

Roj: STS 3369/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3369
Id Cendoj: 28079130072013100174
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 848/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE DIAZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección 7ª) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen el recurso contencioso-administrativo número **848/2011**, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Partido Socialista Obrero Español, representado por la Procuradora Doña Virginia Aragón Segura, contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 1 de diciembre de 2011, recaído en el expediente número 293/295, en relación con la denuncia presentada ante la misma por determinadas declaraciones de Don Gervasio , Presidente de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears. Ha sido parte recurrida la Junta Electoral Central, representada por el Letrado de las Cortes, y Don Gervasio , representado por el Procurador Don Antonio Alvarez-Buyla Ballesteros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 1 diciembre de 2011 de la Junta Electoral Central a que antes se ha hecho referencia, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó así: "SOLICITO A ESA EXCMA. SALA: Que habiendo por presentado este escrito, en la representación que ostento, junto con los documentos que lo acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo y tenga por formalizada, en tiempo y forma, DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 1 de Diciembre de 2011, Y ACUERDE la nulidad de la misma, declarando la actuación de Señor Gervasio contraria a derecho y vulneradora del Art. 53 de la LOREG."

SEGUNDO.- El Letrado de las Cortes Generales, en representación de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL, se opuso a la demanda pidiendo la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- La representación de don Gervasio también se opuso a la demanda con un escrito que finalizó con lo siguiente:

"SUPlico A LA SALA que admita el presente escrito de contestación a la demanda y que, tras realizar los trámites procesales oportunos, declare la desestimación del recurso. "

CUARTO.- Hubo recibimiento a prueba y, una vez las partes litigantes formularon sus conclusiones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 24 de abril de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado de Sala, designado por el Presidente para redactar la sentencia, ante el anuncio del Ponente previamente designado, Don **Nicolas Maurandi Guillen** , de formular voto particular.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son datos relevantes para decidir lo que se discute en el actual proceso contencioso-administrativo los siguientes:

1.- Con fecha de entrada en la Junta Electoral Central de 20 de noviembre de 2011, por Doña Guillerma , Representante General del PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL (PSOE se presenta escrito en el que " viene a interponer DENUNCIA, contra Don Gervasio , actuar Presidente de las Islas Baleares, en base al siguiente hecho:

Don Gervasio , presidente de la Comunidad Autónoma Balear, ha realizado las siguientes declaraciones públicas al canal 24 horas de RTVE en la puerta de un colegio electoral en Mallorca:

"Hoy es un día muy importante para la historia de España y para la democracia de España. Hoy mas que nunca el cambio es importante y absolutamente necesario. Jamás España había vivido una crisis política, económica y social como la que estamos viviendo. Para eso, para cambiar las cosas, para ese gran cambio que necesita España necesitamos una grandísima participación y una gran diferencia, un gran aporte en votos para el PP, para quien va a ser el próximo presidente de España, Vidal . Necesitamos una gran diferencia, un gran apoyo masivo precisamente para ese gran cambio que España necesita en este momento de gran crisis económica, política y social como jamás ha vivido la historia de la democracia española. Espero que haya mucha participación. El cambio que empezó el 22-M con ese gran cambio en 13 de 17 CCAA, ese cambio masivo es hoy más necesario que nunca para que haya una gran participación, una gran diferencia, un gran resultado y tengamos un gran presidente que es Vidal . No se trata de comparar sino de tener el mejor resultado posible y por eso es importante que haya una gran participación y una gran diferencia con un gobierno con un gran respaldo. Todo es hoy absolutamente necesario por esa gran crisis que necesita, vuelvo a repetir, una gran participación, una gran diferencia con un gran respaldo para un gran cambio con un gran presidente".

Dichas declaraciones han sido emitidas en RTVE en la programación de cobertura nacional, de manera que la repercusión de las mismas no se circunscribe solo al ámbito propio de la CA donde dichas declaraciones se realizaron, sino a todo el territorio nacional, como receptor de la información emitida por RTVE.

Las mencionadas declaraciones son un acto de propaganda electoral proscrito por la LOREG cuando dicha propaganda se realiza una vez terminado el periodo de campaña electoral, según dispone el artículo 53 de la mencionada Ley.

Dichas declaraciones son realizadas por el Presidente de una Comunidad autónoma. lo que agrava el perjuicio al bien jurídico protegido y al buen desarrollo del normal funcionamiento de la jornada de votación electoral.

FUNDAMENTOS JURIDICOS:

La actuación denunciada vulnera la prohibición de realización de actos de propaganda electoral fuera del periodo de campaña que establece el artículo 53 de la LOREG, con el agravante de la alteración en el normal desarrollo de la jornada de votación, al producirse en las puertas de un colegio electoral, mientras los electores están votando lo que decididamente incide en la libertad de elección de los votantes.

Sin perjuicio de lo anteriormente razonado, entendemos que anteriormente descrita, puede ser constitutiva delito electoral que en el Art. 144 LOREG en relación con el delito de propaganda electoral;

"7. Serán castigados con la pena de prisión de 3 meses a un año o la de multa de seis a 24 meses Quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes:

a) Realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la Campaña Electoral.

b) Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados de los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral.

La sentencia del TS de 14/2/1992 define qué se considera "propaganda electoral": toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emite su voto a favor de un candidato, o por el contrario esté dirigida a disuadir de semejante opción, siempre con una proyección pública, puede identificarse con un acto propagandístico proscrito, por extemporáneo en el Art. 144.1 de la LOREG". Es evidente que el caso que nos ocupa es una acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor del PP.

Tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, este es un delito de simple actividad. Es decir, está penado el hecho de hacer la propaganda, incluso aunque no haya llegado a los destinatarios ni haya tenido

la oportunidad de producir el efecto perseguido. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, la repercusión de las declaraciones es máxima, siendo estas realizadas a un medio de difusión nacional.

Se aprecie igualmente dolo en la actuación del Presidente, pues no cabe pensar que el presidente de una Comunidad Autónoma no supiera que estaba realizando una acción ilegal, contraria al Derecho, pues es por todos conocido que está prohibido pedir el voto el día de las votaciones.

Por todo lo anterior,

Es por lo que SOLICITO a la Junta Electoral Central tenga por presentado este escrito e interpuesta denuncia contra Don Gervasio por violación del artículo 53 de la LOREG. Igualmente interesamos que se deduzca testimonio de las presentes actuaciones y se les dé traslado al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Guardia competente, a los efectos que se proceda a tal depuración de las responsabilidades penales procedentes en relación a los hechos denunciados en materia de propaganda electoral. En Madrid, a 20 de Noviembre de 2011".

3.- El 1 de diciembre de 2011 la Junta Electoral Central resolvió lo siguiente:

ACUERDO.- Archivar la denuncia de infracción del artículo 53 de la LOREG ("Periodo de prohibición de campaña electoral, por entender que, una vez examinados el contenido y las circunstancias en que se produjeron las declaraciones denunciadas, no cabe afirmar que nos encontramos ante el supuesto de prohibición previsto en dicho artículo, relativo a la realización de actos de propaganda o de campaña electoral.

Aunque ciertamente, según el espíritu que inspira la legislación electoral, las referidas declaraciones parecen poco acordes con la discreción a observar por los cargos políticos en la jornada de votación, esta Junta entiende que no cabe considerarlas como acto de propaganda o de campaña en sentido estricto, en la medida en que cabe apreciar en ellas de forma predominante la expresión de una convicción personal sobre lo que entiende el denunciado como mejor resultado electoral, y teniendo en cuenta además el contexto en que tales declaraciones se emitieron, no por iniciativa del Sr. Gervasio sino al ser requerido a la salida del colegio electoral a dar respuesta a las preguntas de los profesionales de diversos medios de comunicación.

El presente Acuerdo es firme en vía administrativa. Contra el mismo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el plazo de dos meses desde su notificación."

SEGUNDO.- El actual recurso contencioso-administrativo, también interpuesto por el PSOE, se dirige contra el anterior acuerdo de 1 de diciembre de 2011 de la Junta Electoral Central; y su demanda reclama, como ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes, la nulidad de dicha actuación de la Administración electoral " declarando la actuación de Señor Gervasio contraria a derecho y vulneradora del Art. 53 de la LOREG."

En apoyo de esa pretensión anulatoria, la demanda incluye un inicial apartado de "HECHOS" en el que se reitera las declaraciones del Sr. Gervasio que ya fueron consignadas en el escrito de denuncia.

Se señala también que esas declaraciones fueron emitidas por RTVE en emisiones de carácter nacional, se recogieron en los teletipos de las Agencias EFE y Europa Press y, desde esta fuente de noticia, pasaron a los periódicos e informativos digitales que las pusieron a disposición del público durante el resto de la jornada electoral.

Se añade que los medios de comunicación que recogieron las declaraciones no fueron formalmente convocados a una rueda de prensa, pero si recibieron de la Presidencia del Gobierno Balear y del Partido Popular notas de prensa con las agendas y lugares de votación de los distintos líderes y responsables políticos.

Se subraya, así mismo, que el Sr. Gervasio es Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares, y esto hace que su condición institucional sea relevante en todas sus comparecencias públicas, especialmente en las realizadas durante la jornada electoral.

Y se dice igualmente que cuando realizó las declaraciones no avisó a los medios que las realizaba a título personal.

Luego esa misma demanda, en su apartado de Fundamentos de Derecho "jurídico materiales", desarrolla en siete ordinales los argumentos que juzga útiles para la defensa de su pretensión, argumentos cuya esencia se puede resumir en lo siguiente:

1º.- La Junta Electoral Central (JEC) incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba, y así ha de ser considerado desde el momento en que no aprecia el supuesto de hecho que encarna la prohibición contenida en el artículo 53 de la LOREG .

2º.- La recurrida resolución de la JEC fundamenta su decisión en un error en la aplicación del derecho al hecho denunciado, y esto porque en las declaraciones del Sr. Gervasio que fueron objeto de denuncia había una clara petición de voto para el PP y para Vidal , y lo que la JEC hace es una definición eufemística ("expresión de unas convicciones personales sobre lo que el denunciado entiende como mejor resultado) para, de esta manera, eludir el carácter propagandístico de las declaraciones denunciadas.

Se dice a este respecto que la JEC establece una diferencia entre, de un lado, petición de voto como expresión de lo que se entiende como mejor resultado electoral y, de otro, petición de voto para hacer campaña electoral; y esta diferencia significa añadir un elemento intencional a lo que debe ser considerado actuación de propaganda electoral que es contrario a la interpretación que de los artículos 50 y 53 han hecho tanto el Tribunal Supremo como la doctrina de la propia JEC.

Por lo que hace a esa jurisprudencia, se invocan las sentencias que han entendido como propaganda electoral toda acción tendente a persuadir al ciudadano para la emisión del voto a favor de un candidato, o dirigida a disuadir de semejante opción, siempre con una proyección pública; y las que han entendido que la persuasión puede ser directa o indirecta.

Y en cuanto a la doctrina de la JEC, se citan los acuerdos que consideran propaganda los actos tendentes a esa persuasión al voto, con independencia de la fórmula retórica elegida; los que también dan esa consideración a la petición implícita; y el que prohibió una manifestación "el día de la mujer trabajadora", coincidente con una jornada de reflexión, por entender que existían indicios de que dicho acto pudiera tener carácter de propaganda y resultar contrario a la prohibición del artículo 53 de la LOREG.

Se subraya que la contenida en el artículo 53 de la LOREG es una prohibición objetiva, y se concluye que la conducta del Sr. Gervasio que fue denunciada encaja en todos los elementos de la definición de propaganda dictada por el TS y la propia Junta Electoral, aun cuando no constituya un acto de campaña en sentido estricto.

3º.- La actuación de la JEC vulnera la regulación de la LOREG sobre la salvaguarda del día de la votación y altera el consenso político y la tradición constitucional del respeto absoluto sobre la jornada de reflexión.

Se afirma, en primer, lugar, que la jurisprudencia y doctrina antes invocada es acorde con la intención garantista de la LOREG de preservar el día de la votación frente a actuaciones partidistas.

Luego se aduce que con el acuerdo aquí controvertido se produce una contradicción con otras actuaciones de la JEC, y se cita en concreto un acuerdo de ese mismo día 20 de noviembre de 2011 que consideró acto de propaganda electoral indiciario de influencia en el voto el caso de los votantes que portaban camisetas verdes en los colegios electorales.

Y se sostiene también que lo decidido por ese acuerdo aquí recurrido es contradictorio también con el espíritu de la ley, explícito en su artículo 92, de dispensar la protección debida a la libertad de voto el día de la votación, y con su prohibición de que dentro de los locales electorales o en sus inmediaciones exista propaganda de cualquier género.

4º.- La resolución de la JEC vulnera la regulación de la LOREG sobre la actuación de los Poderes Públicos e ignora la condición institucional del Sr. Gervasio como Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares.

Menciona con esta finalidad las declaraciones que realiza la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero (de modificación de la LOREG) sobre la finalidad de evitar la incidencia de los poderes públicos en las campañas electorales.

Y recuerda que así lo había interpretado el acuerdo de 13 de septiembre de 1999 de la JEC cuando fijó unos criterios relativos a los objetivos y los límites de las actuaciones que los organismos públicos pueden desarrollar durante los procesos electorales para que las mismas no puedan ser consideradas propaganda electoral.

5º.- La JEC ha ignorado la repercusión pública del mensaje denunciado y el contenido del mismo.

6º.- En lo que se refiere al elemento subjetivo intencional, la JEC ha valorado decisivamente que el Sr. Gervasio no realizó sus declaraciones por iniciativa propia sino a requerimiento de los medios de comunicación a la salida del Colegio electoral, y ha deducido de ello la ausencia de intencionalidad propagandista.

Pero debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que la prohibición del artículo 53 LOREG está referida a la mera actividad; y también que el delito previsto en el artículo 144 está regulado como un delito de mera actividad.

Y debe tomarse en consideración, así mismo, la máxima repercusión que tuvieron las aquí polémicas declaraciones.

7º.- La condición del Sr. Gervasio como representante del PP y, por ello, como destinatario de la prohibición legal contenida en el artículo 53 LOREG, resulta de la coincidencia de sus declaraciones con los mensajes de campaña que había realizado el PP y, también, con los mensajes que el propio Sr. Gervasio habían hecho durante la campaña electoral.

TERCERO.- La demandada JUNTA ELECTORAL CENTRAL, en su escrito de contestación, se opone a la demanda y postula la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Para ello, replica o combate los argumentos desarrollados por la demanda en unos términos que, también expuestos en sus líneas principales, se pueden sintetizar en lo que continúa.

Se rebate el reproche de error de hecho y falta de motivación, viniéndose a aducir sobre lo primero que la JEC no ignoró los hechos denunciados y lo que aconteció fue que les otorgó una calificación jurídica distinta a la preconizada por la parte recurrente; y sobre lo segundo que, aunque lo hiciera de manera sucinta, la JEC fue suficientemente expresiva en cuanto a cuales eran las razones de su decisión.

Para intentar desvirtuar los argumentos de los fundamentos segundo y tercero de la demanda, se comienza por insistir en las razones que el acuerdo recurrido toma en consideración para rechazar que las discutidas declaraciones fueran propaganda electoral: el contexto en que se realizaron y la preeminencia en ellas de la intención de expresar una convicción personal sobre lo que se consideraba un buen resultado electoral.

Y se exponen seguidamente las razones por las que no cabe calificar esas declaraciones de propaganda electoral o de acto de campaña electoral y, consiguientemente, no cabe tampoco considerarlas incursas en las prohibiciones del artículo 53 de la LOREG: (I) el lugar y las circunstancias en que se realizaron (a la salida de un colegio electoral y a requerimiento de los medios de comunicación); (II) la práctica democrática de que los líderes políticos comuniquen esas circunstancias y realicen declaraciones, sin que, en principio, ello pueda ser considerado campaña; (III) las declaraciones aquí discutidas no son comparables con las entrevistas o con el hecho de portar camisetas que incluyan expresiones tendentes a influir en el voto de los electores; y (IV) no es posible prohibir las declaraciones de los representantes políticos durante la jornada electoral porque forman parte del derecho fundamental de libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1ª) de la Constitución (CE).

Se niega la infracción del artículo 50.2 de la LOREG por no concurrir, en el criterio de la demandada Administración electoral, los presupuestos normativos a que está referida la prohibición establecida en este precepto, ya que en el caso litigioso no es de apreciar un acto organizado o financiado por los poderes públicos.

Respecto de la repercusión pública del acto y la condición institucional del denunciado, alegadas en la demanda, se afirma que del acto impugnado no cabe deducir que ni una cosa ni otra fueran ignoradas; y se añade que esas circunstancias podrían agravar la responsabilidad, pero no son determinantes de una infracción electoral, por lo que faltando los presupuestos normativos de la infracción dichas circunstancias no pueden convertir en infracción hechos que no sean subsumibles en el tipo normativo.

En cuanto al reproche referido al elemento intencional, se dice que no es cierto que la JEC exigiera una intencionalidad diferente a la prevista en el artículo 53 de la LOREG para que opere la prohibición que en dicho precepto se establece, y se argumenta principalmente que lo predominante en la decisión de la JUEC fue apreciar "de forma predominante lo que el denunciado entendía como el mejor resultado electoral.

CUARTO.- El codemandado don Gervasio pide con carácter principal en su escrito de contestación que se declare inadmisibile el recurso y, en su defecto, que se desestime y se confirme íntegramente el acuerdo recurrido (con imposición de costas al recurrente).

Desarrolla en defensa de esa oposición un apartado inicial de " *Hechos*" en el que, inicialmente, se remite a los del expediente y rechaza cualquier interpretación interesada o sesgada de los mismos, así como su arbitraria desfiguración.

Y, a continuación, consigna las razones por las que considera que el planteamiento de la demanda contiene una interesada distorsión de la realidad: (1) no hubo una comparecencia organizada o preparada por el Sr. Gervasio con los medios de comunicación, por lo que es falso que hubiera cualquier clase de intencionalidad de realizar una actividad de campaña o propaganda electoral; (2) es falso que esas declaraciones se efectuaran con la condición de Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares, pues no se aprovecho dicha condición ni la de Presidente del Partido Popular en las Islas Baleares; (3) esas declaraciones se hicieron sin conocer el modo y manera en que iban a ser reproducidas; y (4) fue la inmediata rueda de prensa organizada por la Secretaria de organización del PSIB la que sacó de contexto y desorbitó el alcance de las declaraciones.

La inadmisibilidad se ampara en lo establecido en el artículo 69.b) de la Ley jurisdiccional (LJCA).

El alegato inicial que se realiza para defender esta excepción procesal es la falta legitimación del recurrente por su mera condición de denunciante.

Más adelante, tras poner de manifiesto la confusión que puede derivarse de la expresión "la misma" a la que es referida la petición de nulidad del suplico de la demanda, se dice que, de ser un error y tener que entenderse que la nulidad pedida es la del acuerdo de la JEC, lo cierto sería que ese pedimento de fondo " *lo que formula es una pura declaración que en sí misma carece de efecto jurídico concreto, hasta el punto de poder dar lugar a entender que se ejercita una mera acción de jactancia en sí misma inadmisibles.*"

A partir de los anteriores alegatos, se argumenta que, en función de la mera condición de denunciante que corresponde al partido recurrente en los hechos litigiosos, no concurre en él, y tampoco la ha justificado, la circunstancia de que la presente vía jurisdiccional sea la única forma de satisfacer un interés propio.

Y se invoca a continuación la jurisprudencia que ha negado legitimación activa a los denunciantes para la impugnación de las decisiones de archivo.

En cuanto al fondo del asunto, la exposición realizada con esa finalidad comienza por asumir y reproducir la contestación formulada por la Junta Electoral Central.

QUINTO.- La excepción de inadmisibilidad opuesta por el codemandado Sr. Gervasio , cuyo análisis ha de ser prioritario, ya debe decirse que merece ser acogida.

La razón de que así deba ser es la siguiente:

Entre las competencias que la Ley Electoral General atribuye a la Junta Electoral Central, se encuentra, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19.1 letra k), la de " *corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley*".

Asimismo, el artículo 132.4 de dicha Ley Orgánica dispone que: " *Si de sus investigaciones resultasen indicios de conductas constitutivas de delitos electorales, lo comunicarán al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas. Las mismas Juntas sancionarán las infracciones en esta materia, conforme a lo dispuesto en el art. 153 de esta Ley* .

Finalmente, el CAPÍTULO VIII del Título primero, regula los " *Delitos e infracciones electorales*", y dispone en el artículo 153.1, que : " *Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares*".

La Junta Electoral Central, sobre quienes intervienen en el procedimiento electoral puede ejercitar una serie de potestades, como la de resolución de recursos contra los actos de órganos electorales inferiores, disciplinaria, dictar instrucciones, entre otras previstas en la citada Ley Orgánica.

Sin embargo, las competencias de la Junta Electoral se limitan, en cuanto a los actos realizados por funcionarios o autoridades, incluidos los Jueces , y en general terceros ajenos a la organización del proceso electoral, a dar traslado de los hechos que puedan ser constitutivos de delito a la jurisdicción penal, reforzando la obligación general de la ley de Enjuiciamiento Criminal, o en su caso al ejercicio de la potestad sancionadora, si disponen que, pese a no ser constitutivas de delito, las conductas pueden ser incardinadas en los tipos sancionadores previstos en la Ley. En este sentido el artículo 153.1, referido tanto a autoridades o funcionarios

como a particulares en general, sostiene que los actos que contravienen la Ley Orgánica Electoral General podrán ser sancionados. Lo que no podrán ser anulados, sencillamente porque no son actos administrativos sobre los que se ejercita una potestad de revisión, y en consecuencia la revisión jurisdiccional de un acto de la Junta Electoral que no sanciona no puede ir más allá, al revisar la potestad administrativa ejercitada, que lo que esta permitía, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es evidente que en la " *denuncia*" (así la llama el escrito de la recurrente) en la vía administrativa, claramente se denuncian unos hechos, que la recurrente considera constituyen delito electoral, y que con arreglo a los preceptos antes mencionados podrían dar lugar a la imposición de una sanción administrativa o en su caso a la deducción de testimonio por delito electoral al Fiscal o al Juzgado de Guardia. Posibilidad que en todo caso, al tratarse de un delito público tenía igualmente la recurrente, por lo que su derecho en este punto se encuentra intacto.

Pero, aunque es cierto que se denuncian unos hechos por violación del artículo 53 de la LOREG y se solicita se dedujera testimonio para la depuración de las correspondientes responsabilidades penales, en dicho escrito en ningún momento se solicita se anule la actuación del recurrente. Ciertamente al interponer el recurso contencioso-administrativo la recurrente solicita la nulidad del recurrido acuerdo de la JEC , y al formular la demanda solicita de esta Sala se acuerde la nulidad del Acuerdo de la Junta Electoral Central de 1 de diciembre de 2011, declarando la actuación del Señor Gervasio contraria a derecho y vulneradora del artículo 53 de la LOREG.

Sin embargo, hay que distinguir entre lo que es la pretensión, lo que se pide, primero a la Administración, y luego lo que se puede revisar por el órgano jurisdiccional de control de la actividad de aquéllas, (y claramente se desprende de los hechos antes mencionados que el recurrente formuló una denuncia de unos hechos, sin solicitar su anulación, y que solo podía dar lugar a un procedimiento sancionador o a una deducción de testimonio a los órganos jurisdiccionales penales), de lo que es la alegación del precepto o preceptos infringidos por dichos hechos, en este caso la del artículo 53 de la LOREG, como podía haber sido cualquier otro de la misma, sin que un procedimiento sancionador que pone término a una denuncia y que no sanciona, pueda ser controlado en vía judicial, simplemente limitando la pretensión a la solicitud de una interpretación distinta de un precepto concreto. En otras palabras, el precepto que se dice conculcado ha de ser analizado sólo en cuanto es presupuesto para la ejecución de la potestad sancionadora.

Por otra parte, al margen de de que esta mutación de lo solicitado en vía administrativa y judicial, justificaría ya la inadmisión del recurso, difícilmente podría darse lugar al suplico de la demanda de anular el acto administrativo, si lo que se solicita es solo una sentencia interpretativa de un precepto que corrija la hecha por el acto impugnado. La estimación del recurso conllevaría ineludiblemente, la anulación del acto, "con los efectos correspondientes", tal como solicita la actora, esto es, en este caso, puesto que no existe acto administrativo fiscalizado, la imposición a la Administración de la obligación de sancionar la conducta denunciada.

Por todo ello procede acoger la causa de inadmisibilidad alegada, en aplicación de la reiterada doctrina de esta Sala que niega legitimación a los denunciantes para solicitar la imposición de sanciones. En estos casos esta Sala (desde las primeras sentencias de 19 de mayo , 2 , 6 y 30 de junio de 1.997 , seguidas por otras como la de 25 de marzo de 2003 (rec. 493/00) y las sentencias de 5 de diciembre de 2007 (rec 220/2004) , 21 de enero de 2008 (rec. 285/04) 28 de enero de 2009 (rec. 249/07) y 25 de febrero de 2009 (rec. 6/06) , entre otras muchas), viene declarando la falta de legitimación de la parte actora, porque el éxito de esa pretensión de la demanda no produciría, en principio, ningún efecto favorable en su esfera jurídica en el proceso ni tampoco en las actuaciones a las que se refiere la denuncia presentada, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta por sí sola no le originaría ventaja alguna ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente.

SEXTO.- Procede, declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo en los términos que resultan de lo antes razonado, y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

1.- Declaramos inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL frente al Acuerdo de 1 diciembre de 2011 de la Junta Electoral Central, y anular este acuerdo, por no ser conforme a Derecho.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **TRIBUNAL SUPREMO**
O Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:06/05/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Nicolas Maurandi Guillen EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 848/2011.

Discrepo con todo respeto de la sentencia dictada porque creó que la excepción de inadmisibilidad debió ser rechazada y el recurso contencioso administrativo del PARTIDO SOCIALISTA ESPAÑOL sí mereció ser estimado [con el alcance que indico en el ordinal cuarto de la exposición que seguidamente realizo].

Las razones de mi discrepancia y de mi posición favorable a la estimación del recurso que acabo de adelantar son las siguientes:

PRIMERO.- La excepción de inadmisibilidad debió ser rechazada porque, mientras que en la denuncia presentada en la vía administrativa se deducía la doble petición de que se tuviera por interpuesta denuncia por violación del artículo 53 de la LOREG y se dedujera testimonio para la depuración de las correspondientes responsabilidades penales, en la demanda formulada en el actual proceso jurisdiccional tan solo se ha reclamado la nulidad del recurrido acuerdo de la Junta Electoral Central -JEC- [la expresión "*la misma*" cuya equivocidad se denuncia, es un claro error material], para que se declare la actuación del Sr Gervasio "*contraria a derecho y vulneradora del artículo 53 de la LOREG*".

No ha habido, pues, en esa demanda, ninguna pretensión dirigida a que se iniciara un procedimiento sancionador contra el Sr. Gervasio (y así lo subraya en su escrito de conclusiones la parte recurrente), por lo que no es de aplicación al actual proceso jurisdiccional esa jurisprudencia de esta Sala que ha sido invocada sobre la falta de legitimación de los denunciantes, ya que dicha doctrina judicial está circunscrita a los procesos en los que lo perseguido por el accionante denunciante es la iniciación y el seguimiento de un procedimiento sancionador.

SEGUNDO.- Lo que acaba de exponerse desplazaba ya el litigio a resolver esta concreta cuestión: si ante la eventual constatación de una conducta que incumpla la prohibición de propaganda electoral y campaña electoral establecida en el artículo 53 de la LOREG, puede la JEC adoptar medidas o decisiones distintas de la de iniciar un procedimiento sancionador y consistentes en la mera declaración de invalidez o ilegalidad de esa conducta constatada.

La respuesta tiene que ser afirmativa por todo lo que se expone a continuación:

1.- Es un lugar común, que no requiere especiales explicaciones, que la transparencia y objetividad del procedimiento electoral resulta inexcusable para que pueda hablarse de verdadero sufragio y que sin este no puede hablarse de verdadera Democracia. Como también es algo comúnmente aceptado que la jornada de reflexión que precede a la fecha de votación es un instrumento esencial para garantizar la pureza electoral, pues está dirigido a asegurar al ciudadano un tiempo mínimo en el que, preservado de cualquier influencia, pueda decidir con absoluta libertad su voluntad política.

2.- La prohibición de propaganda electoral y campaña electoral una vez que esta haya legalmente terminado (artículo 53 de la LOREG), así como la prohibición de propaganda electoral de ningún genero en los locales --y en sus inmediaciones-- de las Secciones de las Mesas Electorales (artículo 93 LOREG), son importantísimos instrumentos previstos por la ley para asegurar esa objetividad del procedimiento electoral cuya importancia antes ha sido destacada.

3.- La Administración electoral, de la que la JEC es uno de sus órganos, tiene precisamente por finalidad, según dispone el artículo 9 de la LOREG, "*garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral (...)*" y, en cuanto Administración pública que es a esos específicos efectos, rige también para ella el mandato de eficacia que enuncia el artículo 103.1 CE .

Por tanto, es la organización neutral encargada de gestionar y gobernar la buena marcha del proceso electoral para que en éste quede debidamente garantizada, en esos términos de eficacia constitucionalmente proclamados, la observancia de los principios de transparencia y objetividad de que se viene hablando.

4.- La principal respuesta para los incumplimientos de esas prohibiciones de propaganda y campaña electoral son los tipos penales y administrativos legalmente establecidos que los configuran como ilícitos sancionables con castigos de una y otra naturaleza según su nivel gravedad, pero estos no cubren totalmente las exigencias que plantea la eficaz observancia de esas prohibiciones.

Estos ilícitos y sus sanciones, a través del efecto aflictivo que a estas corresponde, cumplen, sí, la finalidad preventiva de procurar evitar en futuros procesos electorales que se reiteren esos incumplimientos de la prohibición legal de propaganda y campaña electoral. Sin embargo, no son respuesta adecuada para evitar, en una votación en curso, que dentro de la misma jornada se pueda reiterar el mismo incumplimiento; ni tampoco son solución idónea para todas aquellas situaciones en las que, si bien se produjo en términos objetivos el incumplimiento de la prohibición, no hubo el mínimo nivel de reprochabilidad que resulta necesario para apreciar la culpabilidad que es inexcusable en todo ilícito punitivo

5.- En esas situaciones que acaban de describirse, en que resulta insuficiente o inviable la respuesta sancionadora, el buen gobierno del proceso electoral reclama medidas de la Administración electoral que declaren de manera terminante y con total claridad la invalidez o improcedencia de toda conducta que constate como contraria a las prohibiciones de la LOREG, y hace necesario, también, que esas medidas se adopten con la inmediatez y urgencia que exige la necesidad de que no se vuelvan a reiterar durante la jornada en que hayan sido comprobadas.

6.- La LOREG viene a confirmar la posibilidad anterior, pues su artículo 19.1.h) atribuye a la Junta Electoral Central, entre otras, la siguiente competencia: "*Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente ley o con cualquier disposición que le atribuya esa competencia*".

Cuando así lo hace se limita a habilitar genéricamente para "*resolver*", sin imponer que la "resolución" tenga que ser necesariamente sancionadora, y esto, interpretado en el marco de las ideas que han sido expuestas, lo que significa es una habilitación para todos los actos de buen gobierno o gestión del proceso electoral que demanden las singulares circunstancias del caso.

7.- Tratándose de medidas meramente declarativas con esa finalidad de salvaguarda de la objetividad del proceso electoral, resulta indudable la legitimación para solicitarlas en cualquiera de los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores que hayan presentado candidatos en dicho proceso.

TERCERO.- Las realidad fáctica de las declaraciones del Sr Gervasio no ha sido especialmente negada por ninguna de las partes codemandadas, pues estas han sustentado su principal defensa en considerar que, por las circunstancias en que se produjeron, esas declaraciones no pueden tener el alcance que les ha atribuido la demanda.

Además, han quedado suficientemente acreditadas por la prueba practicada por el partido recurrente, prueba, por otra parte, cuya validez o eficacia no ha sido especialmente combatida por ninguna de las partes codemandadas.

Pues bien, la necesidad de votos para el Partido Popular que esas declaraciones manifestaban, impone valorar las mismas como una actuación de captación de votos para ese partido y, en consecuencia, como un acto de propaganda electoral que no resulta compatible con los mandatos 53 y 93 de la LOREG; y no resultan convincentes, por lo que seguidamente se dice, los argumentos que han sido desarrollados por ambas partes codemandadas para rebatir o negar esa significación de propaganda electoral.

Debe indicarse, en primer lugar, que el hecho de que se hicieran a requerimiento de los medios y no a iniciativa del Sr. Gervasio, no priva a tales declaraciones de ese significado de propaganda electoral que resulta de su inequívoco contenido.

En segundo lugar, que la notoriedad del cargo institucional ostentado por esa persona y de su pertenencia a una determinada formación política reafirma esa significación de propaganda que resulta del contenido de las declaraciones.

Y, en tercer lugar, que la libertad de expresión no permite ampararlas, pues este derecho fundamental tiene necesariamente que cohonestarse con las limitaciones establecidas en esa ley orgánica que es la LOREG.

CUARTO.- La consecuencia que se deriva de todo lo que se ha venido exponiendo es que la actuación de la Junta Electoral Central no fue conforme a Derecho.



Como claramente resulta del contenido de su acuerdo recurrido en el actual proceso jurisdiccional, se constata que la JEC no consideró correctos en términos electorales los hechos denunciados, y lo que ocurrió fue que, pese a ello y en razón de las singulares circunstancias concurrentes, no advirtió un suficiente nivel de reprochabilidad para apreciar el elemento de culpabilidad que es ineludible en cualquier ilícito punitivo.

Mas ello no le dispensaba de su obligación de manifestar con total claridad, como medida de buen gobierno y salvaguarda del proceso electoral en curso, que las declaraciones que le fueron denunciadas eran contrarias a lo establecido en el artículo 53 de la LOREG, y debió hacer un pronunciamiento de la necesidad de que los cargos institucionales y los dirigentes de los partidos políticos intervinientes en el proceso electoral se abstuvieran de realizar declaraciones de contenido semejante.

Fdo.: Nicolas Maurandi Guillen

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ