

LAS GARANTÍAS DEL PROCESO ELECTORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Ramón ENTRENA CUESTA

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *Los recursos en vía administrativa electoral.* III. *Los recursos jurisdiccionales distintos del contencioso-electoral.* IV. *El recurso contencioso-electoral.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Tomando prestadas las clásicas —y, probablemente, no superadas— ideas de Jorge Jellinek, en su “Sistema de los derechos públicos subjetivos”, podríamos hablar de garantías sociales, garantías políticas y garantías jurídicas del proceso electoral; aunque Jellinek refiriera esa clasificación de las garantías a los derechos públicos subjetivos, no resulta ilegítimo aplicarla al proceso electoral ya que, a través de éste, aparte de su transcendencia orgánica, se hacen efectivos los derechos fundamentales a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23 Constitución Española, apartados 1 y 2, respectivamente).

1. *Garantías sociales*

Se refería Jellinek (téngase en cuenta que era el año 1900) a “las grandes fuerzas sociales, religión, costumbres, moralidad social, en suma, la totalidad de las fuerzas culturales”. Hoy podríamos hablar fundamentalmente de los medios de comunicación, pero también de las actitudes de las organizaciones sindicales y empresariales y de las percepciones

y convicciones de los ciudadanos en general, acerca de la pureza del proceso electoral y de la autenticidad de su resultado.

2. *Garantías políticas*

Aludía Jellinek principalmente a la división de poderes; hoy, habría que referirse a los distintos medios y funciones de control parlamentario, a las actuaciones y posicionamiento de los partidos políticos y, tal vez, más singularmente, a las preguntas en la Comisión de Control Parlamentario de RTVE, en la que, tras la celebración de procesos electorales, no es inusual bien la formulación de preguntas sobre la objetividad de la información del medio en periodo electoral, en la correspondiente comparecencia mensual del director del ente público o bien la solicitud y correspondiente comparecencia específica para informar sobre ello.

3. *Garantías jurídicas*

Dejando para más adelante el estudio de los recursos en la vía administrativa electoral y de los jurisdiccionales, la primera y más directa garantía electoral está constituida por la llamada Administración Electoral y, en particular, por la Junta Electoral Central (JEC), cuya misión (“finalidad” la llama el artículo 8o. de la Ley Órgánica del Regimen Electoral General (LOREG) consiste en “garantizar ... la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad”, principios de indudable fuerza expansiva en cuanto a las competencias específicamente asignadas a la JEC y cuya efectividad, sin entrar en el campo propio de otros temas, se asegura mediante la composición independiente: 8 magistrados del Tribunal Supremo designados por sorteo y 5 catedráticos de derecho designados a propuesta de las entidades políticas con representación en el Congreso, en el caso de la JEC y similar en el caso de las provinciales y de zona y, en su caso, de comunidad autónoma; mediante la actuación independiente de las juntas; y a través de las competencias que específicamente se asignan por la LOREG a las juntas.

En particular y dado que no corresponde ahora el estudio de la administración electoral, sí que conviene recordar, de entre las competencias que el artículo 19.1 de la LOREG atribuye a la JEC (algunas de ellas, extensivas a las juntas inferiores), las de cursar instrucciones de obligado

cumplimiento a las juntas provinciales y, en su caso, de comunidad autónoma; resolver con carácter vinculante las consultas de unas y otras; revisar de oficio o en vía de recurso las decisiones de dichas juntas cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la JEC; unificar los criterios interpretativos de las juntas provinciales y, en su caso, de comunidad autónoma; resolver quejas, reclamaciones y recursos; ejercer potestad disciplinaria y sancionadora en general.

II. LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA ELECTORAL

1. *El recurso jerárquico común o general*

Me refiero con esa denominación a la alzada ordinaria regulada en el artículo 21 de la LOREG, recurso cuyo régimen jurídico puede resumirse en los siguientes términos:

A. *Actos recurribles*

Lo son todos los acuerdos de las juntas provinciales, de zona y, en su caso, de comunidad autónoma, “fuera de los casos en que esta ley prevea un procedimiento específico de revisión judicial”, lo que excluye, por tanto, los acuerdos de las juntas sobre proclamación de candidaturas y sobre proclamación de electos, sujetos, respectivamente, al recurso jurisdiccional regulado en el artículo 49 de la LOREG y (junto con la elección y proclamación de los presidentes de las corporaciones locales) al recurso contencioso electoral regulado en los artículos 109 y siguientes. Por otra parte, tampoco son susceptibles de este recurso los actos expresamente excluidos del mismo por la ley, como, por ejemplo, los acuerdos de las juntas de zona en relación con las excusas de los designados presidente o vocal de las Mesas electorales (artículo 27.3).

B. *Órgano competente para su resolución*

Es “la junta de la superior categoría”, esto es, la provincial, si se trata de acuerdos de las juntas de zona, y la Central, si el acuerdo recurrido emana de una junta provincial o de comunidad autónoma.

C. *Interposición*

En el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del acuerdo, debiendo preceptivamente producirse la interposición ante la junta que hubiere dictado el acto recurrido.

D. *Tramitación*

Sólo prevé la ley que la junta autora del acto recurrido emitirá informe acerca del recurso y remitirá el expediente, junto con dicho informe, a la junta que deba resolver, en el plazo de cuarenta y ocho horas.

E. *Resolución*

Ha de adoptarse en el plazo de cinco días a contar desde la interposición del recurso. La resolución agota la vía electoral, dado que, conforme al inciso final del artículo 21.2, contra aquella no cabe recurso administrativo alguno (de la expresión “o judicial” contenida en el texto del artículo 21.2 citado y cuya inconstitucionalidad ha sido declarada por la sentencia TC 149/2000, de 1 de junio, nos ocuparemos más adelante); de ese modo, no cabe la segunda alzada, cuya posibilidad cabría considerar en hipótesis cuando el acto originariamente impugnado emana de una junta de zona; no obstante, ello no ha impedido que, en alguna ocasión, la JEC haya revocado acuerdos dictados por juntas provinciales en resolución de recursos contra actos de juntas de zona, acogiéndose a las potestades de revisión de oficio de las decisiones de las juntas provinciales y de unificación de sus criterios interpretativos, que le atribuyen las letras e) y f), respectivamente, del artículo 19.1 de la LOREG.

F. *Supletoriedad de la legislación de procedimiento administrativo*

El artículo 120 de la LOREG establece que “en todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo”; resultarán así aplicables las normas de la Ley 30/1992 en materia, por ejemplo, de legitimación para recurrir, de audiencia de los interesados, por ejemplo, pero no en materia de plazos de interposición y de resolución, dado que

éstos se encuentran fijados en la LOREG, ni de cómputo de los fijados en días puesto que el artículo 119 los entiende referidos en días naturales ni tampoco, dada la premura en general de las actuaciones del proceso electoral y, en particular, el plazo para resolver los recursos, el plazo de audiencia, en su caso, ni, en fin, lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, en cuanto a las dependencias administrativas en las que se pueden presentar los escritos, los cuales deberán obrar materialmente en las juntas dentro del plazo correspondiente.

2. Los recursos en materia de respeto al pluralismo y a la neutralidad informativa por parte de los medios de comunicación de titularidad pública y asimilados a ellos para estos efectos

Entre los campos sobre los que se proyecta la exigencia de transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad (artículo 8o.1 LOREG), se encuentra, sin duda, la actuación en periodo electoral de los medios de comunicación de titularidad pública y de los que legalmente están asimilados a ellos a estos efectos, que entronca con el artículo 20.3 Constitución Española, en cuanto al acceso de los grupos políticos significativos a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público.

La cuestión que ahora hemos de abordar no se refiere, no obstante, a los espacios gratuitos que contempla la LOREG, respecto de los cuales no se establece ningún régimen especial de recursos, por lo que la JEC (apartado octavo de su Instrucción del 13 de septiembre de 1999) se limita a establecer que contra los acuerdos de distribución de dichos espacios se pueden interponer los recursos pertinentes en plazo de un día desde la publicación del anuncio correspondiente.

Si que, por regir en la materia un sistema específico de recursos, hay que examinar los aludidos en el artículo 66 LOREG, que establece lo siguiente:

El respeto al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública en periodo electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las leyes. Las decisiones de los órganos de administración de los referidos medios en el indicado periodo electoral son recurribles ante la Junta Electoral

competente de conformidad con lo previsto en el artículo anterior y según el procedimiento que la Junta Electoral Central disponga.

El mandato a la JEC para determinar el procedimiento de los recursos aludidos en el precepto que se acaba de transcribir se cumplió inicialmente mediante Instrucción de 4 de noviembre de 1985 (*Boletín Oficial* del 7); la experiencia de los procesos electorales celebrados desde entonces, con numerosas resoluciones dictadas por la Junta y, en particular, los numerosos recursos y reclamaciones formulados en relación con la celebración de debates y entrevistas con representantes de las entidades políticas, con la consiguiente fijación de criterios por la junta, aconsejaron a ésta sustituir la citada Instrucción por otra aprobada el 13 de septiembre de 1999 (*Boletín Oficial* del 16), dictada “en desarrollo del artículo 66 de la LOREG, sobre procedimiento de los recursos contra actos de los medios de comunicación en período electoral”, que deroga la de 1985 y que, por ser la actualmente vigente, procede estudiar a continuación.

A. *Ámbito subjetivo de aplicación.* Aunque el artículo 66 de la LOREG se refiere a los medios de comunicación de titularidad pública, la Instrucción es también de aplicación a las emisoras de televisión privada, a las emisoras de radiodifusión sonora municipales y a las emisoras de televisión local por ondas terrestres, de conformidad con lo dispuesto, respectivamente, en las Leyes Orgánicas 2/1988, del 3 de mayo, 10/1991, del 8 de abril y 14/1995, del 22 de diciembre (apartado séptimo de la Instrucción).

B. *Actos impugnables y motivos de impugnación.* No lo son sólo las “decisiones” sino también las “actuaciones” del director y de los órganos de administración de los medios sujetos a la Instrucción; pero ha de tratarse de actos o actuaciones “que puedan tener incidencia en el proceso electoral”.

Los recursos han de basarse “en violación del respeto al pluralismo político y social o a la neutralidad informativa de los medios” (núm. 1 del apartado primero de la Instrucción).

De ese modo, será cuestión de admisibilidad de los recursos el que los actos o actuaciones impugnados tengan incidencia en el proceso electoral y que aquéllos se basen en las violaciones antes aludidas; naturalmente, si esas violaciones no resultan acreditadas, procederá la desesti-

mación de los recursos; pero si éstos se fundan en motivos distintos de las violaciones citadas, deberán ser inadmitidos (núm. 6 del apartado tercero de la Instrucción).

C. Aunque la Instrucción no lo dice expresamente, del núm. 3 del apartado tercero de la misma se desprende que, junto con la de anulación del acto o de cesación de la actuación objeto del recurso, puede pretenderse el restablecimiento de la efectividad de los principios vulnerados; a tal efecto, no es rechazable que entre las medidas a tal fin, se inste la incoación de expediente sancionador contra los responsables de las vulneraciones, sin que, a tal respecto, puedan sentarse reglas generales en cuanto a la condición de mero denunciante o bien de interesado que correspondería en los expedientes sancionadores al recurrente, ya que, en función de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, habría de estarse a las circunstancias de cada caso concreto.

D. *Órgano competente*. Dado que el artículo 66 de la LOREG se encuentra incluido entre los de aplicación a las elecciones a las asambleas legislativas de comunidades autónomas (disposición adicional primera 2), la regla general es que corresponde a la JEC conocer de todos los recursos que ahora se están estudiando (apartado primero, párrafo primero de la Instrucción).

No obstante, esta regla tiene dos excepciones:

En primer lugar, corresponderá la resolución de los recursos a la junta electoral de la respectiva comunidad autónoma, en el caso previsto en el artículo 65.6 de la LOREG, esto es, en el supuesto de que se celebren solamente elecciones a una Asamblea Legislativa de comunidad autónoma y, en tal supuesto, solamente respecto de los medios de comunicación dependientes de la comunidad autónoma o de los municipios de su ámbito.

La segunda excepción se refiere al caso de delegación de competencias a favor de alguna Junta Electoral Provincial, bien por la JEC o (en el ya comentado supuesto del artículo 65.6) por la de comunidad autónoma; en este caso (núm. 2 del apartado primero de la Instrucción) la competencia para conocer en primera instancia corresponde a las juntas electorales provinciales.

E. *Legitimación*. El apartado 2o. de la Instrucción reconoce la legitimación activa únicamente a los partidos, Federaciones, coaliciones y

agrupaciones que concurran a las elecciones, a través de sus representantes legales, incluidos los representantes electorales.

Aparte de los medios de comunicación contra cuyos actos o actuaciones se dirijan los recursos, el apartado tercero 2 de la Instrucción reconoce también la legitimación pasiva, por la vía de exigir el traslado de los recursos para alegaciones, “a los partidos, Federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran al proceso electoral, que pudieran resultar afectados” por los recursos, es decir, no a todas las candidaturas concurrentes en la circunscripción o circunscripciones correspondientes sino sólo a las que pudieran resultar afectadas.

F. Procedimiento de los recursos. Se regula en el apartado tercero de la Instrucción, que cabe resumir en los siguientes términos:

Los escritos de recurso han de presentarse ante la junta electoral competente para su resolución dentro de las 24 horas siguientes a la adopción de los acuerdos o realización de las actuaciones objeto de impugnación, con indicación del acto o actuación que se recurre y la razón de su impugnación y con aportación de los medios de prueba que estime pertinentes y procedentes en derecho.

Interpuesto el recurso, el secretario de la junta electoral competente, dentro de las 24 horas siguientes, recabará de los órganos directivos del medio de comunicación de que se trate, los informes correspondientes en relación con los hechos denunciados por los recurrentes y darán traslado para alegaciones a las entidades políticas antes aludidas como legitimadas pasivamente. No fija la Instrucción el plazo para emitir estos informes o formular las alegaciones, plazo que queda al razonable arbitrio del órgano competente, en función del plazo para resolver y de la perentoriedad de la resolución (piénsese que recursos de esta clase pueden formularse al final de la campaña y requerir, en su caso, reparaciones que hayan de ser efectivas dentro del periodo legal de campaña).

La Instrucción faculta a las juntas electorales competentes para acordar la práctica de cuantas pruebas estimen convenientes para la resolución del recurso.

G. Resolución. Debe adaptarse dentro de los cinco días (naturales, conforme a lo previsto en el artículo 119 de la LOREG), plazo cuya infracción no afecta a la validez de la resolución si bien, en la práctica, por las razones antes expuestas, es lo más habitual que la JEC no apure el plazo legal.

La resolución de los recursos adoptará, en su caso, las medidas necesarias para el restablecimiento de la efectividad de los principios vulnerados (en la práctica, los casos más frecuentes de resoluciones estimatorias se refieren a fijación de criterios distintos de los acordados por los medios para determinar la duración de la información relativa a cada entidad política, reconocimiento del derecho a participar en debates o celebración de entrevistas o, quizás el caso más llamativo, en el que el acuerdo de la JEC fue confirmado mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, imposición a un medio de la obligación de retirar una silla vacía correspondiente a una entidad política que habla rehusado la invitación para participar en determinados debates); por otra parte, si del expediente dedujera la junta que los hechos sustanciados pudieran ser constitutivos de delito, se dará traslado al ministerio fiscal a los efectos oportunos; si encontrara hechos que pudieran ser constitutivos de infracción electoral no delictual, podría la Junta acordar la incoación del correspondiente expediente o, en su caso, encomendar dicha incoación e instrucción a otra junta inferior.

Si los recursos han sido resueltos, en función de lo expuesto más arriba, por una Junta Electoral de Comunidad Autónoma o provincial, cabe recurso de alzada ante la JEC, que se tramita (apartado cuarto de la Instrucción) en forma coincidente con la prevista en el artículo 21 de la LOREG.

H. *Instrucción (apartado sexto)*. Con el fin de facilitar a las entidades políticas concurrentes a las elecciones la interposición de estos recursos en tiempo hábil para que, en su caso, pueda ser efectiva la reparación de los derechos hipotéticamente lesionados, prevé que cuando los medios decidan emitir debates o entrevistas con representantes de las entidades políticas, deberán ponerlo en conocimiento de la junta electoral competente, con cinco días de antelación al inicio de la emisión de los debates y entrevistas, indicando la fecha y hora de emisión, entidades políticas invitadas y aceptación por las mismas y duración de los debates o entrevistas, con el fin de que la junta competente publique inmediatamente en el *Boletín Oficial* que corresponda haber recibido la comunicación aludida, para que en el plazo preclusivo de un día desde la publicación, las entidades políticas afectadas puedan examinar la comunicación remitida por el medio y formular los recursos pertinentes; no se trata, naturalmente, de ninguna forma de censura previa sino de facilitar, si a

ello hubiere lugar, la posibilidad de accionar y el pronto y efectivo restablecimiento de los principios que pudieran haber sido vulnerados.

3. *Los recursos contra el escrutinio general*

Una de las grandes novedades —quizás la más importante— introducidas por la reforma de la LOREG de 1991 fue el recurso ante la JEC contra los actos de escrutinio general, llevados a cabo por las juntas electorales en cada caso competentes, si bien ha de tenerse en cuenta que el precepto que lo regula (el 108.3 de la LOREG) no es de los de aplicación a las elecciones a asambleas legislativas de las comunidades autónomas (disposición adicional primera.2) sino que, en cuanto incluido en el título primero de la LOREG es (disposición adicional primera.3) “supletorio de la legislación que en su caso aprueben las comunidades autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a las asambleas legislativas en el supuesto de que las mismas no legislen sobre ellos” (se refiere a los preceptos del título primero no incluidos en la relación de los directamente aplicables). Por consiguiente, el recurso del artículo 108.3 es aplicable en toda clase de elecciones incluidas en el llamado “régimen electoral general” así como, en cuanto a las elecciones a asambleas legislativas de las comunidades autónomas, cuando así se prevea expresamente en la legislación electoral autonómica o también en caso de inexistencia o silencio de ésta.

El procedimiento del recurso es sencillo y rápido: procede, siempre ante la JEC, contra las resoluciones de las juntas encargadas del escrutinio general (por consiguiente, en el caso de elecciones municipales, se trata de una alzada *per saltum*) dictadas en el plazo de un día, en las reclamaciones formuladas contra el acto de escrutinio general; el recurso se interpone ante la propia junta electoral escrutadora, en el plazo de un día desde la comunicación de las resoluciones antes aludidas; al día siguiente de la interposición, la junta electoral escrutadora remite el expediente, con su informe, a la JEC, notificando inmediatamente esa remisión a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, con emplazamiento para que puedan comparecer ante la JEC dentro del día siguiente; la JEC, previa audiencia de las partes personadas por plazo no superior a dos días (dado que la ley establece una duración máxima del plazo de audiencia, en la práctica la JEC acorta en ocasiones ese plazo en atención a la necesidad de la pronta resolución de

los recursos, a efectos de que pueda procederse a la proclamación de electos), resuelve dentro del día siguiente al de terminación del plazo de audiencia (en la práctica, en la mayoría de los casos, la JEC resuelve el mismo día en que termina el plazo de audiencia).

Más importante que el procedimiento, son las cuestiones materiales que plantea el recurso.

En primer lugar, cabe reseñar que, lo mismo que las reclamaciones contra el acto de escrutinio, el recurso deberá referirse a incidencias recogidas en las actas de sesión de las mesas o en el acta de la sesión de escrutinio de la junta electoral, si bien, como es lógico, la JEC admite recursos contra la resolución de las reclamaciones contra el acto de escrutinio, formulados por quienes, sin haber hecho constar protestas o reclamaciones en el escrutinio de las mesas o de las juntas, resultan lesionados como consecuencia directa de la resolución de reclamaciones de terceros contra el acto de escrutinio; fuera de este caso, la regla general es que la JEC inadmita, con base en la doctrina de los actos propios, los recursos formulados sin previa reclamación o protesta en el momento previsto en la ley, por entender que ello implica aceptación y acomodo a lo resuelto por la junta escrutadora o, en su caso, por la mesa.

Por otra parte, frente a la limitación que a las Juntas escrutadoras impone el artículo 106.1 de la LOREG (no poder anular ningún acta ni voto), la JEC, en la resolución de estos recursos y basándose en el espíritu y finalidad de la reforma de 1991 que los introdujo, tendente no sólo a unificar los criterios de las juntas inferiores sino también a procurar limitar el número de recursos contenciosos-electorales, no se ha considerado afectada por esa limitación, resolviendo los recursos con plenitud de potestad, si bien, en algunos casos, con el condicionamiento que supone la sumariedad del procedimiento del recurso, que, en general, impide la práctica de nuevas pruebas, lo que lleva en ocasiones a resoluciones de la JEC que, aunque en ellas pueda latir la intuición de la concurrencia de determinadas irregularidades, no pueden realizar el pronunciamiento que correspondería si hubiesen podido las mismas resultar plenamente acreditables.

Finalmente, en cuanto a los efectos procesales posteriores del recurso del artículo 108.3 y su resolución, tras algunas vacilaciones, las sentencias TC 168 y 169/1991, ambas del 19 de julio, declaran que la previa formulación de dicho recurso es condición inexcusable para poder acudir luego al contencioso-electoral y, en su caso, al amparo electoral.

III. LOS RECURSOS JURISDICCIONALES DISTINTOS DEL CONTENCIOSO-ELECTORAL

En este apartado, resultará necesario distinguir los recursos contra la proclamación de candidatos, los recursos en materia censal y, finalmente, el contencioso-administrativo general contra acuerdos de las juntas electorales.

1. *El recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos*

Se regula en el artículo 49 de la LOREG, de aplicación también a las elecciones a asambleas legislativas de las comunidades autónomas (disposición adicional primera 2).

A. *Interposición*

El plazo es de dos días, a partir de la proclamación, discurriendo el plazo desde la publicación de los candidatos proclamados, sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante de aquél o aquéllos que hubieran sido excluidos.

El escrito de interposición debe contener las alegaciones pertinentes, acompañadas de los elementos de prueba oportunos.

B. *Legitimación*

Se reconoce a cualquier candidato excluido y a los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada; por consiguiente, así como contra el acuerdo denegatorio de la proclamación tiene legitimación tanto el candidato excluido como el representante de la candidatura que lo presentó, sólo los representantes de las candidaturas proclamadas están legitimados en los demás casos, como, por ejemplo, para pretender la revocación de la proclamación de otra candidatura o candidato o en relación con otras cuestiones que no dejan de plantearse con cierta habitualidad, tales como elementos identificadores de las candidaturas (denominación, siglas, símbolos), orden de inclusión de los candidatos, lengua o idioma de presentación de las candidaturas y demás documentación electoral...

C. *Competencia*

Corresponde en todo caso conocer de estos recursos a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

D. *Resolución*

La resolución judicial habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso.

Tiene carácter firme e inapelable, si bien contra ella cabe recurso de amparo ante el TC, a cuyo efecto, con este recurso del artículo 49 de la LOREG se tiene por cumplido el requisito de agotamiento de la vía jurisdiccional previa.

E. *El amparo*

Debe solicitarse en el plazo de dos días desde la notificación de la sentencia, resolviendo el TC en los tres días siguientes.

2. *Recursos en materia censal*

A. *Actualización ordinaria mensual del censo electoral*

El artículo 38 de la LOREG prevé la actualización mensual del censo electoral, obligando su apartado dos a que las delegaciones provinciales de la Oficina del Censo Electoral (OCE) mantengan a disposición de los interesados el censo actualizado para su consulta permanente, que podrá realizarse a través de los ayuntamientos, consulados o en la propia delegación provincial; se posibilitan así las reclamaciones sobre los datos censales, que se dirigirán a las citadas Delegaciones Provinciales, las cuales resolverán en el plazo de cinco días a contar desde la recepción de aquéllas.

Y el artículo 38.5 prevé que “los recursos contra las resoluciones en esta materia de las delegaciones provinciales de la OCE se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el núm. 2 del artículo 53 de la Constitución”.

No se determina, por tanto, cuál sea la vía jurisdiccional adecuada, si bien, a pesar de lo previsto en el artículo 40.1 para el case de rectificación del censo en periodo electoral, entendemos que se trata de actuaciones administrativas de forma que los recursos deben sustanciarse en la vía contencioso-administrativa, por el cauce procesal especial regulado en los artículos 114 a 122 de la Ley Reguladora de dicha jurisdicción.

Como ha declarado la sentencia del TC 154/1988, de 21 de julio, en cuanto que la inclusión en el censo condiciona el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 Constitución Española, contra la resolución judicial cabría recurso de amparo constitucional, que sería el amparo común y no el especial electoral.

B. *Rectificación del censo en periodo electoral*

El artículo 39 de la LOREG prevé la exposición de las listas censales en los ayuntamientos y consulados, durante el plazo de ocho días a partir del sexto posterior a la convocatoria de elecciones, dentro de cuyo plazo cualquier persona puede formular reclamación sobre sus datos censales, dirigida a la delegación provincial de la OCE; ésta resuelve las reclamaciones en plazo de tres días, ordenando las rectificaciones pertinentes, que han de ser expuestas al público el decimosexto día posterior a la convocatoria, con independencia de notificar la resolución adoptada a cada uno de los reclamantes y a los ayuntamientos y consulados correspondientes (artículo 39.4).

Contra esas resoluciones, el artículo 40 de la LOREG prevé que “puede interponerse recurso ante el juez de Primera Instancia en un plazo cinco días a partir de su notificación”, resolviendo el juzgado mediante sentencia que habrá de dictarse en el plazo de cinco días, notificándola al interesado, al ayuntamiento, al consulado y a la delegación provincial de la OCE. La sentencia agota la vía judicial.

Acerca de este recurso cabe hacer dos observaciones:

En primer lugar, la atribución de la competencia para conocer del mismo al Juzgado de Primera Instancia y no al de lo Contencioso-Administrativo, se explica probablemente, a mi juicio, por la sobrecarga de estos últimos juzgados en periodo electoral, al conocer de los recursos contra la proclamación de candidatos; el TC, en sentencias 148 y 149/1999, ambas, de 4 de agosto, apunta la posible justificación basada

en el puro interés particular del elector, en la correcta figuración de sus datos, censales; no me parece compartible esa idea porque, en cualquier caso, el carácter de actuación sujeta al derecho público y los efectos de derecho público de la inscripción en el censo, justificarían más la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; me quedo, pues, con la explicación arriba apuntada.

La segunda cuestión es que las mismas sentencias, que luego serán examinadas en otros trascendentes aspectos, entienden que los partidos y demás entidades políticas carecen de legitimación para formular este recurso; a mi juicio, el tenor impersonal (“puede interponerse”) del artículo 40.1 de la LOREG debería interpretarse en sentido contrario, esto es, permisivo de la legitimación activa de las entidades políticas, para, por esa vía, impugnar judicialmente inscripciones masivas y fraudulentas en el censo con ocasión de un proceso electoral, difíciles de evitar por los órganos de la OCE, en función de la documentación aportada en cada caso y de la premura de los plazos.

3. *El recurso contencioso-administrativo, en general*

a) En su redacción originaria, el artículo 21.2 de la LOREG, relativo al recurso jerárquico en la vía electoral, concluía declarando que “contra la resolución de esta última (se refiere a la junta superior que resuelve el recurso de alzada) no cabe recurso administrativo o judicial alguno”.

A pesar de tan rotunda declaración, lo cierto es que, con independencia de ciertas resoluciones del TC (su evolución se puede encontrar en el comentario de Cierco Seira titulado “La inconstitucionalidad de la exclusión del recurso judicial contra los acuerdos de las Juntas electorales dictados en vía de alzada”, REDA núm. 109) y de un auto del 12 de junio de 1989, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que declaró la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo de la JEC, la práctica venía mostrando multitud de ejemplos de recursos contencioso-administrativos comunes bien ordinarios o bien por el cauce del proceso especial de protección de los derechos fundamentales contra acuerdos de la JEC, recursos que resultaban admitidos, con el resultado estimatorio o desestimatorio que en cada caso correspondiera.

De esa realidad se hizo eco, además, la vigente Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que,

aparte de atribuir, en los términos previstos en la legislación electoral, la competencia para el conocimiento de los recursos contra la proclamación de candidatos y del recurso contencioso-electoral contra la proclamación de electos, atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones contra actos de las juntas electorales de zona; a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, los recursos contra acto de las juntas electorales provinciales y de comunidades autónomas, y, finalmente, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo los recursos contra actos y disposiciones de la JEC.

La práctica había mitigado, por tanto, el rigor o rotundidad del inciso final del artículo 21.2 de la LOREG, sin perjuicio de lo cual no está de más, antes de hacer referencia a la sentencia 149/2000, del 1o. de junio, del TC, exponer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es innegable que la dicción literal del precepto resultaba cuando menos sorprendente. Ciertamente, se justificaba (en tal sentido, por ejemplo, Cierco Seira) la exclusión de todo recurso judicial por el entendimiento de que los actos contemplados en el artículo 21 se insertaban en el proceso electoral, como actos de trámite o preparatorios, no susceptibles así de impugnación judicial directa; pero no cabe duda de que, en ese sentido, era más prudente el Real Decreto-Ley 20/1977, del 18 de marzo, que rigió los procesos electorales hasta la entrada en vigor de la LOREG, en el cual, el artículo 76, regulador en general del recurso jerárquico ante la junta de superior categoría, admitía el recurso contencioso-administrativo; y luego, matizadamente, el artículo 77 excluía dicho recurso o cualquier otro jurisdiccional cuando los acuerdos dictados en los recursos jerárquicos “hubieran sido adoptados durante el periodo electoral y conciernan al proceso de las elecciones” y añadiendo, además, que esa exclusión se producía “sin perjuicio de que los hechos determinantes de la reclamación puedan alegarse en los recursos contencioso-electorales...”.

Desde otro punto de vista, no deja de ser preciso llamar la atención acerca del hecho de que, en el artículo 21.2 y por lo que se refiere a acuerdos de la JEC, únicos no susceptibles del recurso jerárquico regulado en dicho precepto, la exclusión de recurso judicial se refiere solamente a las resoluciones de la JEC en dichos recursos jerárquicos, pero no a cualesquiera otros acuerdos de dicha junta, siendo evidente la ne-

cesidad de interpretar restrictivamente un precepto excluyente del control judicial.

Finalmente, aunque sea una cuestión menor, dado que cualquier acuerdo de una Junta Electoral distinta de la Central es susceptible de recurso de alzada ante la de superior categoría, no es fácil encontrar aplicación al artículo 8o.4 de la Ley de la jurisdicción, cuando atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo el conocimiento de los recursos contra acuerdos de las juntas electorales de zona dado que no existe en este campo una regla competencias jerárquica como la del artículo 11.1.b) de la Ley de la jurisdicción; a lo sumo, si se entendiera procedente recurso contencioso-administrativo, correspondería a dichos juzgados el conocimiento de los recursos contra los acuerdos de las juntas de zona en relación con las excusas de los designados miembros de las mesas electorales, a base de interpretar el artículo 27.3 de la LOREG (“...la Junta resuelve sin ulterior recurso...”) como excluyente del recurso jerárquico pero no del contencioso-administrativo.

b) En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2.426/96, elevada al Pleno por la Sala Primera del Tribunal Constitucional (“autocuestión”) declara el Tribunal, mediante su sentencia 149/2.000, de 1 de junio, la inconstitucionalidad de la expresión “o judicial” contenida en el último inciso del artículo 21.2 de la LOREG.

El fundamento jurídico 3, que es el que aborda y resuelve la cuestión, declara que “el derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa”; se refiere seguidamente a los términos absolutos e incondicionales del inciso del artículo 21.2, afirmando que así “se crea un sector de inmunidad administrativa que no se compadece con ninguno de los dos preceptos constitucionales referidos en la STC 103/1996” (se refiere al artículo 24.1 y al 106.1 de la Constitución).

Admite a continuación:

...que no pueden desconocerse por completo, ni la especialidad de la Administración Electoral, derivada del proceso de su configuración histórica, de la singularidad de su composición y, sobre todo, del contenido de sus funciones,

en las cuales, junto a actuaciones materialmente administrativas se encuadran otras específicamente relacionadas con la garantía del proceso electoral, ni la singularidad de este último...

Y, en función de ello, entiende preciso:

...distinguir dos tipos o géneros de actuaciones de las juntas electorales en cuanto potenciales objetos del control judicial. En una primera categoría pueden comprenderse aquellos actos y disposiciones, emanados en ejercicio de las competencias que asigna a dichas juntas el artículo 19 de la LOREG, que no están directamente vinculados con el desarrollo del procedimiento electoral y que, por ello, son susceptibles de fiscalización judicial con carácter inmediato y a través del oportuno recurso contencioso-administrativo común. La exclusión absoluta respecto de ellos de toda posibilidad de interponer cualquier clase de recurso judicial que establece el artículo 21.2 de la LOREG aparece manifiestamente contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 Constitución Española. Se encuadran en una segunda y diferente clase aquellas otras actuaciones de los mencionados órganos de la Administración Electoral que se integran plenamente en el procedimiento electoral, del que constituyen meras fases o momentos, por lo cual ha de considerarse constitucionalmente admisible, en virtud de la consideración anteriormente expuesta, que no resulten sometidas a un control judicial autónomo o independiente, sin perjuicio de que su eventual impugnación pueda llevarse a cabo dentro de los recursos establecidos o que puedan establecerse por la ley conforme a lo previsto en el artículo 70.2 Constitución Española.

Y concluye el fundamento jurídico: “e conformidad con lo expuesto procede declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 21.2 de la LOREG en cuanto excluye de manera indiscriminada y absoluta la posibilidad de todo recurso judicial contra las resoluciones de las juntas electorales que contempla”.

La parte dispositivo de la sentencia es del siguiente tenor: “Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la expresión ‘o judicial’ contenida en el último inciso del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 5/1.985, del 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos indicados en el párrafo final del fundamento jurídico 3”.

c) La primera observación que parece necesario realizar en relación con la sentencia es que:

...tal como está concebida su parte dispositiva (“en los términos indicados en el párrafo final del fundamento jurídico 3”), el fallo viene a consistir, en realidad, en la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la expresión “o judicial”, “en cuanto excluye de manera indiscriminada y absoluta la posibilidad de todo recurso judicial contra las resoluciones de las Juntas Electorales que contempla puesto que el párrafo final del fundamento jurídico tres queda expresamente incorporado al fallo.

Así las cosas, parece que nos encontramos ante una sentencia interpretativa, pero de inconstitucionalidad, lo cual no dejaría de venir a dar la razón al voto particular del magistrado Garrido Falla, cuando afirma que una sentencia interpretativa que declarase la constitucionalidad del inciso entendido como no excluyente de manera indiscriminado y absoluta de la posibilidad de todo recurso judicial, podría haber sido suficiente.

Desde otro punto de vista, al no incorporarse al fallo la clasificación en dos grandes grupos que el fundamento jurídico tercero hace de los acuerdos o resoluciones de las juntas electorales, no deja de suscitar la cuestión de si los dos párrafos que enuncian esos grupos constituyen sólo *obiter dicta*, siendo de tener en cuenta, además, que la consideración de que sí que son recurribles los actos dictados por la JEC en ejercicio de las competencias asignadas por el artículo 19 no deja de plantear serias dudas en algunos casos: ¿cualquier acuerdo o decisión en ejercicio de la función de dirección y supervisión de la actuación de la OCE puede ser objeto de recurso? parece bien dudoso; no parece que pueda ser recurrible el informe que emita la junta acerca de proyectos de disposiciones en relación con el censo electoral; por lo que se refiere a los actos dictados en ejercicio de las letras c) y siguientes del artículo 19.1, si se produce con ocasión y en relación con un proceso electoral, el posible efecto paralizante del mismo que produciría la impugnación judicial de los acuerdos adoptados en ejercicio de las competencias contempladas en dichas letras, no sería distinto del que, en el fondo, justifica, según la sentencia, la exclusión del control judicial directo o inmediato de los actos comprendidos en el segundo grupo de la clasificación; en definitiva, probablemente, las únicas competencias que darían lugar a actos inmediatamente recurribles serían las contempladas en las letras j) y k), relativas a las potestades disciplinaria y correctora.

En cualquier caso, si nos situamos en la posición incondicionadamente declaradora de la inconstitucionalidad, a la que parece apuntar el voto particular del magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, probablemente a lo que obligaría al legislador es a, en relación con los actos que, según la tesis del magistrado Garrido Falla, no sean de mero trámite del proceso electoral, habilitar cauces judiciales sumarios, más rápidos que el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Todo ello sin perjuicio de que, salvo quizás los actos dictados en ejercicio de las potestades disciplinaria y correctora, en realidad las actuaciones de las juntas difícilmente pueden ser calificadas de administrativas o sujetas al derecho administrativo sino al constitucional del que el electoral no es más que una parte o subrama.

IV. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

1. *Concepto y naturaleza*

Entrando ya en el estudio del recurso contencioso-electoral, podemos definirlo como aquel proceso jurisdiccional en el que se satisfacen las pretensiones admitidas por la ley en relación con la proclamación de candidatos electos en las elecciones legislativas, locales, autonómicas y de diputados del Parlamento europeo y en relación con la elección de presidentes de las corporaciones locales.

- a) Es un proceso jurisdiccional en sentido técnico estricto, porque a través de él no se forma una decisión o un juicio político sino que un órgano jurisdiccional en cuanto tal satisface con sujeción al ordenamiento jurídico las pretensiones de las partes.
- b) Deliberadamente he omitido en la definición la calificación como proceso especial.

En primer lugar, porque, en el ámbito procesal en el que esta parte del estudio tiene que moverse, para que se pueda hablar de proceso especial tendría que existir un proceso común ordinario o general en la materia sobre la que recae aquel otro y obvio es que en nuestro orde-

namiento procesal no existe un proceso común o general en materia política o, en concreto, en materia electoral, sino que la única figura recogida por el ordenamiento procesal es precisamente el recurso contencioso-electoral.

Y, sobre todo, porque en la calificación como proceso especial latiría la idea de una subespecie del proceso contencioso-administrativo, idea que entiendo que debe ser plenamente descartada.

Entre el proceso electoral y el contencioso-administrativo existen notables diferencias en aspectos importantes:

- En cuanto a las partes legitimadas, no basta cualquier derecho subjetivo o interés legítimo para ostentar la legitimación sino que ésta corresponde sólo a quienes están comprendidos en la enumeración taxativa del artículo 110 de la LOREG, sin que quepa aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA); pero lo más significativo es que no existe procesalmente administración demandada. En este sentido, no pocas sentencias contencioso-electorales, por mimetismo con los procesos contencioso-administrativos que las correspondientes salas están acostumbradas a resolver, citan a la junta electoral como administración demandada (así, las salas de Murcia, de Barcelona y de Granada con motivo de las elecciones generales de 1989 y, también, una sentencia del 26 de noviembre de 1992, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura). Sin embargo, la Junta Electoral no puede ser considerada Administración demandada ni, en general, parte procesal: ni la Junta —ni ninguna Administración— aparece en el artículo 110 de la LOREG entre las partes legitimadas para interponer el recurso o para oponerse a los que se interpongan; la función de la junta (artículo 112.2), aparte de remitir a la Sala el recurso y el expediente, no consiste en oponerse a la demanda o contestarla sino en emitir un informe objetivo e imparcial; al ministerio fiscal (artículo 112.3) no le corresponde tampoco contestar la demanda sino “formular las alegaciones que estime conveniente”, sin que pueda, por tanto, considerarse que actúa en representación —que no se le atribuye tampoco al abogado del Estado— de esa hipotética Administración demandada que se quiere hacer de la JEC. Alguna sentencia contencioso-electoral de un Tribunal Superior de Justicia suscita el proble-

ma relativo a la consideración del ayuntamiento como administración demandada, en caso de recurso contra la proclamación de alcalde.

En el contencioso-administrativo, esa posición procesal corresponde —artículo 21.1 a) de la LJCA— a “las administraciones públicas ... contra cuya actividad se dirija el recurso”; y en el contencioso-electoral contra la elección de un alcalde o de un presidente de diputación provincial no se está impugnando ningún acuerdo municipal o provincial, sino que lo que se impugna es la elección misma del presidente de la corporación local, esto es, el acto individual, aunque conjuntamente realizado, de los concejales-electores, de emisión de su voto electoral, cuyo resultado es la elección del presidente de la corporación. Por eso, también en este caso del contencioso-electoral contra la elección de presidentes de las corporaciones locales, es a la junta electoral (artículo 112.3 de la LOREG) y no a las corporaciones locales, a quien corresponde remitir a la Sala el expediente electoral y un informe de la junta, no de la corporación; y en la taxativa enumeración de partes legitimadas “para interponer el recurso o para oponerse a los que se interpongan” (artículo 110 de la LOREG) no aparecen para nada las corporaciones locales.

Ni las juntas electorales ni los ayuntamientos o diputaciones son, pues, administración demandada, la cual no existe en el recurso contencioso-electoral.

- Siguiendo con las diferencias entre éste y el contencioso-administrativo, la sentencia no estima el recurso si concurre “cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder” (artículo 70.2 de la LJCA) sino sólo cuando se justifica alguno de los concretos fallos permitidos por el artículo 113.2 de la LOREG.
- Finalmente, prescindiendo de otras diferencias en múltiples aspectos (en el procedimiento en sí mismo son notables), la diferencia esencial estriba en el objeto de uno y otro proceso.

A este respecto, Rouanet y Álvarez Cienfuegos entienden que el recurso contencioso-electoral se dirige contra actos administrativos dimanantes de la administración electoral, opinión que no puedo compartir porque los actos jurídicos producidos en el proceso electoral no son actos sujetos al derecho administrativo sino actos sujetos al derecho político, del que, como es obvio, constituye parte primordial todo lo relativo a la representación política.

Pero, sobre todo, es que el objeto del contencioso-electoral no es, como ocurre en el contencioso-administrativo (artículo 31 de la LJCA) la pretensión de la declaración de no ser conformes a derecho y en su caso la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. Aunque luego el artículo 31.2 de la LJCA permita, también, como objeto procesal, la pretensión del reconocimiento de una situación jurídica individualizada o pretensiones de condena, es innegable que, básica o primordialmente, el objeto procesal del contencioso-administrativo sigue siendo la pretensión anulatoria, en el marco de lo que tradicionalmente se denominaba el recurso de anulación frente al de plena jurisdicción; y, por supuesto, siempre en relación con actos sujetos al derecho administrativo, sin perjuicio del reconocimiento jurisprudencias y hoy, ya, legal, del recurso contra la inactividad de la administración o contra actuación material constitutiva de vía de hecho.

En el contencioso-electoral nos encontramos ante todo con algo que deja de constituir un cierto error técnico, que podríamos decir que consiste en empezar la casa por el tejado: la ley no define lo que las partes pueden pedir al tribunal, sino que enumera las distintas cosas que la sentencia puede dar a las partes.

A mi juicio, al regular la sentencia, le bastaba al legislador electoral con haber dicho que aquélla admitirá o inadmitirá el recurso y, en el primer caso, estimará o desestimará las pretensiones de las partes.

Es en la regulación de éstas donde habría de llevarse a cabo la determinación de cuáles son idóneas para ser sustanciadas a través de este proceso jurisdiccional, cuestión que, como consecuencia de la técnica legal inversa, ha de resolverse en el sentido de que son pretensiones idóneas aquéllas que consistan en solicitar del órgano jurisdiccional alguno de los pronunciamientos que, conforme a la ley, le están permitidos a la sentencia.

Situados, pues, en el artículo 113.2 de la LOREG, es claro que, a nuestros efectos, hay que prescindir de la letra a) ya que la inadmisibilidad del recurso no es, como es obvio, una pretensión del recurrente sino oposición de alguna de las otras partes o, en su caso, decisión de oficio del Tribunal; por lo que se refiere a la letra b) , el fallo que en ella se previene tiene en todo caso sentido desestimatorio cuando se trata de elecciones legislativas o autonómicas, (es claro que no resulta admisible el contencioso-electoral para obtener el reconocimiento de un mayor número de votos a efectos de subvención) pero puede constituir el objeto

de la pretensión actora en el caso de elecciones municipales ya que el recurrente puede reclamar la declaración de la validez de la elección y de la proclamación de electos pero con un cómputo de votos que, sin alterar dicha proclamación de electos, sí que modifique la expresión de la lista más votada a efectos de la elección de alcalde; también, por la vía de esta letra b), puede pretenderse por el recurrente la modificación del número de votos atribuidos a cada candidatura sin alterar la proclamación de concejales electos ni afectar a la validez de la elección, a los efectos de la ulterior asignación a cada entidad política del número de diputados provinciales que le correspondan, ya que, consentida la proclamación de concejales electos (que expresa el número de votos obtenidos por cada candidatura: 108.5 de la LOREG), no cabría luego impugnar por esta razón la asignación de diputados provinciales. Pero, al objeto de la presente exposición, el mayor interés lo presentan las letras e) y d) del artículo 113.2: al amparo de la primera de ellas, se puede pretender la nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda; en el marco de la letra d), se puede solicitar de la Sala la nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas o de proceder a una nueva elección cuando se trate del presidente de una corporación local. Indudablemente, en ambos casos se pretende la eliminación, total o parcial, de los efectos del acuerdo de proclamación de electos; pero también en ambos casos puede llegarse a ese resultado —si se estima la pretensión— aunque sea legalmente correcto dicho acuerdo: resulta en primer lugar tal posibilidad de lo dispuesto en el artículo 106.1 de la LOREG (“Durante el escrutinio la Junta no puede anular ningún acta ni voto. Sus atribuciones se limitan a verificar sin discusión alguna el recuento y la suma de los votos obtenidos en las correspondientes mesas ...”), precepto que, como ha declarado el TC (sentencia 24/90, del 15 de febrero, en los recursos de amparo sobre las elecciones de diputados por Murcia) se dirige a la Junta Electoral escrutadora pero no a la Sala; y lo mismo puede ocurrir en caso de recurso ante la JEC contra el acto de escrutinio conforme al artículo 108.3 LOREG, pues, aunque la JEC no se ha considerado, a la hora de resolver dichos recursos, vinculada por el artículo 106.1, también del propio carácter sumario del procedimiento de estos recursos del artículo 108.3, puede derivarse la imposibilidad para la JEC, por falta de pruebas

concluyentes, de declarar una nulidad electoral, proceder luego declarado correcto en la correspondiente sentencia contencioso-electoral, que, tras la correspondiente actividad probatoria imposible para la JEC en los plazos del 108.3, declaró la nulidad intuida por la Junta.

Nos encontramos, pues, ante hipótesis en las que, aun siendo correctos en el marco de la ley y de los poderes de las juntas electorales, los acuerdos adoptados por éstas, las sentencias contencioso-electorales alteran la proclamación de electos o bien pronuncian la nulidad de la elección que las juntas no pudieron declarar.

De ese modo, aparte de hacernos ver que la jurisdicción contencioso-electoral no tiene el carácter revisor en los mismos términos que la contencioso-administrativa, se viene a demostrar que, en el fondo, el objeto del recurso contencioso-electoral no es la pretensión de anulación o modificación del acuerdo de proclamación de electos; aunque la producción del mismo sea la que proporcione la ocasión procesal de interponer el recurso, el verdadero objeto es —con cualquiera de los posibles alcances previstos en las letras b), c) o d) del artículo 113.2— la pretensión de restablecimiento del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, del derecho de representación política, hipotéticamente lesionado no ya por el acuerdo de proclamación de electos indebidamente considerado como acto administrativo susceptible de recurso, sino en general, a través de las incidencias o irregularidades de la elección y de su resultado proclamado.

El papel de la administración electoral, el carácter con el que actúa, en relación con el proceso electoral, nos confirma las anteriores conclusiones.

Prescindiendo de la OCE, con su competencia específica asignada por la ley, la administración electoral está integrada por las juntas electorales y las mesas electorales; la LOREG (artículo 8o.) atribuye a esta administración la finalidad de garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad; y todo ello, no sólo en relación con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y con el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, sino, lo que es más importante todavía, en relación con lo que constituye el meollo de la definición de España que se inscribe en el frontispicio de la Constitución, como Estado social y democrático de derecho que, entre otros, propugna

como valores superiores la libertad y el pluralismo político, de todo lo cual es esencia y condición inexcusable la elección del gobierno —en el sentido más amplio— a través de elecciones libres por sufragio universal.

Esto nos pone ya sobre la pista del carácter con el que actúa la administración electoral y, luego, de la naturaleza jurídica de su función.

Porque, aunque la ley la denomine administración electoral, es evidente que la garantía de los derechos fundamentales aludidos, la efectividad de la pureza y autenticidad de lo que constituye la esencia del sistema democrático, no pueden sujetarse en cuanto a su impulso, dirección y proclamación del resultado a meros actos administrativos, aunque sean dictados por administraciones independientes.

Por el contrario, lo que en el fondo late en el mecanismo que, consciente o inconscientemente, diseña la LOREG, es que, en la medida en que a través de las elecciones el pueblo ejerce la soberanía nacional que le reconoce el artículo 1o.2 de la Constitución, esas trascendentales funciones de garantía del proceso electoral se atribuyen al pueblo mismo: sea al pueblo sorteado para constituir las mesas electorales, sea el pueblo representado en las cortes generales (o más específicamente en el Congreso de los Diputados), cuya función, con el carácter de vicario de esa representación del pueblo, ejerce la JEC y, bajo su jerarquía, las juntas provinciales y de zona. La atribución de la Secretaría de la JEC al secretario general del Congreso de los Diputados, la forma de designación de los vocales no judiciales, la obligación de las cortes generales de poner a disposición de la junta los medios personales y materiales necesarios y de fijar las dietas y gratificaciones de sus miembros y del personal a su servicio, no dejan de ser atisbos de esa concepción legal de la junta como vicario del pueblo representado en las cortes generales.

Y el más claro atisbo se encuentra en el artículo 21.2 de la LOREG, cuando, en su redacción inicial, establecía que contra los acuerdos de las juntas electorales resolutorios de recursos no cabe recurso administrativo o judicial alguno.

Ya adelantábamos al principio de esta exposición que los actos de las juntas no son actos sujetos al derecho administrativo, por cuya razón el contencioso-electoral no es un proceso especial ni menos, un proceso contencioso-administrativo especial. Y ello, no sólo porque la electoral no es materia administrativa, sino porque, en el fondo, la misión, la función de las juntas electorales en relación con el proceso electoral es

equiparable a lo que, por lo menos desde el famoso estudio de Zanobini, se denomina administración pública del derecho privado, es decir, aquel conjunto de actos que si bien emanan de órganos administrativos, proyectan sus efectos de modo inmediato sobre derechos civiles —o privados en general— de las personas, actos que, como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado en recursos de alzada contra las de los Registradores de la Propiedad o Mercantiles, no están, por no ser actos sujetos al derecho administrativo, sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que las cuestiones correspondientes habrán de someterse a la jurisdicción civil.

La actuación de las juntas electorales es jurídicamente, semejante, sin que, a los efectos del paralelismo, sea trascendente el que no se ventilen derechos civiles sino derechos políticos fundamentales; podríamos así decir que las juntas realizan una “administración pública del derecho público o político”, pero sin dictar actos sujetos al derecho administrativo ni residenciables en este orden jurisdiccional, aunque por razones de oportunidad el legislador haya atribuido la competencia para conocer del recurso contencioso-electoral a las salas de lo contencioso-administrativo.

La conclusión es que el objeto del contencioso-electoral no es la pretensión de anulación del acuerdo de proclamación de electos, que constituye sólo la ocasión para la interposición del recurso, sino que el objeto de este proceso son aquellas pretensiones que soliciten del Tribunal uno de los fallos previstos en el artículo 113.2 de la LOREG, en orden al restablecimiento del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución, eventualmente lesionado a través del proceso electoral o en la proclamación del resultado electoral.

Y es claro que, siendo ese el objeto del contencioso-electoral, no cabe calificar a éste como un proceso especial respecto del contencioso-administrativo ordinario, sino que se trata de un proceso ordinario en su ámbito material electoral.

2. *Objeto del contencioso-electoral*

Bastantes ideas se han ido avanzando ya acerca del objeto del recurso contencioso-electoral, a los efectos de la determinación de la naturaleza de éste; pero no quiero terminar sin abordar un examen de la cuestión, desde el punto de vista del acotamiento del *thema decidendi* por la sen-

tencia, de la congruencia de ésta o, dicho en el lenguaje forense habitual, del acotamiento de la *litis*, cuestión en la que, directa o indirectamente, se ha producido una notable evolución en la doctrina del TC, en línea que también abona el Tribunal Supremo.

Ya hemos visto que sólo son admisibles en el recurso contencioso-electoral aquellas pretensiones que soliciten del órgano jurisdiccional un pronunciamiento de los expresamente contemplados en el artículo 113.2 de la LOREG, de forma que cualquier otra pretensión debe provocar una sentencia de inadmisión porque sólo éstas son pretensiones idóneas en este proceso.

Pero lo que ahora importa subrayar es que, como en cualquier otro proceso, pretensión y oposición producen el acotamiento de la *litis*.

El problema es importante porque alguna sentencia contencioso-electoral de 1989 y la de amparo de 1990 contra la misma, a mi juicio, desenfocadas, pueden llevar a consecuencias jurídicamente graves.

Hemos adelantado nuestra postura, al referirnos al error técnico de la LOREG consistente en enumerar los posibles fallos de la sentencia en lugar de definir las pretensiones de posible articulación en el proceso, para luego, en cuanto a la sentencia, limitarse a decir que deberá admitir o inadmitir, estimar o desestimar, el recurso; de ahí que las partes personadas en el recurso que se opongan a éste podrán pretender su inadmisión o su desestimación pero no un fallo de los previstos en el artículo 113.2 distinto del pedido por el recurrente, puesto que éstos sólo pueden constituir el objeto de la pretensión actora, sólo puede solicitarlos el recurrente.

La sentencia contencioso-electoral de 1 de diciembre de 1989 de la Sala de Murcia, que es la que, confirmada luego su doctrina en este aspecto por el TC, crea el problema, empieza con la correctísima declaración de que “la pretensión del recurrente determina el concreto objeto de este proceso configurando sus límites y por tanto, los de aquellas otras pretensiones articulables por las otras partes así como los de la resolución judicial”; lo que ocurre es que siendo así que, en el marco de esa acertada doctrina, la delimitación del concreto objeto procesal por la pretensión del recurrente de que se alterase la atribución del último escaño consistía, pura y simplemente, en, una vez admitida, estimar o desestimar esa pretensión, la sentencia entiende que el objeto del proceso no es esa pretensión del recurrente sino el cómputo de 27 mesas que

habían sido excluidas por la Junta Provincial escrutadora y a esta percha procesal engarza la petición de uno de los personados de anulación de la elección y esta nulidad de la elección, en cuanto pedida por uno de los recurridos, es lo que el recurrente recibe como satisfacción procesal de su pretensión de que se le asignará un escaño más de los que tenía atribuidos.

En estrictos términos literales de la LOREG era ya procesalmente inadmisibles la petición de uno de los demandados de declaración de nulidad de la elección, porque el artículo 110 reconoce la legitimación para recurrir o para oponerse a los recursos que se interpongan, pero ni permite la reconvencción ni nada que pudiera parecerse a una especie de “adhesión al recurso” y que permitiera aprovechar la personación para alegaciones para convertirse en recurrente sin haber recurrido.

Desde el punto de vista doctrinal, la cuestión se resuelve, a mi juicio, si acudimos a GUASP (“La pretensión procesal”, Madrid, 1981), cuando distingue entre fundamento y justificación de la pretensión, afirmando que el fundamento forma parte de la pretensión misma y viene a acotarla: “no lo constituyen los cimientos en que se basa la pretensión sino los muros que la delimitan”; pido la entrega de la cosa porque soy su propietario, pido que se modifique la proclamación de electos porque me corresponde un escaño más.

Luego (o, en la práctica, simultáneamente, si se quiere) vendrá la justificación que, si existe, dará lugar a la estimación y si no, a la desestimación; pero la pretensión en cuanto acotadora del objeto procesal y delimitadora de las pretensiones articulables por las otras partes y de la sentencia misma, no engloba la justificación.

La sentencia del 1o. de diciembre de 1989 de la Sala de Murcia no distingue sino que confunde, ambos aspectos; y lo mismo le ocurre, con todos los respetos, a la sentencia del TC del 15 de febrero de 1990, en el amparo contra la de Murcia, que llega a declarar que el objeto del proceso son las 27 mesas de cómputo cuestionado y su vestidura jurídica, el *petitum* consistente en que, en virtud del cómputo de las mesas, se anulase la atribución del noveno escaño, añadiendo, en el marco de esa tesis, que las partes demandadas no pueden ampliar el objeto del proceso pero sí deducir otras pretensiones; ¿pero qué otra cosa sino ampliar el objeto del proceso es lo que hace el que, sin estar legitimado para re-

convenir, intenta introducir pretensiones distintas de la del recurrente y su inadmisión o desestimación?

Lo que ocurre es que el cómputo de más o de menos mesas no era la pretensión y su fundamento en cuanto forma de acotar la litis sino sólo la justificación de la verdadera pretensión, en ese sentido y con ese alcance delimitador, esto es, la de alterar la proclamación de electos.

Frente a esta verdadera pretensión delimitadora, la oposición que cabe, para conjuntamente con aquélla fijar el *dubium*, es la de que se rechace tal pretensión y se confirme la proclamación; y no cabe, en lugar de oponerse, pedir otro de los fallos del 113 (nulidad) porque esto sí que supone introducir un objeto procesal nuevo (“alterar los muros del proceso”) lo cual equivale a una reconvencción que ni está permitida por la LOREG (no la contempla expresamente y, además, sólo permite recurrir u oponerse a los recursos que se planteen, pero no introducir nuevas pretensiones sin haber recurrido) ni podría resultar de la aplicación supletorio de la LJCA.

En conclusión podemos, pues, afirmar:

- 1) La pretensión del recurrente y la oposición delimitan el objeto procesal en la forma expuesta.
- 2) Las partes pueden (112.4) formular las alegaciones que estimen convenientes, entre ellas, la de que la desestimación de la pretensión actora procede porque, aunque se computen mesas excluidas, hay que excluir otras que fueron indebidamente computadas o computar otras más que también fueron excluidas por el actor; porque esto no constituye alteración del objeto procesal (pretensión y su fundamento tal como antes los hemos expresado) sino contradicción de la justificación de la pretensión misma.

Desde un punto de vista práctico, la tesis contraria obligaría siempre a recurrir al ganador, “por si acaso”, lo cual constituiría incluso un abuso de la administración de justicia.

Y no cabe, frente a las sentencias de Murcia y del TC, pedir ni pronunciar otros fallos (otros objetos distintos del planteado). Porque esto sí que altera el objeto del proceso. Y no sólo produce indefensión si se produce tal pronunciamiento sin oír al actor (cuestión apuntada por el TC aunque dado el momento no entendió haber lugar a su reparación específica) sino aunque se le oiga (contra lo que sostiene el TC) porque la lesión de la tutela efectiva se produce si el recurrente que sólo pide

la parcial modificación de la proclamación realizada, se arriesga a ver anulada toda la elección.

Y no lleva a conclusión distinta la aplicación supletoria del 33.2 LJCA porque éste no permite alterar el objeto del proceso sino plantear otros posibles motivos (“justificación”) del mismo objeto; y el mismo sentido tiene el 65.2 LJCA.

En el fondo, probablemente ese posicionamiento de la sentencia TC de 15 de febrero de 1990 obedece a la prevalencia que la sentencia da al principio de “búsqueda de la verdad material”, que, de la forma expuesta, se sitúa por encima de condicionamientos procesales tan evidentes, a mi modo de ver.

Y es, precisamente, en esa jerarquía de principios en la que se produce en la posterior doctrina tanto del Tribunal Supremo como del TC un sensible cambio de actitud.

El primer hito en esta línea lo marca probablemente la sentencia contencioso-electoral dictada el 9 de julio de 1993 por la Sección Séptima de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (con ponencia del señor Conde Martín de Hijas, que, curiosamente, lo será también de las dos sentencias del TC a las que luego se aludirá), sentencia que, enfrentada a la personación de un determinado partido, así como del representante de la candidatura por él presentada, para apoyar con sus alegaciones un recurso contencioso-electoral interpuesto por una candidata del mismo partido, examina la regularidad procesal de aquellas dos partes, concluyendo que las mismas:

...carecen de legitimación para el papel procesal que se han arrogado, lo que impide que demos entrada en el proceso, como temática de fondo a examinar y decidir, la que introduce en sus alegaciones ... al adoptar tal decisión de exclusión de la temática de fondo, de la introducida por estas partes, no se desconoce el derecho de tutela judicial efectiva, del que son titulares dichas dos partes, que queda satisfecho con el rechazo de sus alegaciones por motivos procesales, pues de lo contrario se podría lesionar ese mismo derecho de las partes que en el proceso han adoptado una posición de demandados.

Es, pues, probablemente, la primera sentencia después de 1990, que, cualquiera que fuese la luz que para la “búsqueda de la verdad material” pudieran arrojar las alegaciones de aquellas dos partes, las rechaza por justificadas razones procesales, poniendo, pues, por encima de aquel principio material las exigencias procesales y su rigor.

Las sentencias TC 148 y 149/1.999, ambas del 4 de agosto, en el amparo especial electoral, constituyen un ejemplo decisivo de esa prevalencia de las exigencias procesales y, en alguna medida también, de la delimitación del objeto del recurso contencioso-electoral. En ambas sentencias, late si no la conciencia, sí la clara intuición, de haberse producido en dos pequeños municipios una cuantiosa serie de inscripciones fraudulentas en el censo electoral, en la rectificación del mismo en el periodo electoral correspondiente a las elecciones municipales de 1999; sin embargo, absteniéndose de la “búsqueda de la verdad material” de esas posibles irregularidades censales, las dos sentencias entienden que, teniendo las rectificaciones del censo producidas en ese período su propio cauce impugnatorio ante el Juzgado de lo Civil, conforme al artículo 40 LOREG ya examinado, en el contencioso-electoral, “la necesaria relación lógica entre la sentencia y el objeto del proceso obliga a circunscribir el concreto contenido del fallo, a que se refiere el artículo 113.2.d), al objeto sobre el que versa, sin desbordarlo” añadiendo que las “hipotéticas, irregularidades invalidantes sólo pueden ser las producidas en el procedimiento electoral; pero no las ajenas a él, como son ... las eventualmente afectantes al censo electoral”, concluyéndose que la sentencia contencioso-electoral recurrida en amparo se había “producido rebasándose en esta sentencia los límites del proceso en el que se pronunció”.

En línea coincidente en el aspecto que se considera se pronuncia la sentencia del 28 de febrero de 2001, de la Sección Séptima de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Ante el, al parecer, error material en el acto de escrutinio general correspondiente a las elecciones al Congreso de los Diputados del 2000 por determinada provincia, error detectado con posterioridad a la preclusión del plazo de reclamación contra el escrutinio, el del recurso contra dicho acto ante la JEC y el de interposición del recurso contencioso-electoral, los recurrentes (tanto el partido como el candidato afectado) reclamaron la rectificación del error ante la correspondiente Junta Electoral escrutadora y luego, en alzada, ante la JEC, desestimando ambas juntas la reclamación, por entender que excedía de sus competencias; en el posterior recurso contencioso-administrativo, al que puso término la sentencia citada, los recurrentes alegaron sustancialmente el *desideratum* del conocimiento de la verdad material, manifestada por los electores en las urnas, que constituye la principal exigencia del proceso electoral. Ante tal planteamiento, la sentencia declara que no se trata de dilucidar la significación de los derechos de

sufragio activo y pasivo reconocidos en el artículo 23 Constitución Española, ni la función que a tales derechos les corresponde en una democracia en cuanto instrumentos de realización del principio de soberanía popular; “el principal problema litigioso de este proceso es otro. Lo que hay que decidir es cuándo y cómo se debe iniciar, en términos procesales, el litigio jurisdiccional en el que se quiera hacer valer una impugnación sobre el resultado electoral”; la sentencia concluye, aparte de otros argumentos a mayor abundamiento, que “la LOREG establece un específico cauce procesal para impugnar la actuación de las juntas electorales, que está constituido por el recurso contencioso-electoral...”, en cuya regulación, “aparecen dos mandatos que son inequívocos y determinantes: a) el objeto de ese recurso contencioso-electoral son los acuerdos de las juntas electorales sobre proclamación de electos; y b) dicho recurso contencioso-electoral se ha de interponer ante la Junta Electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de candidatos” (es claro que debe decir de electos); y concluye la sentencia:

...lo anterior supone que el acto definitivo de la Administración electoral susceptible de directa y plena impugnación jurisdiccional, es el de proclamación de electos. Y que es en ese específico procedimiento constituido por el legalmente denominado recurso contencioso-electoral, donde se han de ejercitar todas las pretensiones de nulidad o modificación del resultado electoral que haya quedado formalizado en el acta de proclamación de electos.

La sentencia tiene la importancia de reconocer la condición de plenitud al proceso contencioso-electoral; y, por lo que aquí interesa, la de insertarse de nuevo en la línea favorable a la prevalencia de las exigencias procesales o, si se quiere, a la admisión de la búsqueda de la verdad material solamente dentro de los cauces procesales legalmente previstos.