

Miguel Ángel Altés Martí
 PROFESOR DE DERECHO PENAL. FISCAL

EL DELITO ELECTORAL

SUMARIO

- 1 INTRODUCCIÓN.
- 2 NECESIDAD DE SU REGULACIÓN CON CARÁCTER ESPECIAL.
- 3 SISTEMÁTICA DE LA LEY. A) DISPOSICIONES GENERALES. 1 *Fuentes*. 2 *Problemas concursales*. 3 *Definiciones*. 4 *Penas*. B) DELITOS ELECTORALES EN PARTICULAR. C) NORMAS PROCESALES. D) INFRACCIONES ELECTORALES.
- 4 CONCLUSIÓN.

1 INTRODUCCIÓN

El legislador postconstitucional, al promulgar la Ley del Régimen Electoral General 5/1985 de 19 de Junio (modificada por la LO 1/1987, de 2 de Abril, y posteriormente por las LLOO 8/1991 de 13 de marzo, 6/1992 de 2 de noviembre, 13/1994 de 30 de marzo, 3/1995 de 23 de marzo, 10/1995 de 23 de noviembre y 1/1997 de 30 de mayo) siguió la pauta marcada por las precedentes leyes electorales y dedicó uno de sus Títulos a regular los delitos para la protección del proceso electoral, así como sus penas.

Así, se observa como, todas las leyes electorales, desde la primera de 1864 y siguiendo con las de 1870, 1890, 1907 y el decreto-ley de 1977, ha regulado en su seno los delitos electorales. Pero esta regulación no se ha limitado a determinar los delitos y sus penas, sino que contiene normas de carácter general, en las que se determinan el concepto de funcionario público a efectos del delito; normas de carácter procesal; así como también normas de derecho supletorio.

La vigente Ley Electoral 5/1985 de 19 de junio (con las modificaciones posteriores ya citadas) sigue fielmente los precedentes históricos en esta materia. En el Capítulo VIII del Título Primero recoge todo lo referente a los delitos e infracciones electorales, dividiéndose dicho capítulo en cuatro secciones que tratan respectivamente de las «Disposiciones generales»; de los «Delitos en particular»; del «Procedimiento judicial»; y de las «Infracciones administrativas».

De esta forma, al quedar regulada esta materia penal fuera del Código Penal, adquiere carácter de especial y mantiene la controversia sobre si era necesaria tal regulación o hubiera sido mejor incluirla dentro del Código. La normativa, además, presenta otras particularidades, ya que en la regulación de la que es objeto se entremezclan definiciones, fuentes a seguir, concursos de leyes, así como normas procedimentales; y todo ello, además, mezclando en el mismo capítulo lo que es materia de delito y lo que es constitutivo de simple falta, que no adquiere ni siquiera la categoría de penal, al regularse como en falta administrativa.

2 NECESIDAD DE SU REGULACIÓN CON CARÁCTER ESPECIAL

El triunfo del derecho Penal moderno, entendiéndolo por tal el que, arrancando del modelo liberal, ha llegado hasta nuestros días, a través del movimiento codificador y la implantación del Estado de Derecho, hizo plantearse a la doctrina la posibilidad de que pudiera coexistir junto al derecho codificado un derecho penal especial que recogiera delitos, al margen de los que se tipificaban en el Código Penal y por ello llamados comunes.

Ciertamente esta posibilidad ha constituido un motivo de preocupación para la doctrina desde el propio inicio del movimiento codificador. Inicialmente, ésta se decantó por negar tal posibilidad sobre la creencia de que su aceptación conllevaría un atentado a los principios que debe de inspirar toda regulación legal de la materia penal. Como muestra podemos destacar a Pacheco que, al comentar el código de 1848, afirmaba: «lo que sobra daña. Si ha de menester el Código de reforma o mayor explicación, eso lo veremos en los artículos oportunos; pero no digamos que después de él hace falta una ley, cuando lo que habíamos de buscar en ella, tiene su propio lugar en la general que vamos examinando».

En efecto, fruto de esta posición doctrinal, el Código Penal de 1848, al que acabamos de referirnos en el comentario de Pacheco, contenía dentro del Título III, dedicado a los Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, un tercer Capítulo en el que se regulaban

muy parcamente «los delitos de desordenes, coacciones, cohechos y falsedades electorales».

La causa de esta repulsa a las leyes penales especiales venía dada por tres tipos de razones que, si bien podían ser objeto de tratamiento por separado, aparecían tan ligadas históricamente en el tiempo que obligo, en un principio, a darles una respuesta unitaria. Nos referimos, claro está, a las razones de técnica legislativa; a la existencia de una jurisdicción distinta a la ordinaria, a la que le correspondería conocer de los delitos regulados en la Ley Especial y que, por tanto, atentaría al principio de «unidad de jurisdicción»; y en tercer lugar a las relaciones entre el Código Común y la Ley Especial.

Posteriormente, la implantación del Estado democrático y de derecho conllevó, en principio, la desaparición de la preocupación por la creencia de que una Ley Penal Especial iba unida necesariamente a una jurisdicción especial, con la quiebra de las garantías de todo estado de derecho que ello suponía, ya que la propia jurisdicción ordinaria era la competente para conocer de los delitos contenidos en dichas leyes especiales. Sólo en los «interins» de la suspensión del Estado de derecho renacía esta preocupación. En cualquier caso, en lo que a nuestro país se refiere y en concreto en relación con la materia electoral, veremos que nunca llegó a plantearse tal problema, aunque no ocurrió así en otros ámbitos cubiertos por leyes especiales.

Son, en consecuencia, las otras dos razones esgrimidas — las de técnica legislativa y las de relaciones entre el Código y las leyes especiales—, las que han presidido la discusión sobre la conveniencia de recoger en una ley especial la materia penal electoral o, por el contrario, si la misma debía regularla el Código Penal.

Desde un punto de vista de la técnica legislativa, la doctrina no ha mantenido una postura unánime, encontrándonos opiniones en uno y otro sentido. Aunque el ideal sería que toda la materia penal estuviera reunida en un solo cuerpo legal, no hay que olvidar, por otro lado, que determinadas materias, por sus particularidades, no guardan relación con lo que tradicionalmente constituye la materia propia de un Código o son de tal naturaleza, por su carácter de transitoriedad o por encontrarse en un periodo incipiente de materialización, que su inclusión plantearía graves problemas de encuadre.

Como acertadamente señalaba Quintano Ripollés «un Código precisa de cierto carácter de permanencia y estabilidad que se aviene difícilmente con la ágil movilidad que demanda la idónea lucha contra ciertas infracciones. Y acontece en otras ocasiones, que determinadas infracciones criminales tienen un carácter específicamente técnico que repugna al de la generalidad que debe exigírsele a un Código. De ahí que existan leyes especiales que viene a definir y sancionar ciertas conductas al margen de las que vienen previstas en el Código Penal».

Por último, por lo que se refiere a las relaciones entre el Código Común y la Ley Especial, normalmente o bien se acude a normas de remisión de la propia Ley Especial al Código, o bien contiene éste una norma de carácter supletorio respecto a las leyes especiales.

Sin embargo, en nuestro Código Penal tradicionalmente ha establecido la separación absoluta. En este sentido el artículo 7º, cuyo origen hay que buscarlo en el Código de 1870, antes de la reforma operada en 1983 determinaba expresamente lo siguiente: «No quedan sujetos a las disposiciones de este código los delitos y las faltas que se hallen penados por leyes especiales». Había pues que acudir a las leyes especiales para encontrar en ellas, en su caso, la norma que nos permitiera aplicar como supletorio el Código Penal.

Las relaciones entre el derecho general y el especial, como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, se rigen por dos principios que se consideran básicos: 1º) las disposiciones de un derecho especial son preferentes a las del derecho común; y 2º) las deficiencias de las normas contenidas en los derechos especiales serán suplidas por las disposiciones del Derecho común.

El primer principio quedaba consagrado legislativamente, dada la redacción del artículo 7º del Código. Sin embargo, el segundo de los principios no aparecía claro en el texto legal, y solo la interpretación doctrinal y jurisprudencial permitían entender su vigencia, sobre la base de que no se contenía en el citado artículo una prohibición de aplicación supletoria del código en todo lo que éste regula.

Con la promulgación de la Constitución de 1978 los principios penales en ella recogidos impiden, como señala Vives, que la legislación penal especial se desvincule de ella. La Constitución sólo habla de leyes penales, sin hacer distinción entre el Código y las leyes especiales penales, como señala Quintero Olivares, y, en consecuencia, en el plano constitucional, lo penal consti-

tuye una sola cosa y las garantías fundamentales del individuo serán siempre las mismas, bien que las conductas penales se contengan en uno u otro tipo de Ley, como añade este mismo autor.

Como consecuencia de lo anterior, por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, se introdujo un párrafo segundo al artículo 7º que literalmente dice así: «No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo». Quedaba, por tanto, consagrado en la Ley penal el segundo de los principios a los que antes hacíamos referencia.

Por último, el vigente código penal de 1995, después de afirmar en su exposición de motivos que «hoy tanto el Código como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinadas a la Constitución y obligadas a someterse a ella», y añadir a continuación que «consiguientemente las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban», establece en el artículo 9º que «las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicaran como supletorias en lo no previsto expresamente por aquellas».

Como vemos, el Código va más lejos de lo que en principio parecía una exigencia constitucional, pues concede eficacia supletoria al resto del Código en todo lo que no este previsto en las leyes especiales. Esta previsión normativa ha sido objeto de crítica por parte de Vives a causa de su gran imprecisión, pues no cabe duda que en el Código se contienen preceptos que, por su propia naturaleza, son de imposible aplicación supletoria.

En concreto, en relación al delito electoral, apuntábamos antes que, salvo su regulación dentro del Código penal de 1848, ha venido siempre regulado en ley especial, formando parte de la correspondiente Ley Electoral. La razón de ello obedece a las particularidades del proceso electoral y a la necesidad de tipificar con más detalle las conductas punibles. De esta forma y de la mano del entonces Ministro de Gobernación Cánovas del Castillo se promulgó la Ley de delitos Electorales de 22 de junio de 1864 que derogó las disposiciones que en esta materia contenía el Código de 1848.

A partir de esta fecha, ya no volverán los delitos electorales a estar entre la materias contenidas por los sucesivos Códigos penales. Serán, en cambio, las sucesivas leyes electorales las que presten atención, y ello porque, como señalaba Groizar al comentar el Código de 1870, «algunos delitos electorales reúnen ciertamente los caracteres precisos para ser incriminados sin violentar en lo más mínimo la teoría general de la Ley. Pero no sucede así con otros muchos más relacionados, que con los derechos sociales y los principios de justicia universal, con las ideas políticas dominantes, con la extensión y forma del sufragio, con la confección de las listas, con la división territorial y con otros tantos puntos accidentales, propios de la especial organización administrativa, como constituyen esta clase de Leyes eminentemente políticas».

A todas estas razones, que perviven en la actualidad, podríamos añadir la especial particularidad de que esta Ley no tiene una aplicación continuada en el tiempo, ya que sólo se aplica en los periodos electorales y, por tanto, resulta mucho más susceptible de modificación en función de las concretas deficiencias que pudieran darse.

Queda claro, por las razones apuntadas, que nuestro legislador ha optado por la técnica legislativa de regular la presente materia en Ley Especial y que, de igual forma, promulgada la Constitución, los posibles recelos a que una ley especial pueda quebrar los principios informadores de un Estado de derecho han desaparecido igualmente.

Por último, el problema de las relaciones entre la ley común y la especial, quedan igualmente solucionado con la promulgación del Código de 1995, si bien al ser anterior en el tiempo la Ley Electoral (19 de junio de 1985) hay que entender que el artículo 138 de la citada Ley Electoral, en el que se establece el carácter supletorio del Código Penal, debe de ser interpretado a la luz del artículo 9 del Código Penal vigente. Hemos de señalar finalmente que el nuevo Código contiene preceptos y disposiciones transitorias que afectan directamente al contenido material de la Ley objeto de nuestro estudio y que examinaremos en su lugar correspondiente.

En definitiva y a modo de conclusión, los delitos electorales forman parte de aquellos que justifican plenamente su regulación en una ley especial. Sin embargo, ello no quiere decir que su regulación actual sea la más apropiada, ni que responda a las exigencias del presente como oportunamente veremos.

3 SISTEMÁTICA DE LA LEY

La Ley dedica al delito electoral el capítulo VIII del Título Primero, el cual se divide en cuatro secciones que vamos a exponer a continuación.

A) DISPOSICIONES GENERALES

Dentro de esta sección trata la ley de las fuentes, del concurso de leyes, de determinadas definiciones a efectos de la aplicación de la ley, y, por último, de las penas.

Veamos en particular cada una de estas disposiciones, si bien haremos sólo una somera referencia al tema de las fuentes ya que éste ya ha sido objeto de un estudio más profundo en el apartado anterior.

1º FUENTES

La Ley en el artículo 138 establece que «en lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo se aplicara el Código Penal» y que «también serán de aplicación en todo caso las disposiciones del Capítulo I, Título 1º, del Código Penal a los delitos penados en esta Ley.»

Como ya expusimos, con la promulgación de la Constitución y a la luz del artículo 9º del vigente Código Penal, el artículo anteriormente citado de la Ley electoral debe ser interpretado en el sentido de que el Título Preliminar del Código tiene aplicación preferente y no subsidiaria y el resto del Código será el que se aplicará, en todo caso, con carácter subsidiario. Debe entenderse, además, que el párrafo segundo del artículo 138 de la presente Ley ha dejado de tener vigencia por referirse en exclusiva al Código Penal derogado.

Ningún problema mas se presenta en esta materia, como no sean los ya tratados y a los cuales nos remitimos.

2º PROBLEMAS CONCURSALES

A los problemas concursales hace referencia el artículo 136 de la Ley cuando dice 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».

De este artículo puede entresacarse una primera conclusión: si los hechos ya están incriminados en el Código no tiene razón de ser el tipificarlos además en la Ley especial, salvo que lo que se pretenda sea una agravación de las penas por razón del objeto de protección o por razón del tiempo concreto en que se producen, cual es el periodo electoral. Si se entiende así la razón de ser del artículo, se hacía necesaria su inclusión en la Ley especial, pues, de otro modo, podría, en algún caso, truncarse la voluntad del legislador de castigar mas gravemente dichas conductas.

Se recoge, por tanto, en el citado artículo el principio de alternatividad, no planteándose problema alguno con el vigente Código Penal, toda vez que este principio se recoge igualmente en el artículo 8.4, comprendido en el título preliminar del Código, y que como hemos puesto ya de manifiesto resulta de aplicación preferente por mandato del artículo 9. Podríamos añadir que, como consecuencia de ello, se podría eliminar esta referencia de la Ley al principio de alternatividad, pero no cabe duda que lo que abunda no daña y es de esperar que, cuando se plantee una modificación de la Ley, se tenga en cuenta esta repetición innecesaria y se suprima.

3º DEFINICIONES

En los dos números del artículo 135, con el que se inicia la sección a la que ahora se presta atención, se contienen dos definiciones: la de funcionario publico; y la de documentos oficiales.

En este sentido el referido artículo expresa textualmente lo siguiente:

«1. A los efectos de este Capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función publica 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.

2. A los mismos efectos tienen la consideración de documentos oficiales, el censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramientos de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente ley encargue su expedición.»

El Código penal sí establece un concepto de funcionario en el artículo 24.2, puesto que el apartado 1º lo reserva para recoger el concepto de autoridad. Sin embargo, no define lo que debe entenderse por un documento oficial, si bien tanto la Jurisprudencia, como la doctrina se han preocupado de determinar su concepto a propósito de varios delitos, entre ellos los de falsedades, entendiéndose que dichos documentos serán los emanados de un funcionario público, al cual le esté encomendada tal posibilidad.

Podría perfectamente pensarse entonces en relación con el concepto de funcionario que era innecesaria su inclusión en la Ley (artículo 138 párrafo primero), al ya venir regulado en el art. 9.2 del Código. Sin embargo, las particularidades propias del proceso electoral y el fin de personas que intervienen, para conseguir, no sólo una mayor transparencia, sino la máxima fiabilidad de las mismas, hace necesario no quedarse con el concepto del Código, por su amplitud, siendo preferible detallar las personas que con responsabilidad intervienen el proceso.

Piénsese que, de esta manera, se refuerzan los principios de legalidad, taxatividad y tipicidad, ya que se huye de conceptos pendientes de valoración y, en consecuencia, existe en esta materia una mayor seguridad jurídica.

Por lo que respecta al concepto de documento oficial, al carecer el Código de una definición del mismo, puesto que sólo se menciona en el artículo 26 el de documento sin calificativo alguno, resulta correcto y positivo que la Ley Electoral lo establezca por las mismas razones que dábamos para mantener el concepto de funcionario.

4º PENAS

Por último, el artículo 137 de la Ley prevé con carácter general 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 de sufragio pasivo».

Es una consecuencia lógica, por razón de la materia que es objeto de protección, que se imponga la pena de inhabilitación para presentarse a elecciones para cargos públicos. Antes de la promulgación del Código, la pena de inhabilitación comprendía tanto el derecho de sufragio pasivo, como el activo, pero con la promulgación del Código, al suprimirse como pena la privación del derecho de sufragio activo, el propio Código en su disposición derogatoria se preocupó de modificar este artículo de la Ley Electoral, para adecuarlo a la nueva normativa penal.

Otro problema penológico es el de la adecuación de las penas previstas en la presente ley al nuevo sistema de penas que establece el Código, ya que la Ley, al ser anterior en el tiempo, seguía el sistema de penas del anterior Código ya derogado. También en este caso es el propio Código penal, como era lógico, el que soluciona este conflicto. En efecto en la Disposición Transitoria undécima, referida a las Leyes penales especiales en general, se establecen las penas que hay que imponer en sustitución de las contenidas en las citadas leyes.

B) DELITOS ELECTORALES EN PARTICULAR

Los delitos electorales en concreto se recogen en los artículos 139 a 150 de la Ley, pudiendo sistematizarse los mismos en los siguientes grupos: 1º) delitos que obstaculizan el proceso electoral; 2º) Falsedades; 3º) Fraudes electorales; 4º) Abandono de funciones; 5º) Sobornos y coacciones; 6º) Desordenes públicos; 7º) propagandas ilegales; 8º) Calumnias e injurias; y 9º) Malversación de fondos.

De igual manera que en los apartados anteriores, cabe preguntarse si era necesaria una relación tan prolija de tipos penales y si no hubiera sido mucho más lógico recoger solo aquellos que, de modo exclusivo, ataquen el bien jurídico objeto de protección, es decir la pureza y transparencia del proceso electoral. Camino este que a simple vista se observa que no ha seguido la

Ley. En efecto, ésta, al regular los tipos penales constitutivos de delito electoral, no se limita a la tipificación de aquellas conductas que constituyen patentes infracciones de las normas electorales sino que, junto a ellas, recoge las que, de un modo directo o indirecto, se encuentran relacionadas con el proceso electoral, bien por que así lo ha querido el legislador especial, bien por que esa relación es necesariamente circunstancial en relación al tiempo en que se producen.

Para exponer esta técnica, seguida por la Ley, no se requiere, ni es tampoco nuestro cometido, el análisis pormenorizado de cada tipo penal. Bastará con examinar cada uno de los grupos que antes hemos señalado.

El primer grupo está comprendido por los tipos delictivos propiamente electorales. Así, en el artículo 139 de la Ley son castigados:

«Los funcionarios públicos que dolosamente:

- «1. Incumplan las normas legalmente establecidas para la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral.
2. Incumplan las normas legalmente establecidas para la constitución de las Juntas y Mesas Electorales, así como para las votaciones, acuerdos o escrutinios que estas deban realizar.
3. No extiendan las actas, certificaciones, notificaciones y demás documentos electorales en la forma y momentos previstos por la ley.
4. Susciten, sin motivo racional dudas sobre la identidad de una persona o la identidad de sus derechos.
5. Suspendan sin causa justificada cualquier acto electoral.
6. Nieguen dificulten o retrasen indebidamente la admisión, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlas o no dejen de ellas la debida constancia documental.

7. Causen, en el ejercicio de sus competencias manifiesto perjuicio a un candidato.
8. Incumplan los tramites establecidos para el voto por correspondencia.»

Se comprenden en estos tipos penales las infracciones de las normas reguladoras del proceso electoral y que se desarrollan en los capítulos precedentes. Sin embargo, su contenido tiene un marcado carácter de «tipo de recogida», si por tal entendemos aquel en el que se encuadran todas aquellas conductas que de una u otra forma el legislador no pudo recogerlas en un tipo homogéneo o que no podían ser incardinadas en los tipos penales ya comprendidos en el Código Penal.

Por lo demás, las conductas aquí comprendidas pueden clasificarse en dos grandes grupos: por un lado, las que suponen, por parte del funcionario, la infracción de deberes impuestos por la ley; y, por otro lado, las constitutivas de un abuso o entorpecimiento electoral, debiéndose destacar que no se contiene ninguna mención expresa al «particular», por lo que éste únicamente podrá ser imputado a título de partícipe pero no de autor.

El segundo grupo, que previamente lo hemos titulado «Falsedades», comprende en especial los delitos de falsedades documentales, tanto cometidas dolosa como culposamente; la vulneración de las normas para emitir el voto por correo; así como el falseamiento de las cuentas por parte de los administradores generales y los de las candidaturas. Por tanto en base a estos tipos delictivos la Ley persigue proteger la veracidad del proceso electoral

Las falsedades documentales se recogen en el artículo 140 de la Ley. En él que, después de hacer una prolija enumeración de las posibles falsedades — en los apartados que van desde la letra a) hasta la h)—, establece una cláusula general — en el apartado i)— que pena «cometer cualquier otra falsedad análoga a las anteriores por alguno de los medios señalados en el artículo 302 del Código Penal» (hoy este artículo debe ser sustituido por el 390 del nuevo Código).

Este sistema seguido por la Ley merece nuestra crítica. En primer lugar porque muchos de los tipos descritos están perfectamente incardinados en el delito de falsedad previsto y penado en el artículo 390 del vigente Código, por lo que era innecesaria tal exhaustiva relación. En segun -

do lugar porque recoge la analogía con relación al artículo 302 (actual 390) como medio de poder castigar cualquier tipo de falsedad no previamente prevista, lo cual atenta directamente al principio de Legalidad que proscribe la analogía en el derecho penal y más, como en el presente caso, al tratarse de una analogía en «malam partem». Por lo demás, la referencia que se hace al artículo 318 del antiguo Código penal (que permitía a los tribunales bajar la pena inferior en grado teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias del culpable), al no tener equivalente en el actual, carece de eficacia, por lo que habrá que acudir a las normas generales sobre las facultades de los tribunales a la hora de determinar la pena.

Por otra parte, la posibilidad de la comisión imprudente, prevista en el artículo 140.2, constituye una afirmación de la norma general prevista en el artículo 12 del Código, el cual prevé que «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigaran cuando expresamente lo disponga la Ley», pero, al mismo tiempo, constituye una contradicción con el sistema seguido por el actual Código que abandona la posibilidad de la comisión culposa del delito de falsedad. Es de esperar, por tanto, una corrección de este criterio en la primera reforma de la Ley.

El artículo 141 se refiere a la vulneración de las normas para votar por correo. Concretamente, el artículo habla de tramites y, en tal sentido, el T.S. tiene declarado que dichos tramites deben de ser graves y no inocuos o baladíes (STS 23-2-1994). Ninguna crítica cabe hacer a este artículo, pues su inclusión era necesaria ante la imposibilidad de encontrarle un encuadre adecuado en el Código.

Finalmente, por lo que se refiere a las falsedades previstas en el artículo 149, referidas a los administradores de las candidaturas, hay que señalar que se trata de un delito de «propia mano», puesto que, según el tenor literal del artículo, sujetos activos sólo pueden ser los administradores generales y los de las candidaturas, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Por tanto, habrá que acudir a las normas generales del Código, respecto a estas conductas, cuando sean cometidas por personas que no tengan tal condición como copartícipes o cómplices.

En el tercero de los grupos enunciados se recogen los fraudes electorales. A ello se refiere el artículo 142 que castiga «a quienes voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten

dolosamente sin capacidad para hacerlo». Este precepto es del todo necesario, pues, dicha conducta, no tiene posibilidad de ser inculpada en los tipos penales del Código.

El cuarto grupo, en el que hemos incluido el abandono de funciones, está sometido a las directrices del artículo 143 que castiga «al Presidente y los vocales de las mesas electorales, así como a sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley». De nuevo estamos ante un artículo completamente necesario si se pretende la protección de la buena realización del proceso electoral el día de las elecciones. Cabe señalar que, en relación a este tipo delictivo, el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias no ha admitido como causa de justificación la objeción de conciencia por pertenecer a una determinada religión.

En el quinto apartado comprendemos las conductas penadas en relación al proceso electoral que podríamos denominar como conductas constitutivas de sobornos o coacciones para solicitar o inducir al voto en un determinado sentido. Dichas conductas se recogen en el artículo 146 en sus apartados 1 y 2, castigándose tanto estas conductas cuando son realizadas por el particular, como por los funcionarios públicos, constituyendo este segundo caso un supuesto agravado. Es lógico que la Ley contemple estas conductas, desde el momento que el soborno, la intimidación o la coacción tienen una finalidad (el obligar a votar en un determinado sentido) que difícilmente, a excepción de la coacción, podría inculparse en el Código. Exceptuamos de esta afirmación a las coacciones, ya que, constituyendo un delito contra la libertad genéricamente considerada, el tipo del Código puede ser perfectamente aplicable cuando lo que se cercena es la libertad de voto, por lo que estos delitos no eran necesario tipificarlos en la Ley Electoral.

El sexto apartado se refiere a los desordenes públicos y se recogen en el artículo 147 de la Ley. Este artículo es de todo punto innecesario, desde el momento que dicha conducta está prevista y penada en el artículo 558 del Código Penal.

En el séptimo apartado se incluyen los delitos de propagandas ilegales y se castigan en el artículo 144 en sus números 1 y 2. En el apartado 1.a) se castiga la realización de actos de propa -

ganda una vez finalizado el plazo electoral; y en el 1.b) la infracción de las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados a los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral. Por su parte, en el apartado 2 se castiga la conducta de los miembros en activo de las Fuerzas Armadas y Seguridad del Estado, los Policías de las Comunidades Autónomas y locales, los Jueces Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral.

No hay nada que objetar a este artículo que resulta necesario para poder castigar las prohibiciones contenidas en la Ley electoral en orden al tiempo y las normas a las que se debe ajustar las campañas electorales, así como para castigar a personas determinadas por razón de su función cuando lleven a cabo la actividad que le está prohibida.

El octavo apartado hace referencia a los delitos de calumnia e injuria. Realmente en el artículo 148 no se tipifican conductas constitutivas de ser calificadas de calumnia o injuria. Lo que el artículo establece es una agravación de las penas cuando éstas (las calumnias y las injurias) se cometan en periodo electoral y con motivo u ocasión de ella. Por tanto, habrá que acudir al Código para determinar la conducta y, como consecuencia de ello, todos los límites impuestos al derecho al honor y a la propia imagen por «el derecho a la libertad de expresión» y el «derecho a la comunicación veraz» y deberá tenerse en cuenta a la hora de calificar si, realmente, ha existido tal delito. De igual forma, dado el contexto en que se produce la conducta, la existencia del «animus iniuriandi» cobra una especial importancia, puesto que el «animus criticandi», propio de todo proceso electoral, eliminará la culpabilidad y por ende el delito.

Finalmente, en el último apartado, el noveno, se comprenden las apropiaciones y malversaciones de los fondos de las cuentas electorales. Estas conductas están castigadas en el artículo 150. En el primero de los apartados de dicho artículo se establece la conducta base y, en el segundo, una agravación de las penas, cuando se actúa con ánimo de lucro personal, para, por último, establecer en el tercer párrafo la posibilidad de una atenuación de las penas cuando el tribunal así lo crea conveniente, haciendo uso del arbitrio judicial. No se entiende muy bien la distinción establecida en orden a la pena según exista o no ánimo de lucro, desde el momento que toda apropiación o distracción supone este ánimo, por lo que el tipo base será de muy difícil, por no

decir de imposible, realización, salvo que lo que se haya querido castigar sea la desviación de los fondos en beneficio de un candidato distinto. Por lo demás, las conductas aquí descritas podrían muy bien incardinarse en los tipos del Código, si partimos del carácter de funcionario de quien realiza la conducta y de la consideración de públicos de los fondos electorales, desde el momento que son objeto de intervención y fiscalización por el estado.

Al examinar los distintos apartados en los que hemos agrupados los delitos electorales, tal como los regula la Ley Electoral, se ha diferenciado cuales de las conductas tipificadas eran necesarias, puesto de otra forma no podrían ser objeto de castigo, de aquellas otras que, por estar incluidas en el Código, resultaban innecesarias, salvo los casos, en que con ello el legislador especial haya querido, una vez más, siguiendo una vieja tradición, darles un tratamiento igualmente especial.

Promulgada la constitución y consolidado el sistema democrático es de esperar que en la próxima modificación de la Ley se corrija el sistema seguido hasta ahora y se regulen en la Ley Especial sólo aquellas conductas que, por no estar incluidas en el Código, sean necesarias para la protección del proceso electoral. Bien entendido que solamente aquellas conductas más graves deben ser las que se regulen como delitos, por imperativo del principio de mínima intervención, regulando como simples faltas o infracciones de carácter administrativo el resto de las conductas que infrinjan las normas electorales.

C) NORMAS PROCESALES

La sección 3ª del Capítulo VIII referido a los Delitos e infracciones electorales lo dedica la Ley electoral al procedimiento judicial comprendido en dos artículos: el 151 y el 152.

Sin embargo, a pesar de tal denominación, no se establece procedimiento alguno. Ello se deriva de la propia dicción del art. 151 que literalmente expresa lo siguiente:

«1. El procedimiento para la sanción de estos delitos se tramitara con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las actuaciones que se produzcan por aplicación de

estas normas tendrán carácter preferente y se tramitaran con la máxima urgencia posible.

2. La acción penal que nace de estos delitos es publica y podrá ejercitarse sin necesidad de deposito o fianza alguna».

A la vista de este artículo, y en especial en atención al apartado primero del mismo del numero primero, solo se puede sacar una conclusión. Ésta no es otra que el legislador ha querido que los procedimientos penales que se inicien con ocasión de la presente Ley se tramiten con la máxima urgencia, si fuera posible, como el propio legislador señala.

La razón de ello es clara: la mayor o menor eficacia del castigo de los delitos comprendidos en el presente capítulo dependerá, en gran medida, del tiempo que medie desde la comisión del hecho hasta que se dicte la Sentencia. Ciertamente, en muchos casos no podrá dictarse la sentencia dentro del periodo electoral previo al día de las elecciones o unos días después, pero sí antes de que, por la junta electoral, central se den los resultados definitivos o, al menos, en el tiempo posterior en el que las elecciones siguen siendo noticia y, por tanto, de máximo interés para los ciudadanos. La finalidad de las penas que se impongan, tanto en orden a la prevención especial como general, se haría ilusoria si se proyectasen dichos procedimientos más allá del tiempo anteriormente señalado. De ahí la exigencia del legislador de que dichos procedimientos tengan carácter preferente y se tramiten con urgencia.

Sin embargo, con la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal este deseo del legislador se hace imposible. Sólo si se dieran los presupuestos para la tramitación de los denominados «juicios rápidos» podría este deseo conseguirse.

La solución es difícil, pues no puede establecerse un procedimiento especial en virtud del principio de unidad de la jurisdicción. Habrá que esperar a una nueva Ley procesal (que por otro lado es de todo punto necesaria ante las carencias de la Ley actual) en la que se solucionen las dilaciones de todo punto indebidas, no sólo en relación con el delito electoral, sino en relación con cualquier delito.

En el apartado 2º del precepto estudiado se afirma que la acción que nace de estos delitos es

publica y que podrá ejercitarse sin necesidad de deposito o fianza alguna. La primera afirmación es de todo punto innecesaria. La técnica seguida por el Código es la de que todo delito es público o perseguible de oficio. Sólo cuando lo disponga el Código de forma expresa será necesaria la previa denuncia del ofendido, dando lugar a los delitos perseguibles a instancia de parte; o se exigirá la presentación de la querrela por parte del ofendido, dando lugar entonces a los delitos privados. Por tanto, si el legislador especial nada hubiera dicho en orden a la naturaleza de la acción, por aplicación supletoria del Código, ésta necesariamente tendría el carácter de pública.

La segunda afirmación hace referencia al ejercicio de la acción por parte de los particulares, no así del Ministerio Fiscal que por mandato de la CE, así como por disposición de su Estatuto, vendrá obligado a ejercerla. Del mismo modo, el juez deberá actuar de oficio cuando conozca los hechos.

Pero en relación al ejercicio de la acción penal por parte de los particulares entendemos que hay que clarificar quien es el que puede ejercer la acción nacida del delito.

En este sentido, si el delito es de los que admite un sujeto pasivo u ofendido, podrá como tal, y siguiendo las normas generales, ejercer la acción penal, dando lugar al procedimiento, o personarse en él, una vez iniciado, como acusación particular y sin necesidad de prestar fianza por aplicación de la LECrim.

Si, por el contrario se trata de un particular que no puede ser considerado perjudicado directo por el delito, la única posibilidad de iniciar el procedimiento o personarse en él cuando ya lo esté será mediante el ejercicio de la acción, a través de la acusación popular, y a este caso es al que se refiere el legislador cuando le releva de prestar la debida fianza o deposito

Así entendido el precepto no existe contradicción o confusión alguna. La acción es pública, porque los delitos que se tipifican en la Ley son de naturaleza pública. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Fiscal podrá ejercer la acción, como podrá ejercerla también el sujeto pasivo del delito, así como cualquier otro ciudadano, pero en este caso la Ley le dispensa del deposito o de la prestación de la fianza.

El otro artículo que comprende la presente sección, el 152, viene a establecer literalmente que «el Tribunal o Juez a quien corresponda la ejecución de las sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se refiere este Título dispondrá la publicación de aquellas en el *Boletín Oficial de la Provincia* y remitirá testimonio literal de las mismas a la Junta Electoral».

Esta disposición es lógica por razón de la naturaleza de los delitos y el deseo del Legislador de conseguir una máxima difusión de la sentencia. De igual manera, de imponerse penas de inhabilitación para el ejercicio pasivo del derecho de sufragio, se hace necesario que las sentencias en las que se impongan sean conocidas por las juntas electorales.

Mayor problema presenta el determinar en que medida la sentencia penal puede afectar al proceso electoral en orden a su validez. Al respecto, teniendo en cuenta la lentitud del proceso penal, por un lado, y, por otro, las causas tasadas en orden a la validez de las actas sobre las que se pueden pronunciar las juntas electorales, habrá que entender que será la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la que podrá determinar la eficacia de la sentencia criminal en atención a la validez de las elecciones.

D) INFRACCIONES ELECTORALES

La sección cuarta del capítulo que comentamos se dedica a establecer las infracciones electorales. Al respecto, el artículo 153 expresa que:

«1. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la junta Electoral competente.

2. Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas».

Lo primero que cabe señalar es que estamos en presencia de infracciones que tienen la consideración de faltas administrativas, y ello por una doble consideración. La primera porque las mismas no se tipifican en particular, determinando el contenido del injusto y su sanción, lo que sería exigible para considerarlas faltas penales. La segunda porque la competencia para su co-

nocimiento y sanción viene atribuida a un órgano no jurisdiccional, como son las respectivas juntas electorales.

Pero admitida la naturaleza administrativa de las faltas cabe señalar una serie de críticas al artículo que las regula.

Hemos dicho que estas infracciones no se tipifican en particular, siendo precisamente esta técnica legislativa la que es objeto de nuestra primera crítica, puesto que el legislador olvida los principios de legalidad y seguridad jurídica. La fórmula empleada en el número 1º del precepto (la infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley, que no constituya delito) produce perplejidad y constituye el mejor ejemplo de como no debe de tipificarse una conducta constitutiva de infracción, tanto penal como administrativamente.

La determinación del injusto administrativo como «la infracción de las normas obligatorias» es de todo punto inaceptable. Conforme a esto, el incumplimiento mismo de la Ley constituye la infracción administrativa, puesto que todas las normas de esta Ley, como las de cualquier otra, son de obligado cumplimiento y no por eso su no-cumplimiento constituye una infracción administrativa sujeta al derecho administrativo sancionador. Hay que entender, por tanto, que no es la infracción de la norma, sino el incumplimiento de la obligación contenida en ella lo que constituye la infracción.

Pero, admitido esto, habrá que determinar de que obligaciones se trata entre todas las contenidas en las normas de la Ley. El propio legislador, siguiendo con tan deplorable técnica, nos lo dice: «aquellas que no constituyan delito» y, si analizamos el contenido de la Ley, veremos que prácticamente todo incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley ha sido tipificado como delito por el legislador. En consecuencia, el margen de actuación que se da al injusto administrativo es prácticamente inoperante, de ahí la inutilidad de este precepto. Hay que pensar que si el legislador lo ha incluido en la Ley posiblemente haya sido por establecer un tipo «residual» o de «recogida» para, de esta forma, poder castigar, aunque sólo sea como falta administrativa, el incumplimiento de cualquier obligación electoral impuesta en la Ley.

Dando un paso más en la crítica de este precepto nos enfrentamos a la disposición contenida en el número 2º. En ella se castigan «las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen

de encuestas electorales... ». Si ponemos en relación esta norma con el artículo 145, donde se castiga a los que dolosamente infrinjan las normas sobre encuestas electorales, resultará que, cuando la conducta sea dolosa integrara delito, y, cuando esta sea imprudente, será constitutiva de falta administrativa, sin que se pueda entrar a graduar la mayor o menor gravedad de la imprudencia. Mayor desafuero era ya imposible de cometer.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que la propia Ley determina en el artículo 138 párrafo segundo que «también serán de aplicación en todo caso las disposiciones del Capítulo I Título 1º del código Penal...», nos encontramos que el Código Penal en el artículo 12 (contenido en el citado capítulo) establece que «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigaran cuando expresamente lo disponga la Ley». Por tanto, al no estar tipificadas dichas conductas como imprudentes de una forma expresa, no son punibles. Entender que la infracción que contiene el segundo párrafo es la cometida por imprudencia no es admisible, pues atentaría directamente a los principios informadores a los que debe ajustarse la Ley Penal.

A la vista de lo anterior, hubiera sido preferible que el legislador hubiera optado por eliminar las infracciones administrativas o, mejor aun, que hubiera planteado una clasificación atendiendo a la gravedad de los injustos electorales, dejando los mínimos necesarios como delitos específicos no comprendidos en el Código y, el resto, tipificarlos en particular como infracciones administrativas.

4 CONCLUSIÓN

A lo largo de la exposición de los apartados del presente trabajo hemos ido poniendo de manifiesto las posibles soluciones de futuro de una nueva ley electoral, fruto todo ello del juicio crítico que hemos llevado sobre la presente Ley. Soluciones, todas ellas, de marcado carácter técnico-jurídico que, si bien mejorarían el aspecto penal de la ley, difícilmente se podría afirmar que con ello se conseguiría una total aceptación social de la misma, por responder la misma a esa aspiración reiterada y constante de toda sociedad de una « Justicia rápida y eficaz».

Por tanto, el verdadero problema de una Ley penal Electoral es que pueda dar respuesta, castigando con rapidez y eficacia, a las infracciones que se cometan con relación a dicho proceso.

Vemos, por consiguiente, que es en su aspecto procesal o de procedimiento adecuado donde se encuentran las grandes carencias y, en consecuencia, donde debe de incidirse para buscar soluciones adecuadas. Se puede tener una muy buena Ley penal Electoral, pero, si se carece de los instrumentos adecuados para exigir dichas responsabilidades y castigarlas a lo largo del tiempo que dura el proceso electoral o a lo más en el inmediatamente posterior, aquella eficaz Ley de vendrá ineficaz y, lo que es peor, el derecho lesionado no será restablecido adecuadamente. Y, como consecuencia de ello, la sociedad, destinataria última de la Ley, no la aceptará como válida para solucionar sus necesidades.

Si, como se observa, la solución es de carácter procesal, hay que establecer una distinción según que el objeto del proceso sea un delito o, por el contrario, una falta administrativa.

Cuando de delitos se trata, la respuesta consistente en el establecimiento de un procedimiento especial es imposible. La solución está en exclusiva en manos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las posibilidades que en orden a la rapidez esta misma ofrece. Por esta razón sólo las conductas más graves deben de ser tipificadas como delitos mientras se espera esa, tan deseada, reforma procesal, en la que se pueda abreviar el tiempo en que los procesos se extienden sin aparente necesidad.

Por el contrario, cuando de faltas se trata, las soluciones son más plausibles y se proyectan en un doble sentido. Por un lado, como ya indicábamos, regulando las infracciones como faltas administrativas, para así poder atribuir su conocimiento y fallo a las Juntas Electorales. Y, por otro lado, estableciendo un procedimiento rápido y sencillo que, sin merma de los derechos fundamentales del justiciable, permita a las juntas electorales sancionar dichas infracciones. Ciertamente que siempre quedará la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, una vez agotada la administrativa, pero éste es un obstáculo imposible de salvar a la luz de nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1985.

CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1978.

GROIZAR, A.: *El Código Penal de 1870*, Burgos, 1870.

MORILLAS CUEVAS, L.: *Los delitos electorales, aspectos penales del Real Decreto 20/1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales*, Granada, 1977.

MUÑOZ CONDE, F.: *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1983.

PACHECO, J. F.: *El Código Penal, concordado y comentado*, Madrid, 1856.

QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE: *La reforma Penal de 1983*, Barcelona, 1983.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal, parte general*, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ MORULLO: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.