



Roj: **STS 3415/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3415**

Id Cendoj: **28079130072016100248**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **06/07/2016**

Nº de Recurso: **793/2015**

Nº de Resolución: **1655/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Séptima**

#### **Sentencia núm. 1.655/2016**

Fecha de sentencia: 06/07/2016

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: **793/2015**

Fallo/Acuerto: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 06/04/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Procedencia: JUNTA ELECTORAL CENTRAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por: FGG Nota:

Resumen

ELECCIONES DE 2015 EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID.

Prohibición por la Junta Electoral Provincial, confirmada por la Junta Electoral Central, de publicidad dirigida a que no se vote una candidatura por defender una posición favorable al aborto.

Estimación del recurso contencioso-administrativo y anulación de los actos de la Administración electoral.

Restricción desproporcionada de los derechos fundamentales de libertad de expresión y participación política.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: **793/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Séptima**

#### **Sentencia núm. 1655/2016**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente



D. José Manuel Sieira Míguez D. Nicolás Maurandi Guillén D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

En Madrid, a 6 de julio de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo que con el número **793/2015** ante la misma pende de resolución, interpuesto por la asociación HAZTEOIR.ORG, representada por la Procuradora doña Esmeralda González García del Río, por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, frente a los Acuerdos de 7 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Provincial de Madrid y 13 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Central (dictado en el expte. 293/528).

Ha sido parte recurrida la JUNTA ELECTORAL CENTRAL, representada por el Letrado de las Cortes Generales; también se ha personado en el proceso el PARTIDO POPULAR, representado por el Procurador don Manuel Sánchez-Puelles González- Carvajal; y ha intervenido así mismo el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El actual proceso jurisdiccional fue iniciado por la asociación HAZTE OIR.ORG, por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido frente al antes mencionado Acuerdo de 7 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Provincial de Madrid, en el que hacía constar que había sido objeto de un recurso de alzada ante la Junta Electoral Central cuya resolución no le había sido notificada.

El recurso jurisdiccional 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, y así lo verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando:

« **SOLICITO ESA EXCMA SALA A LA QUE TENGO EL HONOR DE DIRIGIRME**, que (...), se tenga por interpuesto RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES invocados en nombre de la Asociación HazteOir,org contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de fecha 13 de mayo de 2015, declarando no conforme a derecho la resolución recurrida, acordando anular y/o revocar dicha resolución y dejándola sin efecto, todo ello con expresa imposición de costas a la Administración».

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 procesal del PARTIDO POPULAR, en el trámite de oposición que le fue conferido, pidió que

«(...) dicte sentencia por la que: (a) se declare plenamente ajustado a Derecho el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de mayo de 2015, desestimando en su integridad las pretensiones de la parte recurrente (b) imponga a la parte actora el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento».

**CUARTO.-** El MINISTERIO FISCAL realizó alegaciones en las que solicitó:

«(...) se dicte sentencia por la que se acuerde **LA ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA** ».

**QUINTO.-** Hubo recibimiento a prueba y, una vez que las partes litigantes formularon sus conclusiones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 22 de junio de 2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El actual recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la asociación HAZTEOIR.ORG por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, se dirige frente a los Acuerdos de 7 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Provincial de Madrid y 13 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Central (dictado en el expte 293/528).

El primero de esos acuerdos fue dictado como consecuencia de una denuncia presentada por el Partido Popular, durante las elecciones a la Comunidad Autónoma de Madrid de 2015, en relación con las vallas publicitarias que interesaban no votar o romper con la candidata que apoyaba determinadas posiciones con el aborto, y tuvo este contenido:



#### «JUNTA ELECTORAL PROVINCIAL DE MADRID ACUERDO

Visto el escrito presentado por el Partido Popular el día de hoy, en relación con las vallas publicitarias, en las que se interesa no votar o romper con la candidata que presenta, por apoyar determinada postura sobre el aborto, situadas en el distrito de la villa de Vallecas, en la rotonda de salida de la Gavia hacia Madrid, un autobús panelado que contiene la misma publicidad así como la página Web, yorompo.org, de la Asociación Derecho a Vivir, tratándose de actos de naturaleza electoral, y teniendo en cuenta la falta de legitimación de la entidad promotora, al amparo del artículo 50.5 de la LOREG, así como el párrafo 20 del artículo 53 de mismo Cuerpo legal, que establece la expresa prohibición de realizar publicidad o propaganda electoral hasta el inicio legal de la campaña por unanimidad, se acuerda:

1º) Ordenar de forma inmediata la retirada de la publicidad referida, que afecta a las citadas vallas, autobús y contenidos concretos de esa misma publicidad insertada en la página Web yorompo.org.

2º) Comunicar a la Delegación de Gobierno el presente Acuerdo para inmediato cumplimiento y notificación a la entidad mencionada.

Notifíquese esta resolución a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de alzada ante la JEC que deberá interponerse ante esta JEP en el plazo de 24 horas, de acuerdo con el artículo 21.2 último inciso, de la LOREG.

En Madrid a 7 de Mayo de 2.015».

El segundo Acuerdo de la Junta Electoral Central desestimó el recurso de alzada que contra el acuerdo de la Junta Electoral Provincial había sido planteado por HAZTEOIR.ORG. Y lo hizo en los siguientes términos:

«ACUERDO.-

Desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid por los siguientes motivos:

1º) El artículo 50.5 de la LOREG prohíbe a cualquier persona jurídica, distinta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, que realice actos de campaña electoral, "a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones, sin perjuicio de lo establecido en el art. 20 de la Constitución ." En este sentido, los anuncios que son objeto del recurso no constituyen un hecho aislado que exprese únicamente una posición de crítica respecto a una determinada decisión política (en este caso la regulación penal del aborto); antes al contrario, como pone de relieve la Junta Electoral Provincial de Madrid, nos encontramos ante una campaña organizada mediante la contratación de vallas y autobuses, y la utilización de páginas web, para orientar el sentido del voto en contra de una de las candidatas. Ese sentido orientador del voto se desprende con las principales consignas utilizadas, a saber: "Si votas Cifuentes, votas aborto" o "Yo rompo con Cifuentes". Se trata, en definitiva, de un acto de campaña electoral y no del mero ejercicio del derecho de libertad de expresión y de crítica consagrado por el art. 20 de la Constitución .

2º) Carece de fundamento, por otra parte, la alegación que hace el recurrente en virtud de la cual "la publicidad censurada no solicita el voto para ninguna formación política, ni para candidato, agrupación, federación o coalición alguna, ergo no estamos ante un caso de campaña electoral." Ciertamente, el artículo 50.4 de la LOREG establece que se entiende por campaña electoral el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo "en orden a la captación de sufragios." Sin embargo, la publicidad organizada para promover que no se vote a un candidato determinado constituye, también, campaña electoral en la medida en que, directa o indirectamente, persigue orientar el voto de los electores, como ocurre en el presente caso.

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, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.3.a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

Este Acuerdo será notificado por la Junta Electoral Provincial de Madrid a los interesados.

Palacio del Congreso de los Diputados, 13 de mayo de 2015».

Este último Acuerdo incluye el siguiente VOTO PARTICULAR formulado por cinco miembros de la Junta Electoral Central:

«Con el máximo respeto a la decisión de la mayoría, consideramos que la correcta interpretación del artículo 50.5 de la LOREG a la luz de los Tratados Internacionales y en particular del Convenio Europeo de Derechos Humanos , como ordena el artículo 10.2 de la Constitución , deberla haber llevado a la estimación del recurso presentado por la Asociación Hazte.oir/Derecho a vivir contra el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2015, y ello por las siguientes razones:



1. Es cierto que el artículo 50.5 de la LOREG establece que sólo las candidaturas pueden realizar campaña electoral y está fuera de discusión la finalidad legítima de esa restricción.
  2. Sin embargo no deja de ser una norma que limita el derecho fundamental a la libertad de expresión, que debe ser considerado esencial en una sociedad democrática, en la medida en que, como ha recordado frecuentemente nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ocupa una posición preferente porque de él dependen el correcto ejercicio de todos los derechos políticos. Cualquier limitación de este derecho fundamental requiere, en consecuencia superar un estricto test de proporcionalidad.
  3. El propio artículo 50.5 parece ser consciente de ese carácter estrictamente excepcional de la prohibición que establece, en la medida en que su inciso final añade que es "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución ". Una incorrecta valoración del juego de esta cláusula llevó a la Junta Electoral Central, en uno de los escasísimos precedentes de aplicación de este precepto, a impedir el posicionamiento de una organización empresarial en unas elecciones (AJEC de 13 de mayo de 1982). Este Acuerdo fue, sin embargo, anulado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 1982 , anulación confirmada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Julio y 19 de diciembre de 1982.
  4. Hay todavía un dato más a considerar de la redacción del artículo 50.5. Lo prohibido en el precepto no es la realización de "Actos de campaña", expresión empleada, por ejemplo, en el artículo 53 y en el propio artículo 50.3, sino "Campana electoral" es decir un conjunto de actividades organizadas "en orden a la captación de sufragios". La correcta distinción entre ambas figuras llevó a la Junta Electoral Central en sus Acuerdos de 2 de febrero de 2012 y 19 de mayo de 2014 a considerar que se trataba de actos aislados y no campaña electoral, por ejemplo, un anuncio de un Colegio profesional sobre la Ley de dependencia y la actitud de los contendientes electorales en relación a ella.
  5. A todo lo anterior se ha do añadir un elemento, en nuestra opinión de extraordinaria importancia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto materialmente similar al ahora analizando. Nos referimos a la Sentencia que dictó en el caso Bowman contra el Reino Unido, de 19 de febrero de 1998, en la que se condena a Gran Bretaña como consecuencia de haber sancionado, por sobrepasar los muy estrictos límites de gastos que los particulares pueden destinar a las campañas electorales, a una Organización No Gubernamental contraria al aborto que publicaba las posiciones de los contendientes electorales en torno al tema. El Tribunal razona acerca de la importancia para la formación de una opinión pública libre, de la difusión de este tipo de información, especialmente con ocasión de la celebración de las elecciones, y señala que su prohibición no puede ser considerada necesaria en una sociedad democrática.
  6. Por todo ello, aún reconociendo la dificultad del asunto, entendemos que la posición preferente de libertad de expresión, apreciada por la jurisprudencia en supuestos semejantes a éste imponía la estimación del recurso.
- Este es nuestro Voto Particular que formalizamos en Madrid, a 14 de mayo de 2015».

**SEGUNDO.**- Las posiciones defendidas sobre la cuestión debatida en el actual proceso jurisdiccional por las partes litigantes y el Ministerio Fiscal, expuestas en sus aspectos esenciales, se pueden resumir en lo que continúa.

1.- La demanda formalizada por la asociación recurrente HAZTEOIR.ORG reclama que se anule, revoque y deje sin efecto la actuación de la Administración electoral que es objeto de la actual impugnación jurisdiccional, y los argumentos sustanciales desarrollados para defender esa pretensión son los siguientes.

Destaca que el concepto de campaña electoral al que está referida la prohibición de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) requiere que la actuación que pretenda encuadrarse en ese concepto esté encaminada a la captación de votos.

Aduce que la posible influencia que sobre el sentido del voto pueda tener una determinada actividad ciudadana no puede erigirse en obstáculo para que mediante ella se puedan ejercitar los derechos a la libertad de expresión y a la participación política que reconocen los artículos 20 y 23 de la Constitución (CE ) y, por tal razón, habrá de argumentarse con especial cuidado cuando procede apreciar una injerencia ilegítima en el normal desarrollo de una actividad electoral (se invoca a este respecto la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional - SSTC 37/2009, de 9 de febrero ; y 96/2010, de 15 de noviembre -).

Señala que el contenido publicitario cuestionado no solicita el voto para ninguna formación política, como tampoco se invita a la ciudadanía a retirar su voto a ningún partido político, pues se limita a hacer visible la posición que sobre el aborto adopta una candidata.

Defiende que los derechos a la libertad de expresión y a la participación política que asiste a la asociación recurrente para utilizarlo en defensa de los objetivos que presiden su actuación no pueden verse coartados por el hecho de que se ejerciten en una campaña electoral.



Y, finalmente, reprocha al acuerdo de la Junta Electoral Central adolecer de una motivación suficiente para justificar la restricción que supone para los derechos fundamentales de la recurrente que se han venido mencionando.

**2.-** La representación de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL reitera los razonamientos expuestos en el acuerdo recurrido, y los desarrolla destacando especialmente cuales son las personas jurídicas a las que está referida la prohibición de artículo 50.5 de la LOREG y por qué la actuación de la asociación recurrente a que se refiere dicho acuerdo constituye campaña electoral e incurre en dicha prohibición legal. Sobre lo primero resalta que se trata de las personas jurídicas que, como la recurrente, no se presentan a las elecciones, y sobre lo segundo que se trató de una campaña organizada para orientar el voto de los electores; subrayando, en relación con esto último, que una campaña electoral puede ser positiva o negativa, y directa o indirecta, y explicando que la prohibición legal tiene una justificación objetiva y razonable porque pretende preservar los principios de transparencia, objetividad e igualdad entre los candidatos electorales.

**3.-** La representación del PARTIDO POPULAR sustenta su oposición a la pretensión anulatoria de la parte actora con la idea principal de que dicha litigante hace una utilización fraudulenta de los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución. Una idea que explica o desarrolla diciendo que lo pretendido por la demandante es enmascarar como campaña publicitaria lo que es, pura y llanamente, una actividad propia de campaña electoral, dirigida a la totalidad del electorado sin ninguna legitimidad para ello, con la única finalidad de captar el voto, en este caso contrario a la candidata a que se refería la publicidad, y excediendo con creces la mera labor de crítica y difusión de ideas y vulnerando, clara e intencionadamente, lo previsto en la LOREG.

Más adelante combate que se pueda imputar a la Administración electoral una utilización fraudulenta de los artículos 50 y siguientes de la LOREG, como así mismo que se haya producido la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte recurrente; cuestiona la legitimación de esta por entender que ninguno de sus derechos fundamentales se ha visto afectado por el acto recurrido; y pone en duda también que concurren los requisitos procesales que confieren viabilidad al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Posteriormente rechaza la falta de motivación que la recurrente reprocha al acto recurrido, por entender que en él no sólo se expresan las razones de la decisión sino que el criterio que plasman es jurídicamente irreprochable.

Y con base en todo lo anterior se sienta la conclusión final de que el acuerdo de la Junta Electoral Central es plenamente constitucional y ajustado al ordenamiento jurídico en vigor.

**4.-** El MINISTERIO FISCAL, como ya se ha expresado en los antecedentes, ha solicitado sentencia por la que se acuerde la estimación de la demanda; y ha esgrimido en apoyo de su tesis los grupos de argumentos que más adelante se mencionan y analizan.

**TERCERO.-** Debe ya avanzarse que esta Sala considera fundada la impugnación deducida en su demanda por la asociación HAZTEOIR.ORG, al considerar que son acertados y deben ser asumidos los razonamientos que en apoyo de la misma ha desarrollado el Ministerio Fiscal.

Las líneas o ideas esenciales de esos razonamientos consisten en lo que seguidamente se expone.

Carece de justificación la equiparación o asimilación que el recurrido acuerdo de la JEC efectúa de los actos dirigidos a orientar el voto de los electores con las estrictas actividades llevadas a cabo "en orden a la captación de sufragios" que, a los efectos de delimitar el concepto de campaña electoral, literalmente menciona el apartado 4 del artículo 50 de la LOREG, y a la que está referida la prohibición dispuesta en el apartado 5 de dicho precepto legal.

Así debe ser considerado por estas primeras razones: (1) la prioridad que inicialmente ha de darse a ese texto literal; (2) la necesidad de preservar el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20.2 CE que el mencionado precepto de la LOREG establece; (3) la procedencia de aplicar el criterio hermenéutico del artículo 4.2 del Código civil sobre que las leyes excepcionales "no se aplicarán a supuestos (...) distintos de los comprendidos expresamente en ellas"; y (4) la procedencia también de aplicar la regla "favor libertatis" que, en orden a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, ha defendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( SsTC 196/2002, de 20 de noviembre, y 63/2009, de 14 de marzo, entre otras).

Abundando en las razones anteriores deben añadirse también estas otras consideraciones.

La primera es que la finalidad de la prohibición del artículo 50.5 de la LOREG es evitar que, en esas estrictas actividades de "captación de sufragios", se interfieran unas personas jurídicas distintas de las mencionadas en el apartado 4 ( "los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones"), para que los candidatos, en lo concerniente a dicha captación, no burlen las reglas en las que se ha de mover la campaña electoral



y tampoco logren un apoyo externo que quebrante la igualdad de medios que debe presidir la contienda electoral. Y lo que deriva de este otro criterio teleológico es que deben quedar fuera de la prohibición de que se viene hablando aquellas otras actividades no directamente encaminadas a captar votos favorables aunque exterioricen posiciones críticas o discrepancias con las posiciones defendidas por los candidatos, pues no solamente no encajan en la letra de la ley (captación de sufragios) sino que además están alejadas de ese propósito de la norma de asegurar la igualdad en los instrumentos que sean utilizados para el concreto objetivo de obtención de votos.

La segunda es que establecer una equivalencia entre *pedir el voto e influir en el voto* puede conducir a una grave y desproporcionada restricción de derechos fundamentales durante el periodo electoral, estrangulando el debate público y convirtiendo el espacio del dialogo político en un ámbito de monopolio ocupado en exclusiva por los partidos políticos y sus candidaturas.

Y la tercera es que el binomio "*incidir en el sentido del voto/captar sufragios*", como actividades claramente distintas y diferenciadas, está en la propia LOREG, según demuestra la lectura del apartado 1 de ese ya citado artículo 50, que, al establecer los límites de la campaña institucional que durante el periodo electoral pueden realizar los poderes públicos, no se limita a prohibir la captación de votos y va más allá con la siguiente imposición: "*sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores*".

Ha de decirse, finalmente, que las razones y consideraciones anteriores se ven reforzadas con los argumentos que ya desarrolló la sentencia de 4 de julio de 1982 de este Tribunal Supremo, consistentes básicamente en defender la necesidad de interpretar las restricciones contenidas en las normas electorales de manera armónica y conjunta con otros mandatos y postulados de la Constitución.

Y entre estos mandatos y postulados constitucionales fueron invocados de manera especial los siguientes: la afirmación de que la soberanía nacional reside en el pueblo español (artículo 1); la configuración de la participación política de los ciudadanos como un derecho fundamental (artículo 23); la participación ciudadana que se preconiza para un amplio elenco de decisiones del poder público (artículos 92, 105, 125 y 129); y la configuración de los partidos políticos como "*instrumento fundamental para la participación política*", pero no único.

**CUARTO.-** Procede, de conformidad con lo antes razonado, la estimación del recurso contencioso-administrativo; y sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales, al ser de apreciar la clase de dudas que menciona el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA- (según la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) para apartarse de la regla general establecida en dicho precepto legal.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**1.-** Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación HAZTEOIR.ORG, por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, frente a los Acuerdos de 7 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Provincial de Madrid y 13 de mayo de 2015 de la Junta Electoral Central (dictado en el expte. 293/528), y anular ambos acuerdos por no ser conformes a Derecho.

**2.-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACION.-** Lefda y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.