de sí mismos expresar la voluntad nacional (*vid. supra*) y como tal ostentar el poder decisorio último en el Estado. La jerarquía de fuentes que comienza a construirse va a basarse, al margen de su contenido sistemático (en sentido kelseniano), en

197 *Vid. Galván Rivera, F., op. cit., nota 195, pp. 680 y passim.*

las cuotas de democraticidad con que las normas cuenten. Y estas cuotas de democraticidad van a venir determinadas a su vez por el funcionamiento de las normas de derecho electoral.

Desde la teorización del poder constituyente como expresión primera de la voluntad nacional en la que la participación popular es máxima, dando el rango supremo a su obra, a las Constituciones, tendremos a continuación las leyes del Parlamento que, por haber sido elegido por sufragio cuenta con una importante cuota de democraticidad. Las leyes, las decisiones del Parlamento son expresión de la voluntad popular<sup>198</sup> y con tal base son superiores a las decisiones del Ejecutivo que no cuentan con este *quantum* de democraticidad en sus disposiciones. Es en este nuevo ambiente de elecciones sometidas al derecho, con una participación cada vez mayor (al menos numéricamente) de la ciudadanía como electorado, en el que hay que comprender toda la teorización que en cuanto a la ley se ha venido produciendo con posterioridad a la Revolución francesa y que alcanza expresión clásica en la obra de Carré de Malberg, *La ley, expresión de la voluntad general*. El singular valor de la ley, el que le quede reservada la regulación de ciertas materias, etcétera, se explica en la especial autorización que recibe el poder público como consecuencia de la voluntad que expresan los representantes y que encarnan la voluntad nacional. Mientras que otros instrumentos legales son, por así decir, ajenos a la nación en cuanto que no participa en su elaboración y no los aprueba, las leyes del Parlamento reflejan una relación particularmente estrecha entre una decisión que habrá de ser aplicada por el aparato estatal y la nación que le presta su consentimiento.

<sup>198</sup> Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté général: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1975*, París, 1931.

II. LA TRADUCCIÓN JURÍDICA DE LA IMPORTANCIA  
DEL DERECHO ELECTORAL EN EL PROCESO  
LEGITIMADOR DEL ESTADO: EL RANGO  
NORMATIVO

La afirmación que ya hiciera Montesquieu de que "*il est aussi important d'y régler comment, par qui, à qui, sur quoi, les suffrages doivent être données, qu'il est dans une monarchie de savoir qui est le monarque*",<sup>199</sup> se ha visto traducida en el especial rango normativo que se ha otorgado a buena parte de la legislación electoral.

Efectivamente, el derecho de sufragio y la celebración de elecciones suele venir recogida en las propias Constituciones. En la española, por ejemplo, en el artículo 23:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Además, se incluyen también en las propias Constituciones disposiciones relativas al sistema electoral, o al sistema de escrutinio, etcétera. Para el caso español, artículo 68:

1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley (...) 2. La circunscripción electoral es la provincia (...) 3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

También en los países que carecen de Constitución en sentido formal, se reconoce ampliamente la particular importan-

<sup>199</sup> Montesquieu, C. L., "De l'esprit des lois", *Oeuvres complètes*, París, 1951, vol. II, cap. 2, p. 240, cit. por Lanchester, F., *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bolonia, 1981, p. 7.

cia de las normas de derecho electoral, lo que hace que siempre que se plantea su posible reforma se hayan seguido métodos particularmente agravados y exhaustivos. En Inglaterra, por ejemplo, donde la posible reforma electoral en favor de un sistema proporcional ha sido objeto de debate ininterrumpido durante toda la historia del sistema reformado (después de 1832)<sup>200</sup> se nombró una Royal Commission en 1910, una Speaker's Conference en 1917, otra conferencia de todos los partidos en 1929-1930, una nueva Speaker's Conference en 1944 y se ha producido la participación de la Royal Commission on the Constitution desde 1973, etcétera, sistemas éstos que sólo se utilizan para asuntos de trascendencia constitucional.

Además, las normas que desarrollan estos preceptos constitucionales ostentan la máxima jerarquía normativa en forma de leyes constitucionales o de leyes orgánicas. En España, la propia Constitución ha señalado en su artículo 81 que "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y *el régimen electoral general* y las demás previstas en la Constitución". Y es que como ya señalara Elia, igual que Bodino habló de unas *leges imperii* que ni siquiera el monarca podía transgredir, existen unas "*leges imperii*" de la democracia que son las normas electorales, ya que son las que determinan la propia legitimidad de quien asciende al poder.

Esta situación constitucional de los principios del derecho electoral es un indicador más de la singular importancia que toda la temática electoral tiene para los estudios de derecho público, pero arrastra, a su vez, otras consecuencias. La más importante es que la modificación de los principios básicos del derecho electoral exige la reforma constitucional, lo que hace depender, en buena medida, su efectiva modificación de los sistemas que se hayan arbitrado para la propia reforma

<sup>200</sup> Todas estas críticas y discusiones se estudian detenidamente en el libro de Hart, J., *op. cit.*, nota 72.

constitucional. Ello suele actuar como un freno más a la reforma de la legislación electoral, pues no sólo se trata de un tema extremadamente delicado en el que debe actuarse con el máximo consenso, sino que incluso tomada la decisión de reformar, las propias complejidades de la reforma electoral pueden llevar a que se abandone finalmente el proyecto.

### III. LA CONSISTENCIA HISTÓRICA

#### *1. El carácter conservador e historicista de la legislación electoral: el caso inglés*

Las legislaciones electorales presentan, en general, un marcado carácter historicista. El hecho de que la moderna representación haya nacido como una forma evolucionada en el marco de la antigua representación estamental o territorial (aunque con contenidos y significados totalmente distintos), sin que se haya producido en algunos países, por ejemplo Inglaterra, ninguna discontinuidad en el funcionamiento de uno u otro sistema electoral, ha determinado que la legislación electoral, más que fruto de una elaboración científica<sup>201</sup> y sistemática, haya nacido por acumulación de diferentes normas y enmiendas sobre normas existentes en medio de un importante conjunto de prácticas consuetudinarias.

Quizá el caso más claro de este carácter conservador e historicista de la legislación electoral sea Inglaterra. No hay que olvidar que la distinción medieval entre la franquicia de *counties* y *boroughs* se mantuvo hasta 1918.<sup>202</sup> Que, igualmente, las circunscripciones universitarias siguieron funcionando

<sup>201</sup> "Muchas veces se aprueban reformas electorales técnicamente mal diseñadas, no por culpa de expertos que hubiesen fallado en hacer una propuesta conforme al conocimiento técnico existente en la materia. Los sistemas electorales son productos de compromisos y consensos de las fuerzas políticas vivas de un determinado país", Nohlen, Dieter, *op. cit.*, nota 5, p. 41.

<sup>202</sup> Wade, E. C. S. y Bradley, A. W., *op. cit.*, nota 93, p. 149.

hasta 1948,<sup>203</sup> lo que posibilitó el doble voto en la circunscripción de residencia y en la del *college* en que se hubieran realizado los estudios (siempre que se estuviera en disposición de realizar el oportuno desplazamiento, lo que cuando se celebraban las elecciones en el mismo día no resultaba tarea tan sencilla) hasta bien entrado el siglo XX. Además, como es sabido, la distribución de escaños se fue modificando pero siempre muy lentamente durante todo el siglo XIX partiendo de la extrema corrupción a que se llegó en la última época del dominio Whigg hasta el actual sistema de las House of Commons (*Redistribution of Seats*) Acts de 1949 y 1958 que establece cuatro *permanent boundary commissions* para Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, que tratan de lograr una relativa igualdad entre las circunscripciones manteniendo la imparcialidad y evitando el riesgo de *gerrymandering* (o "creación de circunscripciones electorales de entornos caprichosos que favorezcan a determinados partidos o tendencias"<sup>204</sup>).

Aunque, quizá, el ejemplo extremo de esta situación sea la propia conservación de la Casa de los Lores de naturaleza nobiliaria, constituida por los pares de Inglaterra eclesiásticos y seculares por derecho propio, los pares vitalicios que crea la Corona y los *lores* de justicia. Las normas de acceso a esta cámara hereditaria ostentan en grado superlativo este carácter conservador e historicista propio del sistema electoral en general.<sup>205</sup>

## 2. La permanencia o estabilidad de las legislaciones electorales

A menudo se ha dicho que aunque las normas de derecho electoral no estuvieran recogidas en las Constituciones no por eso peligraría su estabilidad temporal, ya que, se afirma, tie-

<sup>203</sup> *Idem*, p. 150.

<sup>204</sup> Espín, F. y García Fernández, F. J., "Diccionario electoral de urgencia", en Esteban, J. de, *op. cit.*, nota 98, p. 379.

<sup>205</sup> Wade, E. C. S. y Bradley, A. W., *op. cit.*, nota 93, pp. 144 y ss.

nen una vocación de permanencia superior incluso a la de las propias normas constitucionales.<sup>206</sup>

Valga como ejemplo la Ley Maura española de 1907. De conformidad con lo dispuesto en esta ley, a la que se fueron incorporando sucesivas enmiendas, se celebraron en España las elecciones en los siguientes regímenes: Restauración, Dictadura de Primo de Rivera, en la República, durante el franquismo y en la transición a la democracia.

La explicación cuando menos parcial de este fenómeno estriba en el hecho de que al ser la norma electoral la que determina el acceso al Parlamento y el propio Parlamento el encargado de modificar dicha ley, se produce la circunstancia de que para lograr la reforma de la ley electoral es necesario que un partido que haya ganado con ella, es decir, que conforme a su funcionamiento haya obtenido un número suficiente de representantes en la Cámara (número que además debe ser habitualmente una mayoría cualificada, habida cuenta del especial rango normativo con que cuentan las normas electorales en la mayoría de sistemas) desee modificarla. Esta operación que indudablemente supone un riesgo (pues no deja de ser un juicio hipotético el que evalúe las posibles consecuencias, presuntamente beneficiosas o cuando menos no perjudiciales para sus intereses políticos, de una modificación en la legislación electoral), no suele ser contemplada con buenos ojos por los dirigentes del partido en el gobierno. Porque, además, en el caso de que el cálculo haya sido equivocado y lo que pretendidamente debía favorecerles les perjudique, ya no hay posibilidad de vuelta atrás puesto que el nuevo Parlamento, beneficiado por la nueva ley electoral, no parece probable se muestre propicio a una nueva reforma. Sin embargo, los partidos de oposición sí suelen expresar sus protestas respecto a un sistema electoral que no les ha otor-

206 “La regla es ésta: reformas electorales que alteren el principio de representación de los sistemas electorales, son extremadamente raras. Dicho de otro modo, es poco probable que una reforma del sistema electoral pueda tocar o alterar el principio de representación en vigencia”, Nohlen, Dieter, *op. cit.*, nota 5, p. 31.

gado los escaños que, en su opinión, merecen. Esta situación conoce una cierta excepción en Gran Bretaña donde, aparentemente, el conocido fenómeno de que en varias ocasiones el partido que obtuvo más votos (nacionalmente<sup>207</sup>) no sea el que obtiene el mayor número de escaños en las cámaras, se contempla como un factor aleatorio que, si en determinada ocasión pudo perjudicar a un partido, puede llegar a beneficiarle en la siguiente.<sup>208</sup> Opinión ésta que no comparten, naturalmente, los otros partidos que sufren con singular intensidad el castigo del sistema mayoritario hacia sus pretensiones electorales. En las elecciones de 1974, por ejemplo, los *Liberals* con el 20% de los votos, obtuvieron 14 escaños y no los 122 que proporcionalmente les hubieran correspondido.

Sin embargo, también cabe preguntarse si una longevidad desmedida como la de la citada ley española no está poniendo también en tela de juicio su propia eficacia normativa. Porque, si hemos dicho que la legislación electoral expresa los principio y valores del régimen democrático, ¿cómo es posible que una misma legislación haya servido en regímenes tan distintos? No cabe pensar sino que la falta de verdadera vocación democrática de la mayor parte de los procesos electorales citados llevaron a una consideración puramente instrumental del derecho electoral (como mero "*voting system*") y, cabe presumir, con un elevado grado de incumplimiento. Dicho en otros términos, cuando un régimen radicalmente distinto a otro conserva su legislación electoral, lo más probable es que nos encontremos ante un respeto puramente nominal a la legislación, pero no ante una verdadera disciplina jurídica de las elecciones.

<sup>207</sup> En 1910 los Conservadores obtuvieron 3'127,887 votos y 273 escaños, mientras los Liberales con sólo 2'280,581 votos obtuvieron 275. En 1929, los Conservadores con 8'656,473 votos lograron 260 escaños y los Laboristas con 8'389,512 votos, 288 escaños. Todavía en 1951, Conservadores: 13'717,538 votos, 321 escaños; Laboristas 13'948,605 votos, 295 escaños.

<sup>208</sup> "*Labour was naturally downcast by the massive Conservative majority in parliament, but were not moved to look more sympathetically on proportional systems. They waited for the system to work in their favour*", Hart, J., *op. cit.*, nota 72, p. 277. *Las negrillas son mías.*

No cabe ignorar, sin embargo, que no todas las legislaciones electorales responden a esta caracterización y, singularmente, no lo hace la mexicana. Efectivamente, en nuestro siglo,<sup>209</sup> la legislación electoral mexicana ha sufrido reformas en 1911, 1916, 1917, 1918, 1920, 1931, 1942, 1943, 1946, 1949, 1951, 1954, 1963, 1970, 1973, 1977, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990<sup>210</sup> y, actualmente (septiembre de 1993), al tiempo de redactar este trabajo se discute la aprobación de un nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, además de haberse aprobado ciertas enmiendas a la Constitución en materia electoral (especialmente en lo relativo a las condiciones de elegibilidad a la Presidencia de la República). Esta inconstancia legislativa se interpreta desde parte de la doctrina y de la política oficial mexicanas como un proceso de acercamiento a la democracia<sup>211</sup> en un sistema en el que la desproporción entre los partidos dificulta en sumo grado el empleo de categorías propias de las "democracias occidentales" para su análisis. Se afirma, por ejemplo que

...las reformas constitucionales [en materia electoral] (...) procuraron ampliar el cuerpo electoral, otras perfeccionar nuestro sistema electoral, y las últimas depurar la organización electoral, perfeccionar el sistema recursal, así como dotar de una mejor organización y de mayores atribuciones al órgano jurisdiccional

<sup>209</sup> Y ya sufrió un buen número en el anterior. *Cfr. Legislación electoral mexicana, 1812-1973*, México, 1973.

<sup>210</sup> Ruiz Massieu, *Cuestiones de derecho político (Méjico y España)*, México, 1993, "Méjico y España. Cuadros comparativos", p. 203.

<sup>211</sup> Por ejemplo, el presidente Luis Echeverría Álvarez ante la Cámara de Diputados en 1970: "La democracia, en tanto forma de vida que se estructura a partir de la soberanía popular, demanda de una revisión permanente de las instituciones y procedimientos que traducen la voluntad de la nación en órganos y programas de gobierno. El sistema electoral es el lazo que une a representantes y representados; perfeccionarlo es afianzar la autonomía de la comunidad, es reforzar su capacidad para fijar por sí misma la ruta de la República". En *Legislación electoral...*, cit., nota 209, p. XXXIII. Subrayado añadido.

responsable de velar por el respeto al principio de legalidad en materia electoral.<sup>212</sup>

Y, más aún, en términos generales no sólo para México que: "los sistemas electorales contienen mecanismos en permanente adecuación. (...) Estos mecanismos, por supuesto, son objeto de continua revisión".<sup>213</sup> Esta interpretación no es, sin embargo, unánime y no falta quien entiende que al igual que en las democracias consolidadas la legislación electoral permanece para que se produzca el recambio en el gobierno (se mantienen las reglas del juego de forma que todos se encuentren siempre con las mismas oportunidades), los cambios que introduce el partido gobernante tienen, precisamente, por objeto asegurar su perpetuación.<sup>214</sup> No hay que olvidar que la presencia del partido que hasta el momento ha conducido al país en la organización de los comicios es absolutamente determinante de los mismos; por poner sólo un ejemplo, el PRI es el único que cubre el cien por ciento de las

<sup>212</sup> Patiño Camarena, J., "Regulación jurídica del proceso electoral", en Krieger, E., *op. cit.*, nota 9, p. 19.

<sup>213</sup> Valadés, Diego, "La calificación electoral en América Latina", en Krieger, E., *op. cit.*, nota 9, p. 251.

<sup>214</sup> Véase, por ejemplo, el análisis que Jaime Escamilla Hernández realiza en "Los límites del sistema electoral en la integración de la representación nacional", *Crítica Jurídica*, México, núm. 4, mayo de 1986, pp. 171 y ss., en el que concluye que los efectos del sistema electoral (recuérdese que entonces era el nuevo sistema electoral, pero que hoy ya no está vigente) son: "1. Asegurar a un solo partido un triunfo electoral abrumador de manera permanente. 2. Otorgar una notoria subrepresentación al partido que más se aproxima en porcentajes de votación, al que obtuvo la victoria electoral". Igualmente, en lo que se refiere a la nueva reforma electoral en marcha (la de septiembre de 1993), sus promotores afirman que se trata de un perfeccionamiento de la democracia en el que se dará entrada a las minorías en el Senado (donde en la actualidad sólo cuentan con tres senadores, siendo el resto —más de sesenta— del Partido Revolucionario Institucional [PRI]), y permitirá un afianzamiento de los partidos y de la vida parlamentaria. Parte de la oposición, sin embargo, ha manifestado sus críticas en los debates parlamentarios alegando que el nuevo COFIPE (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) trata de "fabricar" un sistema bipartidista artificial en perjuicio del resto de las fuerzas políticas.

casillas electorales mientras que el siguiente partido, el PRD, no alcanza, al parecer, más allá del 30%. Es, probablemente, la continuidad del mismo partido en el gobierno la que propicia los numerosos cambios electorales, ya que su empleo como herramienta de "ingeniería política" se hace a un coste menor (no ha existido, hasta el momento, riesgo real de perder el gobierno a consecuencia de los resultados de las elecciones) que en sistemas en los que un movimiento equivocado en esta materia puede conllevar al cambio de partido gobernante.

#### IV. LA PLURALIDAD DE CONTENIDOS

Un dato más que se debe tener en consideración para comprender la aguda problemática en la construcción jurídica del derecho electoral lo constituye su extrema pluralidad de contenidos.

El derecho electoral, como rama que disciplina jurídicamente las elecciones se ocupa simultáneamente de las más diversas facetas de la vida social con normas pertenecientes a los ámbitos más diversos. Entre ellos podemos destacar los siguientes:<sup>215</sup>

##### 1. *Las normas de conducta: ejercicio de derechos y obligaciones y sus sanciones*

Entre las normas electorales encontramos un abundante número de normas de conducta. Normas que establecen los comportamientos prohibidos, permitidos y obligatorios.

<sup>215</sup> Ribeiro, F., *op. cit.*, nota 8, pp. 20 y 21, señala los siguientes: normas de derecho constitucional, normas de derecho administrativo, de derecho financiero, de derecho penal, de derecho civil, de derecho mercantil, etcétera, para concluir "Em todas as direções, nos quadros jurídicos, multiplicam-se as relações com o Direito Eleitoral, em decorrência da sua importância cada vez maior na sociedade contemporânea".

Son las normas que especifican los comportamientos a los que se tiene derecho antes, durante y tras la elección. Singularmente, derecho a inscribirse como candidato, a inscribirse en el censo electoral, a conseguir las oportunas rectificaciones del mismo, a realizar campaña electoral en favor de alguno de los candidatos, a participar en la elección y a asistir al escrutinio. Obligaciones como la de facilitar la inscripción en el censo, la de participar en la formación de las mesas electorales, la de permitir la asistencia de los trabajadores a la elección. Prohibiciones como la de realizar campaña más allá de los límites que marca la ley, la de realizar determinadas actividades en las fechas de votación, la de votar dos veces o impedir el ejercicio del voto, etcétera.

Normas todas ellas que suelen ir acompañadas de las oportunas sanciones que imponen los tribunales u órganos especiales competentes para entender de delitos y faltas electorales.

## *2. Las normas de organización: la administración electoral*

Se trata de las normas que crean y organizan la maquinaria humana y técnica para la organización de las elecciones. Son las normas de la administración electoral. En ellas se incluyen la creación de determinados órganos encargados de la misma, el establecimiento de su régimen de funcionamiento, la atribución de fondos para la realización de las elecciones, la contratación de los servicios de quienes facilitan urnas y cabinas, de quienes realizan e imprimen la campaña institucional en favor del voto, de quienes imprimen las papeletas de los distintos partidos, etcétera. Igualmente, son las normas que establecen las competencias de cada uno de los órganos implicados en los procesos electorales, así como su dotación humana y técnica, su adscripción orgánica a ministerios u organismos constitucionales, etcétera.

### *3. Normas de procedimiento: las campañas y los medios de comunicación*

Son las normas que fijan el regular desenvolvimiento de todo el proceso electoral. Desde las fechas y plazos de presentación de candidaturas, los recursos contra la inadmisión, la forma de acceder a la campaña institucional, la participación de los distintos medios de comunicación en la campaña y su acceso a los lugares de escrutinio y de información sobre resultados provisionales y definitivos. Los plazos de campaña electoral, los plazos y formas de impugnación de las actas y de los resultados provisionales o definitivos, etcétera.

### *4. Normas financieras: la financiación de los partidos y de las campañas*

Son las que establecen el monto máximo de inversión por campaña, la distribución de la financiación estatal, las contribuciones privadas a las campañas, la financiación propia de los partidos en relación con las campañas electorales, los fondos destinados a las campañas institucionales junto con las normas de fiscalización de todos estos gastos y los órganos que de ello se encargan.

El hecho de que cada uno de estos tipos de normas exija un tratamiento especial al hacer referencia a distintas ramas del derecho es un elemento más que contribuye a hacer difícil la construcción de una dogmática jurídica propia. Y, por ello mismo, atendiendo a que se ponga el énfasis en uno u otro tipo de normas se considera al derecho electoral no como una verdadera rama del derecho, sino como un derecho tributario o dependiente de otras especialidades jurídicas.

En esencia puede decirse, siguiendo a A. y F. Demichel,<sup>216</sup> que el derecho electoral es, cuando menos (pues como se ha visto no se agotan aquí las implicaciones del mismo), tributario del derecho constitucional en el sentido de que depende

<sup>216</sup> *Op. cit.*, nota 147, pp. 8-11.

directamente de los principios de democracia política establecidos en las Constituciones e incluso más allá de ellas en el consenso político y democrático en que se asiente la convivencia pacífica y en el de que la misión principal del juez electoral es hacer cumplir el orden constitucional sancionando las posibles alteraciones a la sinceridad del escrutinio. Que el derecho electoral es igualmente tributario del derecho administrativo en el sentido de que todos los procedimientos de los procesos electorales provienen de la jurisdicción administrativa (naturalmente, sólo para los sistemas continentales) y en el de que las técnicas de que se vale el derecho electoral provienen en su mayor parte del derecho administrativo. Por último, el derecho electoral también depende del derecho civil puesto que algunos de sus conceptos más importantes como son el de ciudadanía, el de domicilio o residencia provienen del derecho privado, por lo que las ciertas cuestiones electorales se plantean con cuestiones prejudiciales civiles: determinación de Estado, capacidad, etcétera.<sup>217</sup>

## V. LA REDUCIDA CAPACIDAD SANCIONADORA

La pretensión de juridicidad del proceso político a través del derecho electoral quedaría grandemente menoscabada si las normas que prevén estos comportamientos no fueran acompañadas de la oportuna coacción. Sin embargo, es un hecho cierto que, en comparación con otras ramas del derecho, estas normas cuentan con una capacidad coactiva muy atenuada. Y ello en relación con tres tipos de consideraciones.

### 1. Los casos de conflicto normativo o de conflicto de derechos

Sucede que durante el proceso electoral se manifiestan con especial intensidad comportamientos que también se producen en periodo no electoral y que ya cuentan con una de-

<sup>217</sup> Sobre su posible autonomía como rama del derecho, *vid. nota 230.*

terminada regulación. La libertad de expresión, por ejemplo, como derecho político básico de la democracia se manifiesta en la vida política cotidiana. Pero al llegar las campañas electorales, se produce un intento, en atención a consideraciones de igualdad de oportunidades y de limpieza en la campaña, de someter a una regulación especialmente cuidadosa el ejercicio de tal derecho. Y, sin embargo, es también en estos momentos cuando resulta fundamental que la libertad de expresión sea máxima.

Se produce un conflicto entre la norma general más amplia y la conveniencia democrática de una libertad máxima de expresión y la norma específica para la campaña que, con base en las consideraciones citadas, trata de someterlo a una regulación más rigurosa. Así, por ejemplo, la prohibición de publicar sondeos electorales en las fechas anteriores a los comicios que supone una restricción a la habitual libertad de información. La razón de tal prohibición

...parece responder al temor de que los sondeos previos a unas elecciones orienten las intenciones de voto con arreglo a los resultados que predicen. Una posibilidad que infunde temor a los líderes menos favorecidos por los sondeos y a la clase política en general; ese temor a las predicciones es la causa de que su publicación quede prohibida días antes de la celebración de unas elecciones, tanto en España como en otros países. Dicha prohibición pone de manifiesto la eficacia del teorema de Thomas (“Si los individuos definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias”).<sup>218</sup>

Muy frecuentemente, la vis expansiva de las declaraciones constitucionales de derechos termina imponiéndose sobre los intentos reguladores de las legislaciones electorales, por lo

<sup>218</sup> Laraña Rodríguez-Cabello, E., “Interpretación de los resultados electorales y predicciones políticas”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 50, marzo-abril de 1986, p. 298. Sobre lo acertado o no de esta justificación, *vid.* la sección “Predicción política y encuestas electorales” del citado artículo, donde se analiza un caso en concreto (el referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN).

que, generalmente, resulta extremadamente difícil obtener una sentencia de un juez ordenando restringir el uso de la libertad de expresión o información. En este sentido cabe recordar, a modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 1976, en el caso *Buckley vs. Valeo*, en la que se declaraba que buena parte de los límites impuestos por la ley de 1974 sobre reducción de gastos electorales "independientes" en campaña, atentaban contra la libertad de expresión.<sup>219</sup>

## 2. *Las normas de imposible cumplimiento total*

La naturaleza misma del proceso electoral como proceso de masas que se desarrolla en un plazo de tiempo relativamente breve hace que casi todas las normas tengan un carácter más tendencial que absoluto; es decir, las disposiciones de organización electoral suelen mirar más a un cumplimiento generalizado en el que las excepciones se neutralicen unas a otras que a un cumplimiento riguroso.

Dentro de este tipo de normas se encuentran las relativas a la formación del censo que dadas las características de movilidad de la población y al gran número de habitantes de muchas de las circunscripciones hacen que resulte virtualmente imposible contar con un censo perfecto. Lo mismo cabe decir sobre la hora de apertura y cierre de los colegios o la formación de las mesas electorales. La pretensión de que un incumplimiento mínimo de alguna de estas formalidades conlleva el falseamiento de los resultados puede actuar como un elemento deslegitimador del sistema desde instancias intere-

<sup>219</sup> Cotarelo, R., "Partidos políticos y democracia", *Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 30, nota 21. Sobre la financiación de las campañas en los Estados Unidos, *vid. Herbert, A., "El financiamiento de las campañas presidenciales en Estados Unidos, en perspectiva comparada"*, y Wilcox, C., "La experiencia de los Estados Unidos en la regulación financiera de las campañas políticas", ambos en *Aspectos jurídicos...*, cit. en esta misma nota, pp. 105-116 y 117-127, respectivamente.

sadas en desestimar la democracia. Por ello mismo, como se verá, no se admiten en contencioso electoral todo tipo de reclamaciones (como sería, en principio, lo lógico, ya que la ley es para cumplirla en su integridad y cualquier infracción debe ser justiciable), sino sólo las que alteren el resultado.

### *3. La desproporción entre las sanciones y las conductas sancionadas: las multas, el gasto en la campaña y la financiación*

Hay que tener en cuenta, por último, que la naturaleza de las sanciones que se imponen a los agentes implicados en el proceso electoral es a menudo distinta de la de las sanciones habituales.

Las sanciones, en primer lugar, no suelen actuar como elemento disuasor para comportamientos futuros. Y ello, porque la propia naturaleza intermitente del proceso electoral hace que la influencia de las sanciones impuestas en un determinado proceso electoral, muy difícilmente cuenten con consecuencias de ninguna clase en ulteriores procesos en los que puede que, incluso, sean totalmente distintos los agentes participantes.

Pero no sólo no actúan como elementos disuasorios una vez aplicadas, sino que tampoco *ex ante* suponen una amenaza real para los agentes implicados. La enorme desproporción entre las ventajas que puede otorgar el incumplimiento de la normativa electoral, por ejemplo en materia de propaganda,<sup>220</sup> y el riesgo de verse obligado a satisfacer una pe-

<sup>220</sup> En España, por ejemplo, según el artículo 144 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/85, de 19 de junio de 1985: "Serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30,000 a 300,000 pesetas quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes: a) realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral; b) infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados de los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral."

queña sanción pecuniaria, hace que las propias sanciones se consideren casi como un gasto más de la campaña.

Esta situación se presenta con especial agudeza en el caso de la financiación de las campañas electorales. Entre otras cosas porque el hecho mismo de haber superado el máximo autorizado de gasto en la campaña es algo que, en rigor, sólo puede apreciarse una vez concluida, lo que supone que los efectos ventajosos de tal comportamiento no tienen por qué verse afectados por una ulterior condena o sanción por tal motivo. Por otra parte, existe una absoluta desproporción entre las cifras que se manejan para la financiación de una campaña y las multas que sólo significan una pequeña cantidad que las tesorerías de los partidos están dispuestas a aceptar gustosamente. Y es que

Lo esencial para que funcione [la legislación sobre campañas] es que, para empezar, debe haber una ética democrática en la ciudadanía, porque si no existe, si no hay esa preocupación por las reglas del Estado de derecho y de las instituciones, es muy difícil que funcione una legislación que reglamente lo relativo al financiamiento.<sup>221</sup>

Incluso para los casos de fraude más claro, la doctrina se muestra sumamente escéptica respecto a la capacidad sancionadora. En este sentido, Demichel llega a decir:

*Le cumul de l'application, par le juge administratif, d'une méthode inspirée de la théorie des formalités substantielles, et de l'impuissance du juge pénal à mettre en oeuvre une répression efficace, aboutit à rendre la fraude toujours payante, et rarement dangereuse. On peut dire à la limite qu'il existe une véritable provocation légale à la fraude, dans la mesure où les mécanismes juridictionnels mettent le fraudeur en situation objective de retirer, en toute hypothèse, un bénéfice de la fraude.*<sup>222</sup>

221 Bayley, J., "Perspectivas comparadas del financiamiento de las campañas y democratización", *Aspectos jurídicos...*, cit., nota 218, p. 16.

222 *Op. cit.*, nota 147, p. 369. Una opinión algo más moderada en Masclet, Jean-Claude, *op. cit.*, nota 3, pp. 399 al final.

No cabe duda, por tanto, de que el sentido de estas sanciones es distinto del de las sanciones administrativas o penales habituales cuya función es hacer tan gravoso en sus consecuencias el acto que se pretende evitar que se logre su no realización. De nuevo se manifiesta aquí la estrecha vinculación de todo el derecho electoral con la política. El sentido de las sanciones electorales es, fundamentalmente, político. La influencia que la reprobación de un determinado comportamiento por parte del derecho tenga sobre el desarrollo y resultado mismo de las elecciones, dependerá fundamentalmente de la conciencia política que se haya desarrollado en una determinada sociedad sobre la necesidad de respetar las normas del juego electoral. En este sentido, el hecho de que la realidad política sea a menudo una realidad particularmente cambiante, lo que exige una reinterpretación de buena parte de los preceptos electorales (y en particular, los relativos a las limitaciones en los medios de comunicación<sup>223</sup>), no debe llevar a pensar que el derecho electoral carece lisa y llanamente de toda capacidad coactiva por ser escasamente sancionador. Parece evidente, muy al contrario, que en los países democráticos no se puede hacer "cualquier cosa" en la campaña y que, en términos generales, los preceptos electorales son la guía que dirige el desarrollo de la misma. Un incumplimiento flagrante y sistemático, más allá del consenso entre los partidos en torno al significado y alcance de una determinada limitación legal, llevaría acarreado, con toda probabilidad, una sanción política por parte del electorado en forma de no sufragio.

223 Con todo, la legislación suele quedar rezagada, lo cual crea no pocos problemas. Véase el caso de "L'affichage illégal", en Masclet, Jean-Claude, *op. cit.*, nota 3, pp. 408-411.

## VI. LA CONFLUENCIA DE LOS FACTORES POLÍTICOS Y JURÍDICOS EN EL DERECHO ELECTORAL

El conjunto de características apuntadas anteriormente nos lleva necesariamente a una última constatación: que el derecho electoral es un derecho fundamentalmente político, es decir, que es un derecho que se aplica en un muy específico contexto político que mediatiza de forma importante su propia existencia como disciplina jurídica.

Si hemos visto que el derecho electoral suele formarse como resultado de un conjunto de coyunturas históricas que determinan buena parte de sus preceptos (tamaño de las circunscripciones y límites, número de representantes por circunscripción, etcétera) más allá de toda consideración científica, que además la extensión misma de la materia electoral es el resultado de una evolución política en la que diferentes mecanismos y comportamientos han venido a sumarse al proceso electoral (utilización de los medios de comunicación, financiación de los partidos políticos, campañas institucionales, etcétera) y que, por último, la coactividad misma de este derecho presenta caracteres especiales, no resulta extraño que se haya considerado al derecho electoral como un falso derecho y más bien como un conjunto de declaraciones y prácticas políticas. La cuestión, sin embargo, estriba en que las fundamentales funciones que cumple el derecho electoral dentro de la organización global del Estado no pueden dejarse de lado amparándose en las dificultades que entraña su estudio y comprensión. Es un imperativo ineludible para el derecho público el estudio de las cuestiones electorales con un adecuado criterio jurídico y constitucional, pues su mera constatación como elemento de la realidad (su contemplación sociológica), en absoluto agota el campo de reflexión sobre la problemática electoral.

Y es que, el derecho electoral, como expresión de los valores de la democracia, que no es sino un delicado sistema de equilibrios, se basa en dos premisas implícitas y, en cierto modo, anteriores a todo derecho electoral:

- a) La presunción de moralización máxima de los comportamientos, y
- b) El compromiso de todos los agentes implicados con las propias normas.

### *1. La presunción de moralización máxima de los comportamientos: la responsabilidad política*

Ya Montesquieu había puesto de manifiesto cómo la condición principal en una democracia es la “virtud”. Ello, porque la democracia tal como ha quedado configurada por el esquema liberal representativo es, ante todo, un sistema autolimitativo del poder estatal.<sup>224</sup> Un sistema diseñado para que el Estado desempeñe unas determinadas funciones que los ciudadanos “no pueden o no quieren”<sup>225</sup> realizar, pero no para ir más allá dentro de lo que se considera la verdadera libertad de los mismos. Sucede, sin embargo, que es fundamentalmente el propio Estado a través de la fuerza vinculante que otorga a las Constituciones y declaraciones de derechos, a través de las leyes limitativas de su propio poder y a través de la actuación de sus tribunales el que determina de manera efectiva esta autolimitación. En otras palabras, la voluntad que limita y la limitada son, cuando menos formalmente, la misma.

Esta situación se muestra con singular evidencia en relación con el derecho electoral, ya que se trata de la puerta por la que, en las democracias, se accede al aparato estatal de poder. Y sucede que toda elección y, por tanto, toda oportunidad de aplicar el derecho electoral parte siempre de una situación

<sup>224</sup> “Son obstáculos jurídicos que el propio Estado se impone”, Andrea Sánchez, Francisco José de, “La reforma político-electoral de 1989: análisis de propuestas a la luz del principio de la división de poderes”, *Bicentenario de la Revolución francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 13.

<sup>225</sup> Constant, véase nota 115.

previa en que un determinado partido o coalición dispone de manera más o menos amplia del aparato estatal.

Al margen de cuantos sistemas de fiscalización y control se arbitren (los cuales no son sólo imprescindibles, sino, como se verá, la condición necesaria para la existencia de un verdadero "derecho" electoral) es evidente que se parte de la presunción de que el partido gobernante no se servirá de la maquinaria estatal para hacer imposibles las elecciones o el triunfo de algún otro partido (manipulando los medios de comunicación, no imprimiendo papeletas, no distribuyéndolas, impidiendo la formación de mesas mediante la no comunicación a sus miembros, falseando los procedimientos informáticos, bloqueando las comunicaciones telefónicas, etcétera), sino que mantendrá al propio Estado como institución permanente al margen de la disputa política. Igualmente, se da por hecho que los partidos darán por buenos los resultados una vez que se haya realizado el oportuno escrutinio y proclamación del mismo, ocupando las reclamaciones un papel marginal y, en la práctica totalidad de los casos, referidas a resultados parciales y no al sentido general de la elección.

## *2. El compromiso de todos los agentes implicados con las propias normas*

No sólo se parte de la presunción de que existe una voluntad decidida de respetar las normas, sino que la peculiar posición del derecho electoral como derecho que da acceso a la propia creación del derecho, implica además una decidida voluntad de participar activamente en el cumplimiento de todo lo dispuesto en él.

Este compromiso con el recto funcionamiento de las elecciones tiene el más amplio carácter. Abarca, en primer lugar, al conjunto del electorado del que se espera que participe activamente en la confección del censo mediante el oportuno registro o empadronamiento en las diferentes oficinas habili-

tadas al efecto.<sup>226</sup> Abarca, en segundo lugar, de nuevo al propio electorado (en los países que así se configura: España, Italia, Francia, etcétera) en la formación de las propias mesas electorales y en la vigilancia del desarrollo de la jornada electoral que, en primer lugar, se les encomienda a los presidentes de las mesas ("El presidente de la mesa tiene dentro del local electoral autoridad exclusiva para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la ley"<sup>227</sup>). De nuevo al electorado, del que se espera que hará ejercicio del voto, legitimando al sistema. A los partidos políticos, que deben presentar las listas en las que, necesariamente en la mayor parte de los casos, deben incluirse los candidatos, que participan, igualmente, en la organización general de las elecciones y que están presentes por medio de interventores en el acto de la elección y en el escrutinio.

Los partidos políticos (cuando menos los principales) deben necesariamente haber asumido el sistema que delinea el derecho electoral para la elección de los representantes, pues en caso contrario, las elecciones quedarían rápidamente desprestigiadas e incluso paralizadas; es decir, sólo puede haber verdaderas elecciones cuando los agentes políticos las desean. El cumplimiento de las normas electorales supone un compromiso efectivo con el propio sistema. No hay que olvidar que son los mismos que están obligados por las normas, los llamados a hacerlas efectivas. Son los partidos que tienen la obligación de crear un ambiente electoral transparente antes y durante las elecciones, los llamados a la vigilancia de este ambiente mediante sus interventores y agentes. Son los ciu-

226 Situación que se vive con plena vigencia actualmente en México a través de la campaña "Tómate la foto". En pocos meses se han distribuido más de treinta millones de credenciales por todo el país, lo que supone, evidentemente, una voluntad de colaboración de los ciudadanos, toda vez que el sistema (al margen de los incentivos y la campaña que en favor de la misma realiza el Instituto Federal Electoral) consiste básicamente en una decisión voluntaria del elector de acercarse a la oficina a satisfacer los requisitos necesarios para obtenerla.

227 L. O. de 19 de junio 1985, núm 5/85, artículo 91.1.

dadanos que vienen obligados a respetar las condiciones del voto igual, libre, secreto, etcétera, los que al formar las mesas electorales garantizan (y obligan a) su cumplimiento.

En síntesis, podría decirse que sólo es posible aplicar el derecho electoral en aquellas sociedades que creen en las elecciones. Si no existe tal confianza, las elecciones se convierten por lo general en actividades más o menos rituales cuya función principal no es, precisamente, la de seleccionar a los dirigentes. Esta profunda implicación entre derecho electoral y convicciones democráticas se muestran con toda claridad en los intentos de trasladar los sistemas electorales occidentales a democracias poco consolidadas o a países subdesarrollados o en vías de desarrollo. La democratización que se presenta como un requisito para el progreso (y sobre todo para la aceptación por parte de la comunidad internacional) se traduce en la adopción de uno u otro sistema electoral acompañado de su correspondiente legislación electoral. Sin embargo, estos procesos (aunque puedan contar con determinadas virtualidades de creación de conciencia cívica o de aproximación a la democracia) no llegan a desempeñar las funciones que sí tienen en los países desarrollados.

Esta íntima relación entre los aspectos políticos o ideológicos y los puramente jurídicos del derecho electoral se manifiesta, igualmente, en dos procesos contradictorios pero que, a menudo, acaparan el protagonismo en los procesos electorales. La judicialización de la política y la politización de la justicia electoral.

Cuando por cualquier circunstancia comienza a romperse el consenso (o desde determinados sectores se trata de romper el mismo) en torno a los procesos políticos de la elección (ya sea globalmente, ya sobre un tema concreto: distribución de tiempos en los medios de comunicación, por ejemplo) se acude con frecuencia a los tribunales para que den solución al conflicto. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo político en un tema que de por sí es complicado, se solicita de los tribunales una solución. Se trata de judicializar la política. No es ya sólo que los procesos políticos estén sometidos al

derecho, sino que se pretende que la propia decisión política la tomen los jueces. Es sintomático el hecho de que conforme se van desprestigiando las instituciones políticas se vaya ampliando, casi indefinidamente, el campo de actuación de los jueces en busca de restaurar la legitimidad perdida (fenómeno que se está viviendo hasta extremos insospechados actualmente en Italia).

Asimismo, la enorme trascendencia que los órganos jurisdiccionales (trátase de tribunales o de organismos cuasijurisdiccionales) encargados de controlar la campaña y de entender de los litigios electorales tienen en el desarrollo de las elecciones, hace que los partidos traten de colocar en ellos a sus propios miembros y es que, en todo caso, resulta prácticamente imposible encontrar jueces neutrales en el sentido de jueces no interesados en el fondo del pleito, toda vez que la actividad política se extiende a todas las capas de la población y que, necesariamente, el juez habrá de tener un determinado interés en una determinada resolución del pleito.

Estamos, pues, ante una nueva peculiaridad del derecho electoral que dificulta igualmente un adecuado tratamiento desde la dogmática jurídica del mismo.

Si consideramos todos estos hechos, no resulta particularmente extraño que el derecho electoral no haya recibido una atención preferente por parte de la doctrina<sup>228</sup> y que, a menudo, se haya llegado a afirmar que nos encontramos ante un derecho *capitidisminuido*, un derecho secundario o un derecho menor,<sup>229</sup> y que, paralelamente, los estudios en materia electoral hayan quedado, fundamentalmente, reducidos al campo de la sociología o de la ciencia política.<sup>230</sup>

228 Todavía en 1989, Masclet apenas si podía citar manual de derecho electoral alguno en país de tan vieja tradición electoral y tan desarrollada dogmática jurídica como es Francia. *Cfr. op. cit.*, nota 3, p. 33, nota 14.

229 Tossi.

230 Hay doctrina reciente, sin embargo, que haciendo eco de que el derecho electoral ha sido “con reiterada e injustificada frecuencia no tomado en consideración por los juristas”, trata de sacar el derecho electoral del derecho administrativo o, incluso, del constitucional para constituirlo en rama autónoma del derecho público. Ello, atendiendo a los siguientes

Esta situación, sin embargo, no resulta particularmente prometedora, atendiendo a las siguientes razones. Si efectivamente el derecho electoral trata en última instancia de expresar y organizar los valores de la democracia,<sup>231</sup> si a su vez el derecho y la legalidad constituyen como hemos visto<sup>232</sup> requisito indispensable para la verdadera legitimidad democrática, estudiar los fenómenos electorales como meros datos de la realidad y pretender que cualquier pretensión de juridicidad carece de sentido, supone, en última instancia, renunciar al papel transformador y garantista del derecho, y al propio contenido utópico de la idea democrática. Por todo ello, parece particularmente urgente rescatar al derecho electoral del estatus de apéndice en que respecto del derecho administrativo, constitucional y hasta civil, se le ha querido colocar, y situarlo en el primer plano de la discusión jurídico-pública. Todo ello no obsta para que sea imprescindible reconocer la peculiar situación del derecho electoral (que en las páginas anteriores se ha tratado de delinear), así como su particular imbricación con la realidad política, lo que hará que cualquier análisis que por pretendida pureza científica prescinda del conocimiento de la realidad sobre la que el derecho electoral se aplica (la realidad política de las elecciones) no pueda dar los frutos esperados.

criterios: 1) criterio legislativo, ya que existe legislación especializada; 2) criterio jurisdiccional, por la presencia de tribunales electorales especializados, y 3) criterio científico, porque, aunque escasa, existe literatura jurídica científica especializada en la materia, además de impartirse cursos y seminarios en materia electoral [recientemente (agosto de 1993), se ha celebrado en México un Diplomado de Derecho Electoral, así como un Congreso Internacional de Derecho Electoral]. Como criterio complementario se alega la existencia de un vocabulario científico especializado cuya interpretación sólo puede realizarse desde dentro del propio derecho electoral. *Cfr.* Galván Rivera, F., *op. cit.*, nota 195, pp. 678 y 679.

<sup>231</sup> *Vid. supra*, nota 3.

<sup>232</sup> "El desarrollo del Estado de derecho es también correlativo al avance de la democracia como sistema político de participación ampliada." Kaplan, Marcos, "Estado, sociedad y derecho", ponencia presentada el 4 de octubre en la Procuraduría General de la República, publicada en *La Jornada*, México, 7 de octubre de 1993, pp. 1 y 12.

En razón de todo lo cual, se tratará a continuación de analizar las funciones que cumple el derecho electoral en el seno de las democracias con el fin de tener un marco referencial desde el cual evaluar los distintos derechos electorales observando desde una perspectiva global las distintas ventajas o inconvenientes de cada uno y, lo que es fundamental, obteniendo una imagen que sólo será verdadera si es de conjunto, ya que todas las funciones que a continuación se analizan están íntimamente relacionadas, pues, como ya se ha dicho, pueden resumirse en una: organizar la democracia representativa expresando sus valores.