

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO

Los delitos electorales

María José Cruz Blanca

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén

CRUZ BLANCA, María José. La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-13, p. 13:1-13:27. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-13.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-13 (2013), 24 dic]

RESUMEN: En un sistema democrático, la Soberanía popular reside en el Pueblo siendo los ciudadanos quienes ordenan y organizan la convivencia social a través de sus legítimos representantes proclamados tras la celebración de elecciones periódicas, libres, pacíficas, abiertas y competitivas. El derecho de sufragio es entonces un instrumento fundamental que debe ejercerse conforme a unas reglas procedimentales que tiendan a asegurar el orden, la regularidad y la transparencia de las operaciones conexas a las consultas electorales, y que permita a los ciudadanos -organizados en el cuerpo electoral- elegir libremente a sus representantes y participar, de este modo, en la dirección política de la sociedad sin ningún tipo de injerencia

ilegítima -coacciones, amenazas, sobornos, etc.; en caso contrario, los ciudadanos electos no serían los legítimos representantes del pueblo ejerciendo un mandato ilegítimo otorgado mediante el concurso de conductas que injustamente han falseado y/o violentado la voluntad del cuerpo electoral. El carácter esencial que el libre ejercicio del derecho de sufragio tiene para el sustento de los valores propios de una sistema democrático, justifica la intervención del Derecho penal para incriminar aquellos comportamientos idóneos para lesionar o poner en peligro aquello que el propio proceso electoral pretende garantizar, esto es, la libertad para elegir a los representantes públicos, la igualdad de éstos para el acceso a los puestos de representación y la veracidad de los resultados electorales.

PALABRAS CLAVE: Derecho de sufragio. Delitos electorales. Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Ley penal especial.

Fecha de publicación: 24 diciembre 2013

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El recurso al Derecho penal para la protección del derecho de sufragio. 3. La Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General como Ley penal especial. 4. Los delitos electorales previstos en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Clasificación 5. Cuestiones generales en torno a los delitos electorales. 5.1. El bien jurídico protegido: el derecho de sufragio. 5.2. Disposiciones

generales aplicables a todos los delitos electorales. 5.2.1. Concepto de funcionario público a efectos penales-electorales. 5.2.2. Concepto de documento oficial a efectos penales-electorales. 5.2.3. El concurso aparente de normas penales entre el Código penal y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. 5.2.4. La pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. 5.2.5. La aplicación subsidiaria del Código penal a los delitos electorales. 6. Conclusiones. Bibliografía.

“Il predominio delittuoso di una minoranza soverchiatrice è la piu pericolosa delle tirannidi, perchè la sua forma collettiva conferisce a coloro che la compongono il duplice vantaggio della irresponsabilità è della impunità” -Ignazio Tambaro¹.

1. Introducción

La Democracia constituye un sistema de gobierno que se vertebra sobre el derecho de los ciudadanos a participar en los distintos procesos de toma de decisiones que ordenan y organizan la convivencia social de un Estado. En un sistema democrático es el *Pueblo* el legítimo titular del Poder Soberano como así dispone el art. 1.2 de la Constitución española (CE) que, al consagrar que “*La soberanía nacional reside en el pueblo español*”, asegura a los ciudadanos la participación en el ejercicio de las funciones públicas. En un sistema parlamentario, como lo es el español, el órgano constitucional del Estado, integrado por los representantes elegidos por el Pueblo, es el Parlamento cuya misión principal es expresar la voluntad de Aquél, elaborando y aprobando normas jurídicas de carácter general, e interviniendo en la integración y funcionamiento de otras instituciones del Estado. La participación del ciudadano en la vida política mediante la elección de sus representantes se concibe pues como un principio básico en la organización de un Estado Democrático y de Derecho.²

El art. 23 de la CE, ubicado en la Sección primera, Capítulo II del Título Primero³, proclama como elemento indispensable del Estado Democrático la participación popular en la formación y composición de los órganos del Estado elevando a la categoría de derecho fundamental el derecho de sufragio, en su vertiente activa -art. 23.1 CE- y pasiva -art. 23.2 CE-. Ambos aspectos del derecho de sufragio constituyen, como ha destacado el Tribunal Constitucional español, “*aspectos indisolubles de una misma*

¹TAMBARO, I., “I reati elettorali”, en E. Pessina, *Enciclopedia del Diritto penale Italiano. Raccolta di monografie*, Milano, 1908, p. 1004. El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación titulado “*Los delitos electorales*” financiado por el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011 del Ministerio de Educación, incluido el Programa “*Salvador de Madariaga*” (PR 2010-0451), habiendo realizado su autora una estancia de investigación en el Dipartimento di Diritto Comparato e Penale de la Università degli Studi di Firenze -Italia- durante los meses de febrero a mayo de 2011.

² Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional cuando advierte que el derecho a participar en los asuntos públicos como elector y elegible aparece en virtud “*del carácter democrático del Estado, como elemento básico de todo sistema constitucional*” -STC de 19 de febrero de 1990- (RTC1990/26), esto es “*como piedra angular del sistema democrático*” -STC de 22 de febrero de 1990- (RTC 1990/ 27).

³ El art. 23 del Texto constitucional dispone que: “*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*”.

*institución, nervio y sustento de la Democracia*⁴, encarnando “*el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el art. 1 de la CE y son la forma esencial del ejercicio de la Soberanía por el conjunto de los ciudadanos*”⁵.

El principio de Soberanía Popular, y el derecho de sufragio como pieza fundamental para su adecuada proyección, sólo puede hacerse efectivo, es decir, ejercerse, en el marco de un proceso electoral que posibilite el juego político de la representación, que asegure el orden, la regularidad y la transparencia de las operaciones conexas a las consultas electorales, y que permita a los ciudadanos -organizados en el cuerpo electoral- elegir libremente a sus representantes y participar, de este modo, en la dirección política de la sociedad. El procedimiento electoral, entonces, es un instrumento indispensable para lograr que la representación política resultante de las elecciones se encuentre en armonía con la voluntad del cuerpo electoral; sólo así todos los programas, tendencias e ideologías mayoritariamente elegidas a través de los representantes de la Nación podrán encontrar fiel reflejo en el resultado electoral final.

El proceso electoral, por tanto, debe tender a ordenar y tutelar al máximo el libre ejercicio del derecho de sufragio permitiendo a los ciudadanos elegir y ser elegidos sin ningún tipo de injerencia ilegítima -coacciones, amenazas, sobornos, etc.-, y asegurando la regularidad de todas las operaciones conexas a las consultas electorales para lograr, como se ha señalado, que la representación política se encuentre en correspondencia, tan próxima como sea posible, a la voluntad del cuerpo electoral; en caso contrario, los ciudadanos electos no serían los legítimos representantes del pueblo ejerciendo, por el contrario, un mandato esencialmente ilegítimo al haber sido otorgado mediante el concurso de conductas que injustamente han falseado y/o violentado la voluntad del cuerpo electoral⁶. En consecuencia, el ejercicio del sufragio como forma de participación de los ciudadanos en el gobierno de una sociedad, ha de ser protegido frente a aquellas injerencias aptas para lesionar o poner en peligro la eficacia de aquel derecho fundamental que puedan provenir tanto de los poderes públicos, como de los particulares.

La protección jurídica del derecho de participación se lleva a cabo por las leyes electorales que, estableciendo las normas que regulan el ejercicio del derecho de sufragio, tratan de impedir que éste pueda verse de algún modo lesionado o puesto en peligro. Una buena ley electoral, para cumplir efectivamente sus fines, deberá prever y prevenir todas las irregularidades que puedan cometerse en los distintos momentos que abarca el ejercicio del derecho de sufragio, esto es, desde la formación del censo electoral en tanto instrumento que reconoce la capacidad electoral de los ciudadanos, hasta las últimas operaciones que tengan por finalidad asegurar la legalidad de todo el procedimiento y los resultados del escrutinio.

⁴ Vid. STC (pleno) de 15 de febrero de 1990 (RTC 1990/24).

⁵ Vid. STC de 17 de julio de 1995 (RTC 1995/119).

⁶ En este sentido ya se pronunciaba a principios del siglo XX Ignazio TAMBARO en “I reati elettorali”, ob. cit., p. 1003.

En nuestro país, el sistema de garantías protector del derecho de participación política se desarrolla mediante Ley Orgánica gozando de este modo el derecho de sufragio del mayor grado de protección legal que otorga nuestro ordenamiento jurídico⁷. Se trata de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General*⁸ que, al desarrollar el ejercicio del derecho de sufragio, posibilita su eficacia dado que de otra forma, al tratarse de un derecho de configuración legal⁹, no podría ejercerse.

La Ley Orgánica de Régimen General Electoral (LOREG), como establece en su Exposición de motivos, desarrolla “*una de las normas fundamentales de un Estado democrático, en tanto que sólo nos podemos afirmar en Democracia cuando el*

⁷ En general, la inclusión de un derecho entre el elenco de derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección primera, del Capítulo II, del Título I de la CE obliga al legislador a establecer respecto de aquél un amplio sistema de garantías: el amparo judicial ordinario y también el amparo ante el Tribunal Constitucional –art. 53.2 CE-, el desarrollo a través de Ley orgánica –art. 81 CE- y una especial rigidez para su reforma constitucional –art. 168 CE-; sobre todas estas garantías vid. ampliamente PRESNO LINERA, M.A., “Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo”, en *Revista de Derecho político*, núm. 52, 2001, p. 144.

⁸ Esta Ley Orgánica vino a sustituir al Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales que, fruto de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, tenía por finalidad preparar las primeras elecciones generales en España tras 40 años de dictadura. Como puede observarse, el citado texto normativo no sería aprobado por Ley Orgánica lo que respondía, según Muñoz Conde, a las dificultades que en aquellos momentos había para lograr la mayoría cualificada que requeriría la aprobación de una Ley orgánica así como por la trascendencia que tenía la materia electoral ante la inminencia de unas nuevas elecciones generales. Vid. MUÑOZ CONDE, F., “Delitos electorales”, en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigidos por M. Cobo del Rosal y M. Bajo, Tomo II, Madrid, 1983, pp. 459-460. Un pormenorizado análisis del RDL de 1977 lo hace MORILLAS CUEVA, L., en *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Granada, 1977; vid también ORTS BERENGUER, E., en “Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 3, 1977, pp. 271-287. En el Estado español, el desarrollo legislativo del derecho de participación política se ha llevado a cabo por distintas leyes: la intervención de plebiscitos y referendos en la *LO 2/1980, de 18 de enero Reguladora de las distintas modalidades de Referéndum*; el régimen de Concejo abierto en la *Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen local* y el derecho de sufragio en las elecciones a Cortes y municipios y Parlamento Europeo de la LOREG y en la legislación electoral para las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas.

⁹ La naturaleza jurídica del derecho de sufragio como *derecho de configuración legal* ha sido subrayada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las siguientes sentencias: STC de 29 de enero de 2008 (RTC 2008/12): “*El art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, cuya titularidad no corresponde a todos los seres humanos y que admite, precisamente por ello, diferenciaciones normativas, correspondiendo al legislador electoral la tarea de concretar los requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Es decir, «el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE es de configuración legal y admite diferenciación normativa, el derecho de sufragio activo (art. 23.1 CE) es universal y necesariamente igual, de manera absoluta». La LOREG debe respetar el contenido mínimo de este derecho fundamental, pero goza de libertad para su configuración más o menos amplia. Pues bien, en la legislación electoral hay causas de inelegibilidad (arts. 6 y 7 LOREG), causas de incompatibilidad (arts. 155 y ss.) y requisitos de presentación de candidaturas (art. 46, entre otros) (...)*”. Como se ha señalado entre la doctrina constitucionalista, junto a los *derechos libertad, derechos autonomía o derechos defensa, y los derechos sociales o de prestación* se encuentran los *derechos democráticos* que reconocen “*facultades de intervención en el proceso político, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de la voluntad de los mismos a la participación de los ciudadanos por sí, respectivamente, o mediante la actuación de sus representantes. Es a través del ejercicio de los derechos-participación mediante los que se lleva a cabo la definición de la forma política como Estado democrático. No se trata, por consiguiente, de derechos frente al Estado, sino en el Estado, cuya titularidad corresponde exclusivamente a los ciudadanos y que necesitan, para su ejercicio, de una superior configuración legal, esto es, una actuación normadora de alcance verdaderamente delimitador, o sustantivo, y no meramente ordenador o tuitivo*”. En efecto, el art. 23.2 de la CE remite a la Ley para la delimitación del contenido y perfiles concretos del derecho de sufragio, determinando la LOREG las condiciones de ejercicio del mismo.

pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno”; de este modo la Ley electoral “*pretende lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad*”, lo que hace posible, al tiempo, la alternativa en el poder de las distintas opciones derivadas del pluralismo político.

La protección otorgada al libre ejercicio del derecho de sufragio se lleva a cabo por la LOREG en distintos niveles el primero de los cuales viene constituido por el desarrollo expreso de tal derecho al prever sus arts. 2 a 7 los requisitos que las personas han de cumplir para ser electores y elegibles así como quiénes carecen del derecho de sufragio activo y qué sujetos no pueden ser elegibles.

Dado que el derecho de sufragio sería difícil, o absurdamente ejercitable, al margen de unas reglas reguladoras de la actividad electoral que hagan efectivo el derecho al voto, la LOREG articula un procedimiento que pretende asegurar el orden, la regularidad y la transparencia de las operaciones conexas a las consultas electorales. La importancia del procedimiento electoral como instrumento vertebrador del ejercicio del derecho de sufragio, y por ello del propio sistema democrático, es clara lo que encuentra reflejo en la pormenorizada y garantista regulación normativa llevada a cabo por la LOREG. A tales efectos, la citada Ley tras recoger en su Título I las *Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo*, prevé las especialidades aplicables a las elecciones a diputados y senadores –Título II-, a las elecciones municipales –Título III-, a las elecciones de cabildos insulares canarios –Título IV-, a las elecciones de diputados provinciales –Título V- y a las elecciones al Parlamento Europeo –Título VI-¹⁰.

El carácter esencial que el libre ejercicio del derecho de sufragio tiene para el sustento de los valores propios de una sistema democrático justifica la intervención del Derecho penal teniendo en cuenta, como ha señalado MIR PUIG que un Estado Social y Democrático de Derecho “sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. Todo ello puede verse como una exigencia del Estado social y democrático”¹¹.

Desde la mencionada perspectiva, quedaría justificada la utilización de la legislación penal para incriminar aquellos comportamientos idóneos para lesionar o poner en peligro aquello que el propio proceso electoral pretende garantizar, esto es, la libertad para elegir a los representantes públicos, la igualdad de éstos para el acceso a

¹⁰ Como ha señalado la SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2008 (JUR 2009/76753), la LOREG sólo es aplicable a las elecciones Generales, de las Comunidades autónomas y Corporaciones locales y no así a otras como las elecciones al Consejo de la Policía argumentando que el principio de intervención mínima impide aplicar este Derecho penal al Consejo de Policía que deberá acudir al procedimiento contencioso administrativo.

¹¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2011, p. 121.

los puestos de representación y la veracidad de los resultados electorales. A estas finalidades se dirige la LOREG que, utilizando la técnica de la ley penal especial, incorpora dentro de su Título I, el Capítulo VIII rubricado "Delitos e infracciones electorales". Con la tipificación de los delitos electorales, como ha señalado la SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2000¹²: "*se pretende evitar que pasiones, resentimientos o fraudes puedan inocular la libre expresión de la soberanía popular en el crítico momento en el que, quien la encarna, es convocada a las urnas*".

2. El recurso al derecho penal para la protección del derecho de sufragio

Como ya señalara -en el año 1908- Ignazio Tambaro: "Desde los más lejanos y primitivos periodos en los que se comenzaba a afirmar la vida del Estado, la historia ha debido registrar atentados más o menos violentos al Derecho electoral; donde el otorgamiento de los poderes soberanos dependía del sufragio de los ciudadanos, la acción disolvente del fraude y la corrupción desplegaba toda su funesta influencia. La erótica del poder o la sed de ilícitas ganancias son las pasiones que siempre han echado mala semilla en cada especie de comicios. El complejo de elementos de donde resulta la composición de un cuerpo electoral constituye materia demasiado maleable para que un candidato con la conciencia elástica pueda resistir a la tentación de trabajarla a su antojo. En el fondo de todas las masas populares, que fueron siempre y son, en parte, todavía bien cortas de un desarrollado nivel de cultura y de moralidad, no es difícil hacer decir una palabra fascinante que conquiste las mentes o un lema, muy eficaz, que negocie las conciencias. Así entre un engaño y una corrupción, el voto electoral se transforma en una mofa o un mercadeo"¹³.

En efecto, la corrupción electoral ha sido, y es, un fenómeno muy extendido incluso en aquellos países que han sido considerados como cuna del Parlamentarismo¹⁴. En España, concretamente, la historia muestra cómo el falseamiento electoral y la discontinuidad democrática han marcado históricamente esta materia¹⁵ reve-

¹²ARP 2000/3353. Se refiere esta sentencia al supuesto de un candidato que entregó a varios votantes sobres con las papeletas del partido político al que pertenecía el día de celebración de las elecciones.

¹³ La traducción es mía. TÁMBARO, I., "I reati elettorali", ob. cit., p. 1004; para conocer la evolución histórica de la corrupción en Italia desde los primeros periodos de la historia romana, *Ibidem*, pp. 1011-1024.

¹⁴Sobre la corrupción electoral en algunos países europeos como Finlandia, Austria, Alemania Federal, Inglaterra, Francia, Suiza, etc. desde una perspectiva histórica vid. MESTRE, E., en *Los delitos electorales en España (1812-1936)*, Madrid, 1977, pp. 22-23. En particular, un resumen sobre el caciquismo español puede consultarse en URBANO CASTRILLO, E., "Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2011, 2001 (disponible en recurso electrónico).

¹⁵ Tras la implantación del sufragio universal (masculino) en España en el año 1868, sería interrumpido en varias ocasiones. Los procesos electorales de la monarquía liberal de finales del S. XIX y principios del XX se efectuaron en condiciones extraordinariamente anómalas. Entre 1868 y 1923 se celebraron 23 elecciones legislativas cuyos resultados carecieron de representatividad alguna a causa del caciquismo y del monopolio parlamentario de los partidos dinásticos. Los fraudes, manipulaciones e irregularidades acuñaron los términos de *pucherazo* que se refieren al conjunto de actividades por las que los procesos electorales o sus resultados se falseaban para ajustarlos a los propósitos del partido correspondiente. Después del paréntesis de la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), en la Segunda República (1931-1936) se llegaron a

lando la corrupción electoral en nuestro país, en palabras de MESTRE, unas particulares características tales como la malicia específica de algunas de sus formas y los pintoresco de su factura¹⁶ determinadas posiblemente por circunstancias tales como el infradesarrollo democrático, la ignorancia de los ciudadanos, y de los líderes que desconocían el papel que habían de cumplir para que el sistema democrático funcionase¹⁷, sin olvidar la falta de conciencia social sobre la gravedad de los abusos y fraudes electorales que, por el contrario, a veces recibían incluso el beneplácito de la opinión pública de ese periodo histórico determinando un importante grado de impunidad de aquellas conductas¹⁸.

Tratando de prevenir y, en su caso, sancionar los comportamientos corruptos en el ámbito electoral, el primer Código penal español vendría a sancionar los <Delitos contra la Libertad de la Nación>¹⁹. En la actualidad, aunque el sistema democrático en la sociedad española se encuentra ampliamente consolidado, continúan produciéndose, como sucede en otros países, fraudes electorales que atacan su propia esencia si bien cabe destacar, como lo ha hecho algún autor, el elevado índice de cifra negra²⁰, lo que podría ser explicado no sólo por las mismas razones que explicarían la existencia de la cifra negra respecto de cualquier fenómeno delictivo, sino probablemente también, como ya señalara Ignazio TAMBARO²¹, por el convencimiento bastante extendido de que el delito electoral no tiene un fundamento rigurosamente jurídico, sino político. Sorprende igualmente el escaso interés que en el ámbito doctrinal penal ha suscitado el estudio de los delitos electorales.

celebrar tres elecciones legislativas a las que cabe calificar de democráticas, pero la polarización electoral, la inestabilidad política, y la quiebra del propio sistema republicano dieron paso a la guerra civil (1936-1939) y a la Dictadura del General Franco (1936-1977).

¹⁶Ya señalaba MESTRE, E., citando a *Alcalá Zamora* en su obra *La lucha por la impunidad* de 1930, que “casi toda la delincuencia electoral es picaresca: certificados verdaderos sobre papel falsificado, la marcha anormal de los relojes, la suplantación audaz de los inscritos en el censo, los tumultos fingidos en que los notarios se les detenía como alborotadores a la hora del escrutinio (...), el asturiano que instalando el colegio electoral en el hórreo, niega o permite la subida al elector, según el voto presunto. El levantino que hallaba preferencia en la soledad de un islote solitario. El de la llanura que en plena canícula se abrasa con la capa, auxiliar preciso, para el escamoteo de las papeletas. El madrileño quejoso de la cesantía como alcalde de barrio, cuando entre sus virtudes administrativas campeaba haberse escapado siempre con el acta en blanco. El andaluz que venciendo un plazo electoral un día nueve, proveyó a la solicitud de los adversarios – presentada el día seis-: “No ha lugar por ser tarde y estar yo enfermo hasta el día diez...””, en *Los delitos electorales en España*, ob. cit., p. 24.

¹⁷ MESTRE, E., *Ibidem*, pp. 12-13.

¹⁸Sobre ello extensamente vid. MESTRE, E., *Ibidem*, pp. 159 y 172; el citado autor subraya el papel que desempeña el Derecho para cambiar esta situación añadiendo que, partiendo del hecho de que entre la incorporación de una conducta como delictiva y su aceptación y defensa por la conciencia popular existe una gran distancia, recuerda que el delito electoral “no llevaba de suyo entrañada la tacha de deshonor y malicia que el pueblo ve claramente en la mayoría de los otros delitos”, acompañado de la pasividad de quienes los conocían y podía probarlos *ibidem*, 184.

¹⁹ Sobre los delitos electorales en el primer Código penal español, vid. CRUZ BLANCA, M.J., “La protección penal de la Soberanía Nacional en el Código Penal de 1822”, *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012, pp. 211-221.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F., “Los delitos electorales”, ob. cit., p. 464.

²¹ TAMBARO, I., “I reati elettorali”, ob. cit., p. 1005.

En el ámbito de la práctica judicial son mayoritarias las sentencias referidas a los delitos de desobediencia y abandono de funciones electorales del art. 143 LOREG, haciendo plenamente vigente la valoración que hace prácticamente un siglo, en el año 1918, se hiciera por la Fiscalía del Tribunal Supremo²². A pesar de ello, en los últimos años parece que se ha prestado especial atención a la investigación de los delitos electorales²³. No obstante, no debe olvidarse que para que el Derecho penal cumpla debidamente con su función de prevención de delitos es preciso que se haga efectiva la tramitación urgente del proceso de la que habla el art. 151 LOREG²⁴.

Si se admite, como parece evidente, que las diversas formas de corrupción electoral ponen en peligro el propio sistema democrático entendido como conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional, se puede concluir que la lucha contra la corrupción electoral constituye una exigencia fundamental del aquel modelo de estado, el Democrático, lo que hace preciso en primer lugar un sistema preventivo que reduzca la vulnerabilidad de las instituciones democráticas, siendo también congruente y razonable el recurso al Derecho penal en su carácter de última ratio frente a aquellos casos de corrupción política más graves, en los que la misma Soberanía Popular se vea fuertemente lesionada en su esencia y funciones, lo que sucedería si se tolerase la composición de un gobierno representativo conformada con medios ilegítimos. En estos últimos casos puede afirmarse *la amarga necesidad del Derecho penal* que, no obstante, no ha de ser confundida con *la fácil huida al Derecho penal* como ha sucedido en España donde la propensión general a sancionar penalmente de modo indiscriminado ha producido un aumento en proporción geométrica del área de lo penalmente relevante que prescinde de una política criminal razonable²⁵.

Resulta por tanto acertado el recurso al Derecho penal exclusivamente para la tutela de los bienes esenciales debiendo quedar al margen de la protección penal otros ámbitos operativo-electorales que representen una criminalización de la mera inobservancia de reglas administrativas sin perjuicio de que deban ser sancionadas

²² Vid. la *Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo* de 14 de febrero de 1918: “Si a las estadísticas fuéramos a atenarnos, resultaría que en España las infracciones de la Ley electoral no existen, o se dan en tan pequeña cuantía que nos envidiarían Francia e Inglaterra”.

²³ Representando un 3% de las diligencias de investigación abiertas por las Fiscalías, como se indica en la *Memoria elevada al Gobierno de S.M. por la Fiscalía General del Estado*, volumen I, Madrid, 2008.

²⁴ El art. 151 LOREG dispone que: “1. El procedimiento para la sanción de estos delitos se tramitará con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las actuaciones que se produzcan por aplicación de estas normas tendrán carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible.

2. La acción penal que nace en estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna”.

²⁵ La hipertrófica crecida del Derecho penal se ha reflejado igualmente en Italia donde, según NUNZIATA, la normativa electoral se presenta extremadamente prolija ocupando cada área de tutela, sin distinción entre bienes y funciones administrativas, siendo utilizada para guardar, tanto valores esenciales (como la libertad del voto), como funciones secundarias (regularidad de las operaciones administrativas accesorias) e incluso disposiciones de puro detalle (en materia de propaganda electoral), en *Diritto penale elettorale*, 2000, pp. 3-4.

administrativamente. En definitiva, como señalara en Italia Ignazio TAMBARO, la incriminación de los delitos electorales tiene su fundamento en la necesidad de tutelar en todos sus momentos la función del sufragio que es una de las más delicadas y la sola en la cual todo el cuerpo electoral, esto es, la suma de todos los elementos nacionales, revela sus tendencia y ejercita su poder²⁶.

3. La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General como Ley penal especial

Justificada la necesidad de la intervención penal en los casos más graves de corrupción electoral, cabe preguntarse sobre si aquella deba llevarse a cabo en el marco del propio Código penal o, en cambio, existirían razones que justificarían adecuadamente la promulgación de una ley especial como así sucede, y ha sucedido, en España (también en Italia) históricamente²⁷.

Aunque esta cuestión no resulte pacífica entre la doctrina penal²⁸, parece tener razón ROMERO FLORES cuando considera que razones tales como las peculiaridades de la materia electoral y su conexión directa con la normativa que regula el proceso electoral aconsejan la inclusión de los tipos en la Ley electoral siempre que ello se traduzca en una mejor descripción de las conductas, en una correcta armonización y sistematización de las diferentes normativas implicadas y en la <huida> de la utilización de la siempre problemática técnica de las leyes penales en blanco²⁹. A

²⁶ TAMBARO, I., “I reati elettorali”, ob. cit., p. 1006.

²⁷ Las leyes electorales en nuestro país hasta el año 1931 han sido: Ley Electoral de 20 de julio de 1837 para Diputados y Senadores a Cortes; Ley Electoral de 18 de marzo de 1846 para Diputados a Cortes y Diputados Provinciales; Ley Electoral de 18 de julio de 1865 para Diputados a Cortes; Decreto de 9 de noviembre de 1868 estableciendo el Sufragio Universal para las Elecciones de Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales y Diputados a Cortes; Ley Electoral de 23 de junio de 1870 para Senadores y Diputados a Cortes, Elecciones Municipales y Diputados Provinciales; Ley Electoral de 8 de febrero de 1877 para Senadores; Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878 para Diputados a Cortes; Ley Electoral de 26 de junio de 1890 para Diputados a Cortes; Ley Electoral de 8 de agosto de 1907 para Diputados a Cortes y Concejales; Decreto de 8 de mayo de 1931 que modifica la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907; Ley Electoral de 27 de julio de 1933 que modifica el Decreto de 8 de mayo de 1931.

²⁸ Muestran su acuerdo con la utilización de la Ley penal especial en materia electoral: JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Delitos electorales. Su configuración según la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio”, *Comentarios a la Legislación Penal*. Dirigidos por M. Cobo del Rosal y M. Bajo, *Revista de Derecho Público*. Tomo XVI, Madrid, 1994, p. 3; también ALTÉS MARTÍ, M.A., aunque este autor precisa que eso no quiere decir que su regulación actual sea la más apropiada ni que responda a las exigencias del presente, en “El delito electoral”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8. Ed. Corts Valencianes, 1999, p. 168. Otros autores, en cambio, reclaman la inclusión de los delitos electorales en el texto penal común en la medida en que el efecto intimidante propio de una regulación expresa y agravada de estas conductas podría alcanzarse igualmente: De esta opinión es MUÑOZ CONDE, F., “Delitos electorales”, ob. cit., p. 463, considerando conveniente, desde un punto de vista político-criminal preventivo general, la tipificación expresa y agravada de los delitos más característicos y de más frecuente comisión en un proceso electoral.

²⁹ ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal*, Barcelona, 2005, pp. 42-43. A ello ALTÉS MARTÍ, M.A., añade que la especial particularidad de la Ley, al no tener aplicación continuada en el tiempo al aplicarse sólo en los periodos electorales, hace que aquella resulte más susceptible de modificación en función de las concretas deficiencias que pudieran producirse, en “El delito electoral”, ob. cit., p. 168.

ello cabría añadir razones de economía legislativa y de uniformidad del criterio punitivo.

Al respecto, conviene no olvidar que, como señala la Exposición de Motivos del vigente Código penal de 1995, *“tanto el Código como las leyes especiales se hayan jerárquicamente subordinadas a la Constitución y obligadas a someterse a ella”*, añadiendo que *“consiguientemente las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban”*. De este modo, el art. 9 del texto punitivo establece que: *“Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales....”*.

4. Los delitos electorales previstos en la Ley Orgánica De Régimen Electoral General. Clasificación

La sección 2ª del Capítulo Primero del Título VIII de la LOREG agrupa en doce disposiciones y con un excesivo casuismo los delitos electorales la mayoría de los cuales se dividen en varios párrafos y números lo que dificulta elaborar un esquema sistemático que ordene su análisis. Junto al mencionado casuismo, es destacable la previsión de normas penales en blanco que hacen necesario en algunos casos integrar los tipos con normativa que se encuentra al margen de la LOREG³⁰.

La vigente LOREG, a diferencia de otros textos legales históricos³¹, no recoge un concepto de delito electoral pese a lo cual, en la línea seguida por aquellos textos, pueden ser definidos formalmente como los especialmente previstos en esta ley electoral, y los que, estándolo en el Código penal, afecten a la materia propiamente electoral. Una definición de carácter material la ha ofrecido ORTS BERENGUER que, advirtiendo sobre la dificultad de dar una definición satisfactoria dada la casuística legislativa anteriormente apuntada, ha definido los delitos electorales como *“aquéllas acciones u omisiones encaminadas a entorpecer, impedir o tergiversar la campaña electoral, los actos previos a la votación, la libertad de los electores, la misma votación o la veracidad de los resultados”*³². De esta defini-

³⁰ Como sucede, por ejemplo, para delimitar el ámbito del delito del art. 139.1 LOREG siendo preciso acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local, al RD 3341/1977, de 31 de diciembre, por el que se regula la formación del censo de residentes ausentes que viven en el extranjero, el RD 157/1996, de 2 de febrero, por la que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo o incluso la Orden de 3 de febrero de 1987 por la que se regula la distribución de copias del Censo electoral en soporte magnético y la expedición de certificados de inscripción en el censo electoral, entre otras normas. También, en relación con el tipo previsto en el 150.1 es necesaria la remisión a otras normas como RD 1907/1995, de 24 de noviembre, por el que se regula la tramitación de las subvenciones estatales anuales y por gastos electorales a las formaciones políticas o el RD 562/1993, de 16 de abril, sobre procedimiento especial de gestión de gastos electorales. De forma más clara aún en el marco de los delitos relativos a la propaganda electoral donde se debe recurrir para la integración del delito previsto en el art. 144 LOREG a las INSTRUCCIONES DE LA JUNTA ELECTORAL GENERAL.

³¹ Como las leyes de 1890 (art. 101) y de 1907 (art. 78).

³² ORTS BERENGUER, E., *“Consideraciones críticas...”*, ob., cit. pp. 272-273.

ción y sin perjuicio de otras clasificaciones³³, puede hacerse una clasificación inicial que distinga entre:

- 1) Delitos exclusivamente electorales, esto es, conductas que sólo se encuentran tipificadas en la LOREG entre los que se incluyen los delitos previstos en los arts. 139; 142; 144 y 145.
- 2) Delitos comunes cometidos en el ámbito electoral, estos es, conductas que castigadas también en el Código penal son previstas además de forma expresa en la LOREG lo que sucede con los delitos de falsedades electorales (arts. 140, 141 y 149), de denegación de auxilio y abandono de funciones (art. 143); de cohecho electoral (art. 146.1.a); de coacciones electorales (art. 146.1, b) y c); de desórdenes públicos electorales (art. 147); de calumnia e injuria (148) y de apropiación indebida del art. 150.

Cabe igualmente elaborar una clasificación en atención a los sujetos activos de los delitos en función de que los mismos sean funcionarios públicos o particulares. Conforme a este último criterio se podrían clasificar los delitos electorales en:

I. Delitos que pueden cometer los funcionarios públicos:

A) Falsedades electorales (art. 140)

- A.1. Alterar, sin autorización, las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores
- A.2. Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral
- A.3. Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral
- A.4. Inexactitud en el recuento de electores en actos referidos al Censo electoral, votación o escrutinio
- A.5. Proclamación indebida de personas
- A.6. Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que se deban realizar en algún acto electoral
- A.7. Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente propuesta
- A.8. Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de la normativa
- A.9. Cualquier otra falsedad electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos del art. 390 del Código penal

³³ Como las propuestas por ejemplo por JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Delitos electorales. Su configuración...”, ob. cit., p. 60. Vid también la clasificación elaborada por ALTÉS MARTÍ, M.A. EN “El delito electoral”, ob. cit., p. 172.

- B) Obstaculización del proceso electoral (art. 139)
 - B.1. Formación, conservación y exhibición al público del censo electoral
 - B.2. Constitución de las Juntas y Mesas electorales, y en las votaciones, acuerdos y escrutinio de las Mesas
 - B.3. No extender las actas, certificaciones y cualquier otro documento electoral en forma y tiempo
 - B.4. Suscitar, sin causa justificada, dudas sobre la identidad de una persona o la identidad de sus derechos
 - B.5. Suspender, sin causa justificada, cualquier acto electoral
 - B.6. Negar, dificultar o retrasar indebidamente la admisión, curso o resolución de las propuestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlo, o no dejar de ellas la debida constancia documental
 - B.7. Causar, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato
 - B.8. Incumplir los trámites establecidos para el voto por correspondencia
- C) Abandono injustificado de las funciones electorales (art. 143)
- D) Coacciones y cohecho electorales (art. 146)

II. Delitos que pueden ser cometidos por los particulares:

- A) Falsedades (art. 141)
- B) Vulneración de los trámites del voto por correo (art. 141.2)
- C) Votación indebida (art. 142)
- D) Infracción de la normativa de propaganda electoral (art. 144)
 - D.1. Carteles electorales
 - D.2. Reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral
 - D.3. Propaganda electoral finalizada la campaña electoral
- E) Infracción de la normativa sobre encuestas electorales (art. 145)
- F) Cohecho electoral (art. 146.a)
- G) Amenazas y coacciones electorales (art. 146.b.c)
 - G.1. Coacciones y amenazas genéricas
 - G.2. Coacciones electorales
- H) Desórdenes graves del orden público (art. 147)
- I) Calumnia e injurias electorales (art. 148)
- J) Financiación irregular
 - J.1. Falsedad en cuentas electorales (art. 149)
 - J.2. Apropiación indebida (art. 150)

5. Cuestiones generales en torno a los delitos electorales

5.1. *El bien jurídico protegido: el derecho de sufragio*

En un Derecho penal propio del Estado Social y Democrático de Derecho, protector de las reglas mínimas de convivencia social, impera -entre otros principios fundamentales limitadores del *ius puniendi estatal*- el principio de intervención mínima conforme al cual el Derecho penal debe ser el último recurso en la política del Estado para la tutela de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves de los que puedan ser objeto. El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando la tutela de esos bienes jurídicos pueda ofrecerse por otros medios que serían preferibles en cuanto menos lesivos para los derechos de los ciudadanos³⁴. Particularmente, el carácter fragmentario del Derecho penal indica que el Estado sólo deberá intervenir frente a la lesión o puesta en peligro de aquellos bienes o valores jurídicos considerados fundamentales, ya sea para la persona como sujeto individual (bienes jurídicos individuales), ya sea para la colectividad o comunidad en general (bienes jurídicos colectivos o supraindividuales). El Derecho penal debe intervenir cuando se ofenda un bien jurídico, esto es, cuando se lesione o ponga en peligro un interés o valor fundamental -*nullum crimen sine iniuria*-; de otro modo, como ha señalado en Italia Ferrando MANTOVANI, la función crítico-garantista del bien jurídico quedaría desdibujada lo que acontecería con la proliferación de conductas con bien jurídico vago o difuso, o con delitos que tutelan simplemente una función al sancionar, al menos de modo inmediato, la mera inobservancia de reglas administrativas con las que la Administración pública ha resuelto un conflicto de intereses³⁵ pudiendo verse vulnerado el principio de ofensividad.

Sobre estas premisas básicas, se trata de determinar a continuación cuál es el bien jurídico protegido por los delitos electorales así como si, con su redacción vigente, pueden verse en algún caso vulnerados los principios de intervención mínima y/o ofensividad³⁶ lo que sucedería si se afirmase, sin más matizaciones, que

³⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., p. 118 que añade: “El principio de máxima utilidad posible para las posibles víctimas debe combinarse con el de mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible”.

³⁵ Sobre ello, MANTOVANI, F., se pregunta si en el Derecho penal moderno o postmoderno viene a menos el bien jurídico contestando que: porque estos delitos en el Código penal son minoritarios, se tratan propiamente de abstracciones conceptuales con una mera finalidad clasificatoria, de reagrupamiento de delitos que son compresivos de concretos bienes jurídicos por ejemplo los delitos contra la fe pública donde el verdadero bien jurídico es el interés patrimonial, administrativo, fiscal, judicial ofendido por la concreta falsificación; se tratan en su opinión de metáforas conceptuales que explican “situaciones instrumentales”, “bienes intermedios” cuya tutela, aunque sea autónoma es siempre funcional a la protección de un bien jurídico final, preexistente y de rango superior a aquéllos y no adecuadamente protegidos a través de las formas tradicionales de tutela, en *Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pp. 208-209.

³⁶ Entra la doctrina italiana, MANTOVANI, F., ha señalado que debe distinguirse el principio de ofensividad del delito con el principio del delito como mera violación del deber de obediencia a las normas estable-

el bien jurídico protegido en los delitos electorales es el propio proceso electoral³⁷, su pureza y transparencia³⁸ dado que, como ya ha quedado señalado, la función del Derecho penal no es la mera protección de funciones sancionándose meras inobservancias de normas administrativas lo que acontecería si se elevan a la categoría de delito infracciones meramente formales, esto es, nudas desobediencias administrativas. En definitiva, el Derecho penal debe sancionar sólo aquellas conductas idóneas para afectar al mantenimiento del conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia social en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Los delitos electorales previstos en los arts. 139 a 150 de la LOREG, a pesar de su evidente heterogeneidad, tienen un común denominador: sancionar conductas que vulneran algún aspecto del procedimiento electoral legalmente establecido por impedir la libre formación de la voluntad del elector o su libre ejercicio, o por vulnerar el principio de igualdad de oportunidades entre los candidatos. En definitiva, los delitos electorales protegen el derecho de sufragio –activo y pasivo– en tanto derecho fundamental del sistema democrático en la medida que, como señala la Exposición de Motivos de la LOREG, “*sólo nos podemos afirmar en Democracia cuando el pueblo puede constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno*”.

Como ha señalado ARAGÓN, el sufragio es un concepto ligado a la Democracia que no obstante significa algo más que el mero derecho al voto³⁹: en primer lugar, porque el derecho de sufragio ha de situarse en la esfera de lo público y no lo privado⁴⁰ y en segundo lugar, porque sólo cabe hablar de derecho de sufragio cuando esté atribuido a ciudadanos, esto es, a miembros de una comunidad política, para adoptar mediante él decisiones también de naturaleza política, esto es, que atañen al

cidas, no siendo necesario para su existencia la ofensa a un concreto interés que se considera como mera condición objetiva de punibilidad, en *Diritto penale*, ob. cit., pp. 192-193.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Delitos electorales”, ob. cit., p. 462. JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Delitos electorales. Su configuración...”, ob. cit., p. 85.

³⁸ En este sentido MUÑOZ CUESTA, J/MARTÍ CRUCHAGA, V. “Delitos electorales”, *Diario LA LEY*, n. 6887, 2008, p. 1, ALTÉS MARTÍ, M.A., “El delito electoral”, ob. cit., p. 172.

³⁹ ARAGÓN, M., “Derecho de sufragio: principio y función”, *Tratado de Derecho electoral comparado de América latina*, 2007, pp. 162 y ss. No obstante, el citado autor precisa que en su sentido más simple identificado como derecho al voto, el derecho de sufragio es un concepto ligado a la colegialidad “la existencia del derecho de voto es necesaria allí donde una decisión ha de ser adoptada por un órgano o entidad compuestos por una pluralidad de personas, ya sea el viejo Senado romano, la antigua Dieta Imperial alemana o el Colegio Cardenalicio, por poner ejemplos bien alejados de la democracia. Tampoco, en este muy simple sentido del término, se identifica el derecho de sufragio con la actividad pública o más generalmente política, ya que el derecho de voto ha de existir también en instituciones privadas basadas en la colegialidad, desde una junta de vecinos hasta el consejo de administración de una compañía mercantil”, *Ibidem*, p. 162.

⁴⁰ ARAGÓN, M., “Derecho de sufragio...”, ob. cit., p. 162. Así, por ejemplo, en las sociedades civiles o mercantiles podría hablarse con propiedad del derecho de voto pero no exactamente del derecho de sufragio que tiene una connotación política inexcusable.

gobierno (en sentido lato) de esa comunidad⁴¹. Además, para identificar el derecho de sufragio con la Democracia, puesto que uno puede existir sin la otra en los sistemas de sufragio restringido⁴², es preciso que se trate del sufragio universal -en la medida en que también puede haber sufragio universal sin Democracia- y que además sea libre, igual, directo y secreto.

El principio de Soberanía popular se hará realidad sólo en la medida en que se garantice el derecho de sufragio, único instrumento mediante el cual se asegura jurídicamente la emisión de la voluntad popular formada por cada una de las voluntades individuales que constituyen el cuerpo electoral; de ahí que el ejercicio del derecho de sufragio sea personal. Pero además es un principio, el más básico o nuclear del Estado democrático⁴³ que encarna la participación política de los ciudadanos en conexión con los principios de soberanía del pueblo y pluralismo político consagrados en España en el art. 1 del Texto constitucional.

Las principales funciones que cumple el derecho de sufragio pueden quedar resumidas, siguiendo a ARAGÓN, en: producir representación, es decir, garantizar jurídica y procedimentalmente la representación política; producir gobiernos representativos y oposiciones igualmente representativas, esto es, elección de parlamentos, con sus mayorías y minorías; limitar el poder en el tiempo ya que no resulta concebible un sufragio democrático si éste no es periódicamente ejercitable; otra función del sufragio inseparable de las anteriores es la función de legitimación del Estado⁴⁴.

En el Ordenamiento jurídico español, el art. 23 CE, entre el elenco de derechos fundamentales, consagra el derecho de sufragio activo -apartado 1- y sufragio pasivo -apartado 2- sobre los que la doctrina del Tribunal constitucional ha sido bastante prolija.

⁴¹ En España el art. 23 CE hace referencia a la representación política con exclusión de otras modalidades de participación de carácter corporativo, profesional, etc. al no tratarse estrictamente de participación política, estos es, de soberanía popular como sucede, por ejemplo, con las previstas en los arts. 27.5 y 7; 105 a) y c) ó art. 125 del Texto constitucional

⁴² Como ocurriría por ejemplo, en el Estado liberal del siglo XIX basado en el Sufragio censitario.

⁴³ ARAGÓN, M., "Derecho de sufragio...", ob. cit., p. 165.

⁴⁴ ARAGÓN, M., "Derecho de sufragio...", ob. cit., pp. 174-177. No obstante, como también ha señalado el autor citado, no conviene olvidar que el sufragio, aun siendo el modo insustituible de producir la legitimación democrática, no puede legitimarlo todo. En efecto, "el sufragio legitima el poder, en cuanto a la forma, es decir, a su carácter de representativo, pero no exactamente en cuanto a su contenido, a su producto. El poder emanado de la representación popular es, en el Estado constitucional democrático, un poder limitado, no absoluto. No hay poderes absolutos en el Estado constitucional democrático y, por lo mismo, las elecciones no legitiman, por principio, todos los actos del poder. Aquí se encuentra unas de las características básicas del Estado democrático, que es su inseparabilidad del Estado de derecho y, por ende, la necesidad de conciliar una y otra dimensión. Ello se consigue mediante la limitación material del poder, que consiste, primero, en que los poderes constituidos han de estar supeditados a las normas procesales y materiales que la Constitución contiene sin que puedan actuar al margen de ellas, y segundo, en que, en todo caso, el Estado no puede vulnerar los derechos fundamentales que hoy constituyen una especie de derecho común de todos los países con un sistema constitucional democrático. Los derechos fundamentales, o en sentido general, los derechos humanos, deben operar como un límite infranqueable al poder representativo", *Ibidem*, pp. 176-177.

El derecho de sufragio activo puede ser definido como el derecho individual de voto de cada uno de los ciudadanos con capacidad para participar en una elección⁴⁵ conformando la voluntad popular la suma de cada uno de los ciudadanos con derecho a voto. Por eso, puede afirmarse que aunque el derecho de sufragio es de titularidad individual, con un concreto caso de fraude electoral se afecta en realidad a la esencia de la Democracia⁴⁶.

En cuanto al derecho de sufragio pasivo, éste puede ser definido como el derecho individual a ser elegible, esto es, a presentarse como candidato a elecciones representativas de carácter público en condiciones de igualdad y con los requisitos que establezcan las leyes electorales. Al mismo tiempo, como ha señalado el Tribunal Constitucional, tal derecho “*implica también el derecho a mantenerse en los cargos o funciones públicos y a desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la ley*”⁴⁷, suponiendo también el derecho a la presentación de candidaturas, a la subsanación de errores en tiempo y forma⁴⁸ y a ser proclamado electo.

La relación existente entre la doble faz del derecho de sufragio –el sufragio activo y el sufragio pasivo del art. 23 CE– es de íntima conexión al tratarse de modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, expresando ambos la forma de ejercer la soberanía popular⁴⁹.

Para garantizar el ejercicio democrático del derecho de sufragio, es indispensable que el Estado se dote de un instrumento técnico-jurídico que desarrolle normativamente aspectos tan esenciales como los relativos a quiénes son los sujetos que pueden elegir y ser elegibles, la fórmula electoral que traduzca los votos en escaños a fin de asegurar la fiel representación del cuerpo electoral, la delimitación de las

⁴⁵ Si bien el derecho de sufragio no está conectado exclusivamente con la democracia representativa pues también mediante el voto se ejerce la democracia directa ya sea mediante asambleas abiertas o por referéndum, las dificultades prácticas de esta última han originado que no se considere una alternativa a la Democracia representativa sino su complemento. Actualmente, pues, el sufragio más que votaciones significa sobre todo elecciones, vid. ARAGÓN, M., “Derecho de sufragio...”, ob. cit., p. 164.

⁴⁶ El Tribunal Constitucional, recordando el doble carácter otorgado a la mayoría de los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos y de elemento objetivo del orden democrático, señala la posición que el derecho de sufragio ocupa al indicar que en el Estado Social y Democrático de Derecho el grupo minoritario de los ciudadanos en quienes el resto de los mismos ha depositado su confianza a través del voto, adquiere una posición necesariamente singular, siendo aquéllos “*titulares de una función pública, su posición no se agota en la de meros titulares de un derecho fundamental. Como ciudadanos son ciertamente titulares o sujetos de derechos fundamentales, pero a la vez son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad*”, vid. STC 71/1994, de 3 de marzo (RTC 1994/71).

⁴⁷ STC 32/1985, de 6 de marzo (RTC 1985/32); no obstante estas dos dimensiones del derecho no van a ser objeto de regulación por la LOREG y por tanto tampoco de este trabajo.

⁴⁸ Ya que de lo contrario se “*incide o afecta negativamente en el derecho de sufragio pasivo al no dar efectividad a las garantías legalmente previstas dispuestas a la protección del derecho*”, STC 73/86.

⁴⁹ Al respecto la STC 12/ 2008, del 29 de enero (RTC 2008/12) señala que: “*El derecho de votar y ser votado se encuentra protegido igualmente por su intrínseca vinculación a la soberanía. La participación de los ciudadanos en el Estado se instrumenta a través de un poder u órgano constituido, el cuerpo electoral, institución constitucional que tiene dos funciones principales: una de frecuencia incierta, como es la participación en referéndum con distintas finalidades y otra de frecuencia previsible, concretada en la elección de representantes*”.

circunscripciones electorales, la elaboración del censo electoral que refleje fielmente la composición del cuerpo electoral, la garantía de una administración y justicia electoral independientes del Gobierno, la disposición adecuada de la operación material de votación con objeto de asegurar la universalidad, libertad y secreto del sufragio; el establecimiento de una campaña electoral en que se cumplan los requisitos de libre comunicación de las ideas y de igualdad de oportunidades de las fuerzas concurrentes; la igualdad en el acceso a los medios de comunicación de titularidad pública y la neutralidad de los poderes públicos durante la campaña⁵⁰.

Se hace entonces preciso articular un instrumento legal que controle el acceso y la alternancia en el ejercicio de la representación asegurando el acceso de aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, elijan como sus representantes. Se satisface así dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos. En definitiva, el proceso electoral constituye un instrumento que asegura la celebración de elecciones periódicas, libres, pacíficas, abiertas y competitivas, siendo en ese marco legal “*en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo*”⁵¹.

La LOREG agrupa en su Capítulo VIII las conductas constitutivas de Delitos electorales que protegen genéricamente el derecho de participación política como forma de ejercicio de la soberanía popular, y de forma concreta dos de sus manifestaciones: el derecho de sufragio activo y el derecho de sufragio pasivo ya que los ataques a dichos derechos supondría estar alterando la voluntad del cuerpo electoral y, en consecuencia, viciando la relación representativa entre el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos⁵².

Pese a ese carácter bifocal del derecho de sufragio podría afirmarse, como lo ha hecho Rodríguez Rodríguez, que el bien jurídico protegido en los delitos electorales es el derecho de sufragio, en singular, entendido como única institución, como derecho de participación política en un Estado Social y Democrático de Derecho, como columna vertebral del proceso electoral, y única y verdadera garantía de la voluntad popular. Los delitos electorales, continúa señalando el citado autor, tienden a la protección de dicho bien, castigando cualquier conducta que afecte a la formación de la voluntad popular, o a la igualdad de oportunidades de las distintas formaciones políticas, protegiendo en definitiva el proceso electoral desde la for-

⁵⁰ Como han señalado Arnaldo y Delgado, “no existe una respuesta a estas cuestiones válida universalmente, es decir, independiente de todo tiempo o lugar, ajena a las condiciones históricas, políticas, especiales o económicas de un país. La Ley electoral, como toda norma jurídica con pretensión de eficacia, se inserta en la realidad que pretende regir”, ARNALDO ALCUBILLA, E/DELGADO IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., *Código electoral*, Madrid, 2011, p. 14.

⁵¹ STC 24/1990, de 15 de febrero (RTC 1990/24).

⁵² En este sentido, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., “Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral”, *Revista General del Derecho Penal*, Doctrina núm. 6, noviembre, 2006. Disponible en recurso electrónico.

mación en libertad de decidir votar, hasta su resultado final sin que quepan actuaciones de carácter ilícito que en cualquier punto del proceso puedan incidir en el mismo o bien ofrecer resultados falseados.

Sólo desde la mencionada perspectiva material se podría compartir la afirmación de que la finalidad de los delitos electorales es la tutela del proceso electoral⁵³ en la medida que la pureza del proceso electoral es un pilar esencial, esto es un instrumento, para la realización de un verdadero Estado Democrático y de Derecho cuya alteración, además de lesionar o poner en peligro los derechos individuales de sufragio, puede modificar la convivencia social y llegar incluso a subvertir de alguna manera el orden constitucional⁵⁴, perturbando el <funcionamiento democrático, el que permite la convivencia y mantiene el orden social, basado en los valores y principios políticos fundamentales>⁵⁵. Como ha señalado la SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2000⁵⁶, en el caso de un candidato a unas elecciones que entregó a varios votantes el día que se celebraron las elecciones sobres con las papeletas de su partido: *“Como todo «suceso electoral», el hecho enjuiciado es susceptible de diversos parámetros de valoración, que se decantan por su calificación como actitud penalmente inocua, éticamente reprobable o de indudable relieve punitivo. (...). La en apariencia tenue antijuridicidad de la conducta, no se corresponde con la trascendencia de la lesión jurídica, ni puede ocultar los efectos perversos y las estragadoras consecuencias que es susceptible de producir en cualquier sistema, con la preocupante coetaneidad que representa su probada eficacia para abrir una grave crisis constitucional en prestigiosos y consolidados regímenes, con sólo hacer planear sobre el escrutinio la sombra de la duda”*.

Como ya se ha señalado, la Democracia es un conjunto de funciones cuya finalidad es mantener la vida del cuerpo social para la realización de los valores que constituyen el objetivo de nuestra convivencia entra las que destacan las funciones relativas a los procesos electorales a través de los cuales se garantiza la legitimidad de los mandatarios; consecuentemente, todas aquellas conductas que obstaculizan esos procesos merecen el máximo reproche, esto es, el penal. De este modo, aquellos otros ámbitos operativos del procedimiento que no afecten de alguna manera al derecho de sufragio representando en realidad una mera inobservancia de reglas administrativas, deberán quedar al margen de la sanción penal lo que se podrá llevar a cabo interpretando restrictivamente esos preceptos y, en su caso, formulando propuestas de *lege ferenda* para destipificar o, en su caso mejorar, la legislación vigente.

⁵³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., “Los delitos electorales: análisis jurisprudencial...”, ob. cit., p. 16. Particularmente en Italia incluso se ha afirmado que las distintas leyes electorales salvaguardan “el interés del Estado al libre y correcto desarrollo de las consultas electorales”.

⁵⁴ MUÑOZ CUESTA, J/MARTÍ CRUCHAGA, V. “Delitos electorales”, ob. cit., p. 1.

⁵⁵ En este sentido REDONDO HERMIDA, A., “El delito electoral de denegación de auxilio”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 8, 2000, p. 155.

⁵⁶ ARP 2000/3353.

Al respecto, convendría hacer la siguiente reflexión: la lesividad en términos individuales de algunos fraudes electorales sería total para el derecho de sufragio desde la perspectiva de un “ciudadano un voto” aunque puede que esa conducta no tuviera trascendencia en la conformación de la total <voluntad popular> en la medida en que realmente venciera la opción realmente mayoritaria lo que no obstante sí supone una afección a la Soberanía Popular en términos de estricta proporcionalidad.

5.2. *Disposiciones generales aplicables a todos los delitos electorales*

El Capítulo VIII del Título I de la LOREG rubricado de los *Delitos e infracciones electorales*>>, está integrado por 4 secciones:

- Sección 1ª: Disposiciones generales (Arts. 135 a 138).
- Sección 2ª: Delitos electorales (Arts. 139 a 150).
- Sección 3ª: Procedimiento Judicial (Arts. 151 a 152).
- Sección 4ª: Infracciones electorales (Art. 153).

La sección 1ª del capítulo VIII de la LOREG recoge un conjunto de disposiciones que integran las normas de parte general aplicables a los delitos electorales ofreciendo definiciones auténticas de "funcionario público" y de "documento oficial" -art. 135-, consagrando el principio de alternatividad en el eventual caso de concurso aparente de normas penales –art. 136-, estableciendo una norma sancionadora sobre la aplicación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo –art. 137- y finalmente previendo dos reglas de remisión al Código penal en todas aquellas materias no reguladas en el capítulo VIII de la LOREG.

5.2.1. *Concepto de funcionario público a efectos penales-electorales*

El art. 135.1 LOREG dispone que: “*A los efectos de este Capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes*”.

Como es sabido, el Código penal ofrece en su art. 24.1 un concepto de funcionario público entendiendo por tal:

“1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de*

la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Como puede observarse del tenor literal de la disposición señalada, el Derecho penal español ofrece un concepto de funcionario público más amplio que el Derecho administrativo al no exigir, como sí lo hace la normativa administrativa, las notas de permanencia e incorporación del sujeto sino sólo la mera participación en el ejercicio de la función pública con independencia de la estabilidad o permanencia en el puesto de trabajo. Se trata, como ha señalado la jurisprudencia, “*de un concepto propio del Derecho Penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, porque lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto: 1º. Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública. 2º. Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 CP: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente*”⁵⁷.

Resulta muy importante destacar que para castigar por la comisión de cualquier delito electoral cometido por funcionario público es preciso que, en el caso concreto, aquél actúe en el ejercicio de sus respectivas competencias en materia electoral lesionando con su conducta el buen desarrollo o pureza de las elecciones; de lo contrario, a pesar de que el sujeto sea formalmente funcionario público, carecerá de tal cualidad a los efectos de la aplicación de los delitos electorales⁵⁸. En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia:

La SAP de Pontevedra de 10 de mayo de 2005⁵⁹ que absuelve al Teniente Alcalde porque no se sirvió de esa condición para rellenar los impresos de solicitud del voto por correo a las internas de una residencia. Por su parte, la SAP de Navarra de 28 de julio de 2005⁶⁰ declara expresamente que el delito electoral cometido por funcionario público ha de ser cometido en el ejercicio de su cargo por lo que ab-

⁵⁷ STS 27-1-2003 (RJ 2003/1033).

⁵⁸ Vid. SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2000 (JUR 2001/7069), que comentaré cuando se trate el delito del art. 139.8 LOREG.

⁵⁹ JUR 2006/25543: que absuelve al imputado del delito del art. 141.2 LOREG, en relación con 140.1 g), a un sujeto que llevó a la oficina de correos a unos internos de una residencia de la tercera edad para solicitar su voto por correo.

⁶⁰ ARP 2005/634.

suelve a unos trabajadores del ayuntamiento que no tenían tal carácter público. En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2000⁶¹ al señalar que no existe condición de funcionario fuera de la labor de apoderados e interventores durante las votaciones.

En concreto, en relación con la consideración de los suplentes de las Mesas electorales como funcionarios públicos, se ha propuesto una interpretación restrictiva considerando que aunque ciertamente son designados conforme al art. 26.2 LOREG días antes de las elecciones, no tendrían la condición de miembro de la Mesa hasta que ésta quede legalmente constituida; por ello sólo a partir de ese momento aquéllos participan en el ejercicio de la función pública y no con anterioridad limitándose a recibir un manual de instrucciones sobre el desarrollo de sus funciones⁶².

No obstante, a pesar de la amplitud del concepto de funcionario público del art. 135 LOREG, pueden plantearse dudas en relación a otros sujetos como los apoderados de las candidaturas respecto de los cuales se ha dicho que tendrán la condición de funcionarios públicos cuando ejercen las funciones previstas en el art. 77 LOREG⁶³, así como cuando ejercen las funciones de interventor en ausencia de este último⁶⁴. Los interventores y apoderados deben de actuar como funcionario público electorales no existiendo esta condición a los efectos de los delitos electorales fuera de la labor propia de las votaciones⁶⁵. Por su parte, la SAP de Cáceres de 13 de diciembre de 2010 condena a la funcionaria de correos por el art. 139.8 LOREG considerándola funcionaria pública a efectos electorales⁶⁶.

5.2.2. Concepto de documento oficial a efectos penales-electorales

Señala el apartado 2 del art. 135 LOREG que: “*A los mismos efectos tienen la consideración de documentos oficiales, el censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente Ley encargue su expedición*”. De este modo, la LOREG establece

⁶¹ JUR 2001/7069.

⁶² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., en “Los delitos electorales: Análisis jurisprudencial...”, ob. cit., pp. 22-23.

⁶³ El art. 77 dispone que: “*Los apoderados tienen derecho a acceder libremente a los locales electorales, a examinar el desarrollo de las operaciones de voto y de escrutinio, a formular reclamaciones y protestas así como a recibir las certificaciones que prevé esta Ley, cuando no hayan sido expedidas a otro apoderado o interventor de su misma candidatura*”.

⁶⁴ Sobre el tratamiento que reciben estos sujetos vid. ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal*, ob. cit., 120.

⁶⁵ Como así lo ha señalado la SAP de Madrid de 20 de septiembre de 2000 (JUR 2001/7069).

⁶⁶ ARP 2011/226. Cabría plantearse la responsabilidad de los Notarios (respecto del apoderamiento en el voto por correo) o de los médicos (que emiten los certificados para el trámite del voto por correo) como partícipes de los delitos electorales siempre que con su conducta contribuyan a la comisión del ilícito electoral. Respecto a los médicos vid. la SAP de Jaén de 11 de noviembre de 2008 (ARP 2009/530).

un concepto propio de documento oficial, ausente en el Código penal⁶⁷, conteniendo además una relación abierta de documentos que deberá ser completada con cuantas disposiciones legales hagan referencia a documentos electorales.

5.2.3. *El concurso aparente de normas penales entre el Código penal y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*

El art. 136 LOREG dispone que: “*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos*”, convirtiendo en regla general la aplicación del principio de alternatividad conforme al cual se aplicará la norma que imponga la sanción más grave al hecho cometido⁶⁸.

Este precepto surge de la necesidad de colmar la laguna referida a la concurrencia en un mismo hecho de normas recogidas en el texto punitivo y en la LOREG dado que las reglas de resolución del conflicto de normas previstas en el art. 8CP se aplican a “*hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código*”⁶⁹. En efecto, el art. 136 LOREG ofrece una regla para resolver el concurso aparente de normas penales que puede producirse ante la aplicación a un mismo hecho entre el Código penal y la LOREG dado que bastantes de las conductas que integran los delitos electorales podrían igualmente quedar integradas en sendos delitos previstos en el Código Penal, (así amenazas y coacciones, suspensión del ejercicio de derechos cívicos, desordenes públicos, denegación de auxilio, o falsedades). En consecuencia, la tipificación expresa de los delitos electorales podría justificarse por la voluntad del legislador de agravar las penas cuando esas conductas se cometan en el ámbito electoral dado que, según señala el art. 137 LOREG, a las penas previstas en los delitos electorales se les deberá añadir en todo caso la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Como regla general los delitos electorales prevén penas superiores que el Código penal de modo que la LOREG será de aplicación preferente; no obstante se pueden

⁶⁷ El Código penal sí define el concepto de "documento" en su art. 26 señalando que: “*A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”.

⁶⁸ De forma diferente resuelve el concurso aparente de normas penales el art. 8 CP estableciendo el siguiente orden de preferencia: 1. el principio de especialidad, 2. subsidiariedad, 3. consunción y en defecto de los anteriores, 4. El principio de alternatividad. El art. 8 CP señala que: “*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”.

⁶⁹ En efecto, el art. 8 del CP resuelve el conflicto que puede producirse entre normas penales previstas en el Código, mientras que el art. 136 LOREG resuelve el conflicto que puede plantearse entre normas previstas en el Código penal y en la LOREG. De otro lado, los supuestos en los que el conflicto se produzca entre dos o más normas de la LOREG deberán ser resueltos por aplicación del art. 8 CP dado que, como señala el art. 138 LOREG, el Código penal será de aplicación subsidiaria.

encontrar excepciones: Por ejemplo el art. 146.1.b) de la LOREG en comparación con las amenazas de los arts. 169, 171 y 172 del CP de forma que en estos casos se deberá aplicar el Código penal.

Para finalizar, es preciso poner de relieve que el art. 136 LOREG hace mención “*al delito o faltas cometidos*”, lo que constituye un error al no prever la LOREG faltas electorales, aunque sí infracciones administrativas. Dicho error probablemente sea atribuible a que el vigente art. 136 LOREG es una transcripción del art. 79 del RD ley 20/1977 de 18 de marzo que sí recogía faltas.

5.2.4. *La pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo*

El art. 137 LOREG dispone que: “*Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo*”⁷⁰. La aplicación de la pena de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo puede entenderse plenamente justificada en la medida que impide al delincuente electoral el ejercicio de un derecho tan íntimamente conectado con la ejecución del ilícito ya que sería absurdo dejar participar en Democracia a una persona que ha perturbado su esencia.

El contenido de la pena de inhabilitación del derecho de sufragio y su duración se desarrolla en el art. 44 CP que dispone que: “*La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos*”.

Hasta la reciente reforma de la LOREG operada en 2011, las penas previstas para los delitos electorales eran las de arresto mayor, prisión menor, prisión mayor y multa lo que le correspondía con el sistema de penas del derogado CPTR⁷¹. La citada reforma de 2011, entre otras modificaciones, ha homogeneizado las penas previstas en los delitos electorales con las recogidas en el catálogo de penas del art. 39 CP.

Cabría plantearse qué tratamiento penológico debe recibir el autor de un delito electoral cuando por aplicación del principio de alternatividad se debe imputar el delito previsto en el Código penal por tener este último señalado una pena más grave. En este caso, ¿se debería aplicar junto a la pena prevista en el delito común la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio recogida en el art. 137 LOREG?; entiendo que no pues hacerlo sería crear una nueva norma penal resultado lo que violaría el principio de legalidad penal.

5.2.5. *La aplicación subsidiaria del Código penal a los delitos electorales*

El artículo 138 LOREG dispone que: “*En lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo se aplicará el Código Penal. También serán de aplica-*

⁷⁰ La reforma operada por la LO 10/1995 del Código penal suprimió la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo.

⁷¹ Tras la aprobación del Código penal de 1995, su Disposición Transitoria n. 11 estableció una tabla de conversión de penas.

ción, en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, Título 1º, del Código Penal a los delitos penados en esta Ley”, declarando el carácter subsidiario del Código penal en materia electoral. De este modo serán de aplicación prácticamente todas las disposiciones generales en materia de elementos esenciales del delito, formas imperfectas de ejecución, participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, etc.

Del tenor literal del art. 138 LOREG podemos esbozar el siguiente esquema respecto de la relación entre el Código penal y la LOREG:

- Los conceptos de funcionario público y documento oficial, la resolución de los concursos de normas y la imposición de la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio se regulan por los arts. 135-137 LOREG.
- Los arts. 1-7 del Código penal son en todo caso aplicables a tenor del 138.2 LOREG.
- Cualquier otra cuestión no especificada anteriormente relativa al Libro I CP (circunstancias, personas responsables, responsabilidad civil...) se aplica porque no se hayan expresamente previstas en el Código penal a tenor de lo dispuesto en el art. 138.1 LOREG.

6. Conclusiones

En un sistema democrático, la Soberanía popular reside en el Pueblo siendo los ciudadanos, a través de sus legítimos representantes, quienes ordenan y organizan la convivencia social. En particular, en un sistema parlamentario que se conforma mediante elecciones democráticas, esto es, periódicas, libres, pacíficas, abiertas y competitivas, es el Parlamento el órgano constitucional del Estado que expresa la voluntad del Pueblo y permite la participación de los ciudadanos en la vida política.

En este contexto, el derecho de sufragio –que lo es de configuración legal-, como proyección del principio de Soberanía Popular, es un instrumento fundamental que se ejerce conforme a unas reglas procedimentales que tienden a asegurar el orden, la regularidad y la transparencia de las operaciones conexas a las consultas electorales, y que permita a los ciudadanos -organizados en el cuerpo electoral- elegir libremente a sus representantes y participar, de este modo, en la dirección política de la sociedad sin ningún tipo de injerencia ilegítima -coacciones, amenazas, sobornos, etc.; en caso contrario, los ciudadanos electos no serían los legítimos representantes del pueblo ejerciendo un mandato ilegítimo otorgado mediante el concurso de conductas que injustamente han falseado y/o violentado la voluntad del cuerpo electoral.

La protección jurídica del derecho de sufragio se articula por las leyes electorales que tratan de prever y prevenir todas las irregularidades que puedan cometerse en los distintos momentos que abarca el ejercicio del derecho de sufragio, esto es, desde la formación del censo electoral, en tanto instrumento que reconoce la capacidad elec-

toral de los ciudadanos, hasta las últimas operaciones que tengan por finalidad asegurar la legalidad de todo el procedimiento y los resultados del escrutinio.

En España, la protección jurídica del derecho de participación política se desarrolla, de forma pormenorizada y garantista, fundamentalmente por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General* que tras recoger en su Título I las *Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo*, prevé las especialidades aplicables a las elecciones a diputados y senadores –Título II-, a las elecciones municipales –Título III-, a las elecciones de cabildos insulares canarios –Título IV-, a las elecciones de diputados provinciales –Título V- y a las elecciones al Parlamento Europeo –Título VI-.

El carácter esencial que el libre ejercicio del derecho de sufragio tiene para el sustento de los valores propios de un sistema democrático, justifica la intervención del Derecho penal para incriminar aquellos comportamientos idóneos para lesionar o poner en peligro aquello que el propio proceso electoral pretende garantizar, esto es, la libertad para elegir a los representantes públicos, la igualdad de éstos para el acceso a los puestos de representación y la veracidad de los resultados electorales; se pretende así evitar que *“pasiones, resentimientos o fraudes puedan inocular la libre expresión de la soberanía popular en el crítico momento en el que, quien la encarna, es convocada a las urnas”*.

Históricamente la corrupción electoral ha sido, y aún es, un fenómeno muy extendido incluso en aquellos países que han sido considerados como cuna del Parlamentarismo. También en España, la historia muestra cómo el falseamiento electoral ha marcado esta materia, aunque la corrupción electoral en nuestro país ha revelado específicas formas posiblemente determinadas por nuestras particulares circunstancias históricas tales como el infradesarrollo democrático, la ignorancia de los ciudadanos, así como de los líderes políticos que, entonces, probablemente desconocieran o no fuesen lo suficientemente conscientes del auténtico papel que debían de cumplir para que el sistema democrático funcionase.

En la actualidad, aunque el sistema democrático en la sociedad española se encuentra ampliamente consolidado, continúan produciéndose, como sucede en otros países, fraudes electorales que atacan su propia esencia aunque, como igualmente sucede con la delincuencia en general, destaca el elevado índice de cifra negra que podría ser explicado, entre otras razones, por la idea bastante extendida de que el delito electoral no tiene un fundamento rigurosamente jurídico, sino político. A pesar de ello, en los últimos años parece que se ha prestado especial atención a la investigación de los delitos electorales representando en el año 2008 un 3% de las diligencias de investigación abiertas por las Fiscalías españolas. Sorprende igualmente el escaso interés que en el ámbito doctrinal penal español ha suscitado el estudio de los delitos electorales.

Si se admite, como parece evidente, que las diversas formas de corrupción elec-

toral ponen en peligro el propio sistema democrático entendido como conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional, se puede concluir que la lucha contra la corrupción electoral constituye una exigencia fundamental del aquel modelo de estado, el Democrático, lo que hace preciso en primer lugar un sistema preventivo que reduzca la vulnerabilidad de las instituciones democráticas. También es congruente y razonable el recurso al Derecho penal en su carácter de ultima ratio frente a aquellos casos de corrupción política más graves en los que la misma Soberanía Popular se vea fuertemente lesionada en su esencia y funciones pudiendo afirmarse entonces *la amarga necesidad del Derecho penal* que, no obstante, no ha de ser confundida con *la fácil huida al Derecho penal*.

La LOREG, como Ley penal especial, recoge en su Capítulo VIII, Título I los *Delitos e infracciones electorales* lo que lleva a cabo a lo largo de 4 secciones: Sección 1ª: Disposiciones generales (arts. 135 a 138); Sección 2ª: Delitos electorales (arts. 139 a 150); Sección 3ª: Procedimiento Judicial (arts. 151 a 152) y Sección 4ª: Infracciones electorales (art. 153). Este trabajo se ocupa esencialmente del análisis de la sección 1ª y, sólo en lo relativo a los delitos cometidos por funcionario público, de la sección 2ª.

El derecho de sufragio (activo y pasivo) como bien jurídico protegido por los delitos electorales en tanto elemento aglutinador de todas las figuras delictivas previstas en los arts. 139 a 150 LOREG y entendido como derecho de participación política en un Estado Social y Democrático de Derecho, constituye la columna vertebral del proceso electoral que garantiza la soberanía popular, esto es, la voluntad del Pueblo. Los delitos electorales previstos en la LOREG tienden a la protección de dicho bien jurídico, castigando las conductas que afecten a la formación de la voluntad popular, o a la igualdad de oportunidades de las distintas formaciones políticas. El Derecho penal protege, en definitiva, el proceso electoral desde la formación en libertad de decidir votar, hasta su resultado final sin que quepan actuaciones de carácter ilícito que en cualquier punto del proceso puedan incidir en el mismo o bien ofrecer resultados falseados. De este modo, aquellos otros ámbitos operativos del proceso electoral que no afecten de alguna manera al derecho de sufragio representando, en realidad, una mera inobservancia de reglas administrativas, debería quedar al margen de la sanción penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS MARTÍ, M.A., “El delito electoral”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8. Ed. Corts Valencianes, 1999, pp. 163-185.
- ARAGÓN, M., “Derecho de sufragio: principio y función”, *Tratado de Derecho electoral comparado de América latina*, 2007, pp. 162-177.
- ARNALDO ALCUBILLA, E/DELGADO IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., *Código electoral*, Madrid, 2011.

- BERTOLINI, L., “Reati elettorali”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce *Elezioni*, pp. 1-9.
- CALOGERO, F., “Profili relativi alla tutela penale della libertà di voto”, *L’Indice Penale, Nuova Serie*, Anno III, n. 1, Gennaio-Aprile, 2000, pp.973-1004.
- CRUZ BLANCA, M.J., “La protección penal de la Soberanía Nacional en el Código Penal de 1822”, *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012, pp. 211-221.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Delitos electorales. Su configuración según la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio”, *Comentarios a la Legislación Penal. Delitos electorales*. Dirigidos por M. Cobo del Rosal y M. Bajo, Revista de Derecho Público. Tomo XVI, Madrid, 1994, pp. 1-85.
- LEHOUCQ, F., “Qué es el fraude electoral? Su naturaleza, sus causas y consecuencias”, *Revista Mexicana de Sociología*, 69, núm. 1 (enero-marzo, 2007), México, pp. 1-7.
- MANTOVANI, F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2001.
- MAZZANTI, M., *I reati elettorali*, Milano, 1966.
- MESTRE, E., *Los delitos electorales en España (1812-1936)*, Madrid, 1977.
- MORILLAS CUEVA, L., en *Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Granada, 1977.
- MUÑOZ CONDE, F., “Delitos electorales”, en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigidos por M. Cobo del Rosal y M. Bajo, Tomo II, Madrid, 1983, pp. 459-481.
- MUÑOZ CUESTA, J/MARTÍ CRUCHAGA, V. “Delitos electorales”, *Diario LA LEY*, n. 6887, 2008. Disponible en recurso electrónico.
- NUNZIATA M., *Diritto penale elettorale*, 2000.
- ORTS BERENGUER, E., en “Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 3, 1977, pp. 271-287.
- PERIS RIERA, J/ROMERO FLORES, B., “Los delitos electorales”, *Iustel*, Disponible en recurso electrónico.
- REDONDO HERMIDA, A., “El delito electoral de denegación de auxilio”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 8, 2000, pp. 151-176.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., “Los delitos electorales: Análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral”, *Revista General del Derecho Penal*, Doctrina núm. 6, noviembre, 2006. Disponible en recurso electrónico.
- ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal*, Barcelona, 2005.
- TAMBARO, I., “I reati elettorali”, en E. Pessina, *Enciclopedia del Diritto penale Italiano. Raccolta di monografie*, Milano, 1908, pp. 1002-1069.
- URBANO CASTRILLO, E., “Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2011, 2001. Disponible en recurso electrónico.