

Id Cendoj: 48020330012003101115  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Bilbao  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1630/2003  
Nº de Resolución: 371/2003  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1630/03  
DE ELECTORAL

**SENTENCIA NUMERO 371/2003**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. ENRIQUE TORRES Y LOPEZ DE LACALLE

MAGISTRADOS:

D. LUIS JAVIER MURGOITO ESTEFANIA

D. JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

En la Villa de BILBAO, a uno de julio de dos mil tres.

La Sección PRIMERA de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso electoral registrado con el número 1630/03, en el que se impugna: ACUERDO DE 5-6-03 DE LA JUNTA ELECTORAL DE ZONA DE DURANGO RELATIVA A ACTA DEFINITIVA DE PROCLAMACIÓN DE ELECTOS DEL MUNICIPIO DE OTXANDIO.

Son partes en dicho recurso: como recurrente, AGRUPACIÓN DE ELECTORES BATIA, representada por la Procurador D<sup>a</sup> IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA y dirigidos por Letrado.

Como demandados, JUNTA ELECTORAL DE ZONA DE DURANGO, y la coalición electoral EAJ-PNV/EA, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> IDOIA MALPARTIDA LARRINAGA, y representada por Letrado.

Y el Ministerio Fiscal, por corresponderle ope legis la representación pública y la defensa de la legalidad.

Siendo Ponente el Il<sup>mo</sup>. Sr. D. JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA, Magistrado de esta Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El día 13 de junio de 2003 tuvo entrada en esta Sala, procedente de la AGRUPACIÓN DE ELECTORES BATIA escrito en el que D<sup>a</sup> IDOIA GUTIERREZ ARETZABALETA interpuso recurso

contencioso electoral, contra el acuerdo de 5-6-03 de la Junta Electoral de zona de DURANGO, sobre proclamación de cargos electos del Ayuntamiento de OTXANDIO; así como el expediente electoral y el informe de dicha Junta; quedando registrado dicho recurso con el número 1630/03.

SEGUNDO.- En el escrito de interposición se solicitó de esta Sala el dictado de una sentencia, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, y que se detallan más adelante.

TERCERO.- En el escrito de contestación por parte de la coalición EAJ-PNV/EA se solicitó de esta Sala la confirmación del acta de proclamación de electos impugnada.

CUARTO.- En el escrito de alegaciones formulado por el Ministerio Fiscal se solicitó que la estimación parcial del recurso.

QUINTO.- Por providencia del día de hoy, la Sala ha acordado practicar de oficio la prueba consistente en la incorporación a los autos del Acta de la sesión de escrutinio de la JEZ y de la reclamación subsiguiente presentada por la coalición PNV-EA al amparo de lo dispuesto en el art. 108.2 LOREG, conforme a lo previsto en el art. 112.5 LOREG. Dicha prueba documental ha sido formalizada mediante fax remitido por la JEZ de Durango.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Cuestiones que se discuten

En el presente procedimiento se acumulan dos recursos instados por la agrupación de electores Batia contra el acto por el que la JEZ de Durango proclama los resultados de las elecciones municipales celebradas el pasado 25 de mayo en el municipio de Otxandio. Las pretensiones del recurrente son que se declare que un preso inscrito en el censo electoral de dicho municipio que cumple pena de inhabilitación absoluta es titular del derecho de sufragio activo, y que dos votos a favor de la coalición PNV-EAJ/EA que han sido declarados válidos sean declarados nulos, porque no se formuló contra ellos la reclamación prevista en el art. 108.2 LOREG.

La citada coalición electoral se opone al recurso, pidiendo la confirmación de los acuerdos de la Administración electoral.

El Ministerio Fiscal ha pedido que se estime la pretensión relativa al derecho al voto del penado y que se desestime lo demás, declarando que la lista de la coalición electoral personada sigue siendo la más votada con 338 votos frente a los 337 que tendría, una vez sumado el voto del penado, la coalición Batia.

SEGUNDO.- Validez del voto emitido por correo por un penado que cumple pena de inhabilitación absoluta

En primer lugar discuten las partes sobre la capacidad de un votante que ejerció su derecho a votar por correo y en el que concurre la circunstancia de estar cumpliendo una pena de inhabilitación absoluta, impuesta conforme al CP anterior al actualmente vigente.

El voto fue enviado por correo, pero no fue abierto ni computado por la Mesa electoral por haber llegado acompañado de copia de una Providencia del órgano judicial sentenciador en el que se especificaba que el elector se hallaba privado del derecho de sufragio activo. Por este mismo motivo, tanto la JEZ como la JEC confirmaron la decisión de la Mesa, por lo que el voto no ha sido abierto ni computado. Con posterioridad a la fecha de la votación (y a la fecha de adopción de los acuerdos por parte de la Administración electoral), la Audiencia Nacional ha dejado sin efecto lo acordado por Providencia, pues la entrada en vigor del nuevo CP ha limitado el alcance de la antigua pena de inhabilitación absoluta a la pérdida del derecho de sufragio pasivo, como es jurisprudencia pacífica de los tribunales penales, incluida la propia Audiencia Nacional.

La cuestión radica ahora en determinar si este voto debió ser computado, como sostiene la agrupación de electores demandante, o no, como postula la coalición electoral que se opone al recurso.

Alega esta última que como quiera que los requisitos para votar deben concurrir en el elector en el

momento de emitir el voto, y a la fecha de las elecciones el penado se hallaba privado del derecho de sufragio por la citada Providencia, que se había sido recurrida, pero a un solo efecto, conforme a lo dispuesto en la LECr, el penado no ostentaba la condición de elector, por lo que debe ratificarse ahora la decisión de la Mesa, confirmada por los acuerdos de la JEZ y de la JEC.

En realidad, el penado no se hallaba privado del derecho de sufragio activo al día de la elección, pues es obvio que ni una providencia (que por lo demás ni siquiera era firme) es resolución hábil para privar de la titularidad de un derecho fundamental, ni la condición de elector dependía de una resolución judicial, pues le venía atribuida por la concordante aplicación de las normas contenidas en la LOREG y en el CP. En efecto, éste último ha limitado el alcance de la pena impuesta en su día al penado a los términos que han sido expresados, por lo que éste era titular de aquel derecho desde el momento de la entrada en vigor de dicho CP. Su situación no es asimilable, como pretende la coalición electoral que se opone al recurso con cita de la STC de 19.07.91, a la del votante que se ve impedido en el ejercicio de su derecho por causas imputables a la Administración, como es la de no haber recibido con antelación suficiente la documentación para el voto por correo (supuesto que examina la STC), puesto que en este caso la Administración ha llevado a cabo todos sus cometidos en forma tal que ha permitido que el voto llegara a la Mesa electoral, resultando que el voto no se ha computado por una interpretación y aplicación de las normas jurídicas relevantes llevadas a cabo de modo incorrecto por la Administración electoral, interpretación y aplicación que pueden ser corregidas por este Tribunal en el seno del procedimiento contencioso-electoral.

En consecuencia, procede reconocer que el penado era titular del derecho que erróneamente le negó la Mesa electoral, por lo que debe hacerse un nuevo escrutinio conforme a lo previsto en el art. 113.2.c) LOREG en el que su voto sea computado, sin que resulte necesario acceder a la simultánea petición contenida en el suplico en orden a la celebración de nuevas elecciones, pues la mera subsanación de las actuaciones del proceso electoral tiene la virtud de hacer desaparecer el vicio detectado.

Requerido el Sr. Secretario de esta Sección para proceder a realizar la apertura del voto emitido por correo, según diligencia que consta unida a las actuaciones, resulta que dicho voto se otorga a la agrupación de electores Batia. Por tanto, procede rectificar el escrutinio en el sentido de declarar que el total de votos recibidos por dicha candidatura en el municipio de Otxandio fue de 337.

TERCERO.- Procedencia del pronunciamiento por parte de la JEZ sobre la validez de votos considerados nulos sin reclamación por parte de los legitimados para ello

El objeto del segundo de los recursos acumulados consiste en determinar la validez de los sufragios emitidos mediante las papeletas previstas en el art. 190 LOREG por electores que deben utilizar papeletas con los requisitos del art. 189 en relación con el art. 172.2 LOREG.

En concreto, impugna la recurrente el Acta de proclamación por cuanto que, ejecutando un Acuerdo de la JEC de 2.06.03, computa ésta como válidos dos votos emitidos mediante las mencionadas papeletas del 190 LOREG. Y sobre la base de la ausencia de reclamación previa sobre este concreto extremo a cargo de los legitimados. Alega la agrupación de electores Batia que el acuerdo de la JEZ de Durango de 30.05.03 se pronuncia sobre estos dos votos sin que en ningún momento el representante de la coalición EAJ-PNV/EA hubiera pedido su declaración de validez, pues el recurso que éste presentó se refería exclusivamente a tres votos declarados nulos por la existencia de marcas en la papeleta debidas a una errónea manipulación de la misma. Sobre estos votos se pronuncia el párrafo segundo del fundamento de Derecho único del mencionado acuerdo de la JEZ, diciendo que hay tres claramente nulos por estar alterados mediante escritura rosa, con la palabra NULO en mayúsculas, o bien con el nombre de alguno de los candidatos tachados. Sobre los votos de los que ahora se discute se pronuncia el acuerdo en el párrafo cuarto de su fundamentación, pero sin previa petición de revisión por nadie. En consecuencia, entiende la recurrente que la coalición que recurrió ante la JEC carecía de legitimación para hacerlo, por haber consentido el resultado del acta de escrutinio sin utilizar los medios de impugnación previstos en el art. 108.1 LOREG. Además, sobre estos votos tampoco hubo protesta alguna en el acta de la sesión celebrada por la Mesa electoral en el día de la votación.

La coalición que se opone al recurso alega que sí existió protesta en tiempo, según entendieron tanto la JEZ como la JEC. Afirma esta parte que "la recurrente, en una interpretación absolutamente torticera pretende dar a entender que los representantes de la coalición EAJ- PNV/EA presentaron una reclamación en el Acta de escrutinio de la Mesa Electoral única de Otxandio y posteriormente ante la JEZ de Durango, interesando la validez de unos votos nulos distintos de los que finalmente fueron declarados válidos. Y ello porque ya en el Acta de la Mesa los representantes de la coalición interesaron la validez de algunas papeletas, sin que en dicha acta se especificase cuáles eran dichas papeletas, ni su número. Y porque la

propia JEZ desestimó la reclamación presentada por la coalición.

El Ministerio Fiscal no se pronuncia sobre la cuestión que se discute, limitándose a expresar su criterio en relación con el fondo del asunto, a saber, si son válidos o no los votos emitidos mediante las papeletas del art. 190 LOREG.

Examinando la documentación que aparece en el expediente remitido por la JEZ se aprecia en el testimonio del acta de la Mesa electoral que los interventores de la coalición en efecto formularon protesta al amparo del art. 97.2 LOREG. Sin embargo, dicha protesta se limita a algunas papeletas de nuestra candidatura que tienen tachado un nombre, conforme a lo que en cumplimiento de la regla contenida en el art. 96.1 LOREG se hace constar en el acta (folio 2). Como los votos cuya validez ahora se discute presentan un problema completamente distinto, forzoso es concluir que sobre estos últimos no se presentó en el día de las elecciones protesta alguna.

En cuanto al hecho de que la JEZ se haya pronunciado expresamente sobre la cuestión en su acuerdo de 30.05.03, ambas hipótesis (que existiera reclamación previa y que la JEZ se excediera de lo que se le solicitaba) son en principio admisibles. Ello no obstante, en el expediente no consta dicha reclamación, y la coalición que afirma haberla presentado ni aporta copia de la misma con la contestación a la demanda, como podría haber hecho en virtud de lo permitido por el art. 265 LECiv, ni objeta que el expediente no sea completo conforme al art. 55 LJCA, ni ha solicitado que se practique prueba para acreditar su existencia.

Importa destacar que la perentoriedad de los plazos y la sumariedad de la tramitación propias del recurso contencioso-electoral, como los del procedimiento electoral en sede administrativa, imponen a los interesados una especial diligencia. En palabras de la STC de 9.08.91, la inactividad (...) supone, en efecto, un indudable aquietamiento respecto al acto (...), singularmente congruente en un procedimiento como el electoral que ha de contar con plazos fugaces, perentorios y preclusivos y en el que, por lo mismo, tanto las partes como la propia Administración electoral han de actuar con una extremada diligencia.

De todos modos, y en orden a proveer una más efectiva tutela judicial, la Sala ha acordado requerir de oficio a la JEZ para la remisión de la documentación a que se refiere el antecedente de hecho quinto de esta sentencia. En el fax remitido por la JEZ se advierte que en el Acta de la sesión de escrutinio la representación de EAJ-PNV/EA se limitó a reiterar la reclamación efectuada en el acta de sesión de la Mesa de Otxandio. Y en la reclamación presentada en el plazo de las 24 horas siguientes se refiere a tres papeletas de voto en las que se aprecia la "existencia de marcas en la papeleta debidas a una errónea manipulación de la misma". A la vista del material probatorio que consta en las actuaciones debe concluirse, por tanto, que la coalición electoral PNV-EA no presentó reclamación alguna por la declaración de invalidez de votos emitidos en impresos destinados a electores del CERE distinta de la que figura en el folio 1 del expediente, que es el recurso ante la JEC, fuera del plazo previsto en el art. 108.2 LOREG.

La ausencia de reacción temporánea impone en toda su plenitud la aplicación del principio de seguridad jurídica, de modo que al no hacer uso de la vía de impugnación del art. 180.2 LOREG, la coalición EAJ-PNV/EA hizo inviable cualquier nueva consideración de la cuestión relativa a la validez de los votos emitidos en papeletas destinadas a residentes ausentes en el extranjero. Como ha tenido ocasión de recordar recientemente la STC de 25.04.02, hemos afirmado ya que "es exigible ... la existencia de una suficiente diligencia, por parte de los actores del proceso electoral, valorable en cada supuesto con el fin de no dejar a la mera voluntad de dichos actores la forma y el momento de denunciar irregularidades, otorgando con ello suficiente seguridad al propio proceso electoral"; de modo que "los procesos electorales, dada su naturaleza, su regulación y la función que cumplen, exigen la mayor colaboración y diligencia posible por parte de todas las personas y actores políticos que en ellos participan (STC 67/1987, FJ 2)" (STC 157/1991, FJ 4). Ello no es incompatible con la exigencia de que los procedimientos electorales se ordenen al conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores. Pero tal demanda no puede escindirse de la diligencia de los protagonistas de dicho proceso. De manera que ha de afirmarse que este es, en efecto, el orden lógico y cronológico que ha de observarse en cualquier ámbito: al conocimiento de la verdad material debe preceder la suficiente diligencia de los interesados en su descubrimiento y efectividad, y si ello es exigible en mayor medida en algunos ámbitos, entre ellos se encuentra sin duda, por su peculiar naturaleza, el electoral.

El trámite del 108.2 LOREG es, por tanto, un requisito necesario para entender correctamente emprendida la vía administrativa, de manera que si se omite ni hay acceso a la revisión por el órgano superior de la Administración electoral (lo que debió haber declarado en este caso la JEC en su Acuerdo de 3.06.03) ni, por descontado, a la revisión jurisdiccional. Este es un principio que ha sido proclamado en diversas ocasiones por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, de la que es muestra elocuente lo que se

dice en la STC de 10.07.91, según la cual la utilización de las reclamaciones y protestas ante la Junta Electoral competente en relación con las incidencias recogidas en las actas de sesión de las Mesas electorales (art. 108.2 LOREG) no puede considerarse como potestativa por los representantes y apoderados de las candidaturas, de modo que a éstos les cupiera acudir "per saltum" al contencioso electoral. Ya con anterioridad a la reforma legislativa de 1991 la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios considera imprescindible, en orden al examen de una determinada pretensión formulada en el contencioso electoral, la previa reclamación ante la Junta Electoral encargada del escrutinio, que era la única Junta que entendía de tal reclamación. Tras la reforma mencionada, esta exigencia tiene aún mayor justificación, pues el legislador, al prever la intervención de la Junta Electoral Central, ha tratado de reforzar las garantías del procedimiento electoral y de unificar los criterios de actuación de las distintas Juntas, persiguiendo además disminuir así las causas de la litigiosidad posterior. En definitiva, este requisito, antes y ahora, constituye presupuesto procesal necesario para acceder al proceso electoral, como agotamiento de la vía administrativa previa ante las Juntas Electorales citadas.

Por todo lo razonado hasta ahora procede declarar la disconformidad a Derecho del Acta de proclamación de electos correspondiente al Municipio de Otxandio, en cuanto ejecuta lo decidido por la JEC en relación con la impugnación de la declaración de invalidez de dos votos, por ser ésta una cuestión respecto de la cual no se presentó la reclamación prevista en el art. 180.2 LOREG ante la JEZ.

Por tanto, procede realizar un nuevo escrutinio de los votos recibidos por la coalición electoral PNV-EAJ/EA y declarar que el total de votos recibidos por la misma fue de 336.

#### CUARTO.- Nuevo escrutinio y proclamación de electos

Según lo hasta ahora razonado procede rectificar el escrutinio de votos en lo que se refiere a las dos candidaturas personadas en este procedimiento, en el sentido expresado en los anteriores fundamentos jurídicos, lo que conlleva la alteración en la proclamación de electos consistente en que la coalición EAJ-PNV/EA pierde un concejal, que debe atribuirse a la agrupación electoral Batia, por lo que primera pasa a tener 4 concejales en lugar de 5, y la segunda, 5 concejales en lugar de 4.

#### QUINTO.- Costas

Conforme a lo dispuesto en la regla contenida en el art. 117 LOREG, no procede declaración sobre las costas de este proceso.

En virtud de lo hasta ahora razonado y vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal Superior de Justicia dicta el siguiente

### FALLO

1.- Estimamos el recurso contencioso-electoral interpuesto por la Agrupación de Electores Batia contra el Acta de proclamación de electos en las elecciones locales celebradas en el municipio de Otxandio.

2.- Declaramos que a dicha Agrupación de Electores corresponden 5 concejales, y que a la Coalición Electoral EAJ-PNV/EA corresponden 4 concejales.

3.- Sin costas.

CONTRA ESTA SENTENCIA NO CABE RECURSO CONTENCIOSO ALGUNO, ORDINARIO NI EXTRAORDINARIO, SALVO EL DE ACLARACION, SIN PERJUICIO DEL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, QUE DEBERA SOLICITARSE EN EL PLAZO DE TRES DIAS, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 114.2 LOREG.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se dejara certificación original en los autos, con encuadernación de su original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.