

Id Cendoj: 30030330022009100060
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Murcia
Sección: 2
Nº de Recurso: 806/2008
Nº de Resolución: 127/2009
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ABEL ANGEL SAEZ DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DERECHOS FUNDAMENTALES

T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00127/2009

ROLLO DE APELACIÓN nº 806/08

SENTENCIA nº 127/09

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA
SECCIÓN SEGUNDA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

Dª. Leonor Alonso Díaz Marta

D. Joaquín Moreno Grau

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 127/09

En Murcia, a veinte de febrero de dos mil nueve.

En el rollo de apelación nº 806/08 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia 461/08, de 24 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Murcia nº 6 dictada en el recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento de derechos fundamentales 275/08, en cuantía indeterminada, en el que figuran como parte apelante D. Damaso , representado por la Procuradora Dª. María Teresa Cruz Fernández y defendido por la Abogada Dª. Encarnación Martínez

Segado y como parte apelada la JUNTA **ELECTORAL** DE ZONA DE MURCIA, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, habiendo sido asimismo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre vulneración del derecho de igualdad a no existir en la Mesa **electoral** donde el recurrente quiso ejercer su derecho al voto en las últimas elecciones generales papeletas en blanco; siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, así como al Ministerio Fiscal, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que se señalara para que tuviera lugar la votación y fallo el día 6 de febrero de 2009.

II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el actor contra el acuerdo de la Junta **Electoral** de Zona de Murcia de fecha 9 de marzo de 2008 que rechaza la reclamación o queja formulada por el mismo por no existir papeletas en blanco en la mesa **electoral** B, sección 42, distrito 3 del Colegio **Electoral** sito en el Pabellón Polideportivo Infante (Pabellón Polideportivo Infante, Avda. Pío Baroja 12, del Polígono Infante Don Juan Manuel de Murcia). Considera dicha Junta que de acuerdo con el *art. 96.5 LOREG*, para considerarse voto en blanco en las elecciones al Congreso de Diputados, el sobre no debe contener papeleta, al igual que tampoco para el Senado, pudiendo además en las elecciones al Senado ser voto en blanco aquellas papeletas que no contengan indicación a favor de ninguno de los candidatos.

Fundamenta el Juzgado la citada desestimación, después de entender idóneo el procedimiento de protección de derechos fundamentales utilizado por el recurrente, en la medida de que la Administración demandada no recurrió el auto que lo admitió a trámite y que es posible recurrir actos distintos a los previstos en la LOREG (L. O. 5/1985, de 19 de junio), sin que necesariamente tenga que utilizarse el proceso contencioso **electoral** previsto en dicha Ley (*arts. 109 y siguientes*) o el procedimiento ordinario o de primera instancia contra la Administración del Estado previsto en la Ley Jurisdiccional como alega la parte demandada, en la falta de legitimación pasiva de la Junta **Electoral** de Zona demandada, ya que de acuerdo con los *arts. 70, 71 y 172 de la citada Ley*, es la Junta **Electoral** Provincial la competente para aprobar el modelo de las papeletas una vez realizada la **proclamación** de candidatos, siendo la Administración del Estado la que a través de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, una vez confeccionadas las papeletas, debe ponerlas a disposición de los electores en los distintos colegios electorales en número suficiente al menos una hora antes de comenzar las votaciones. Por lo tanto entiende que el actor debió dirigir el recurso contra la Junta **Electoral** Provincial competente para aprobar el modelo de papeletas y su contenido, única responsable de que no hubieran en las mesas papeletas en blanco. En definitiva concluye afirmando, que no está previsto que se apruebe un modelo de papeletas en blanco, y de hecho en este caso no se aprobó, razón por la que prescindiendo de si la ausencia de papeletas en blanco genera o no un acto administrativo recurrible, es evidente que la Junta **Electoral** de Zona carecía de legitimación pasiva para ser demandada al tenerla la Junta **Electoral** Provincial, ya que fue esta la que decidió que no hubieran papeletas en blanco y la única que en su caso pudo incurrir en las vulneraciones denunciadas en la demanda. Acaba afirmando que lo anterior obliga a desestimar la demanda por falta de precisión en la determinación de la parte demandada *ex art. 516.1.5 LEC* aplicable en esta jurisdicción de forma supletoria de acuerdo con lo señalado en la *disposición final 1ª de la Ley Jurisdiccional*.

Se opone la parte apelante a la inadmisibilidad apreciada por el Juzgado, entendiendo que con la misma se vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva (*art. 24 C.E.*) y que el defecto apreciado se subsana desde el momento en que comparece la Junta **Electoral** de Zona demandada en defensa del acto recurrido. La queja formulada por el actor en la mesa **electoral** fue remitida a dicha Junta, la cual sin cuestionar su competencia, la resolvió conforme a la LOREG, entendiendo que el sobre vacío es un voto en blanco. De haberse entendido incompetente, tal pronunciamiento en ningún caso podría ir en perjuicio del administrado, sino de la propia Junta. Por lo tanto el Juzgado debió entrar a resolver la cuestión de fondo planteada, teniendo en cuenta que según el *art. 20.1 de la Ley 30/1992* cuando un órgano se estime incompetente para conocer del recurso debe remitirlo al competente. Por otro lado el Sr. Abogado del Estado en ningún momento adujo la falta de competencia de la Junta **Electoral** de Zona para resolver la reclamación, entendiéndola integrada dentro de la Administración **electoral**. La apreciación de la referida inadmisibilidad vulnera el principio de contradicción de partes, ya que no cabe apreciar de oficio la falta de competencia del órgano que dicta el acto impugnado sin oír antes a las partes. El trámite abierto por la Juez sustituta el mes de agosto no plantea esta cuestión. Por último solicita que se revoque la sentencia y se

entre a conocer sobre el fondo del asunto estimando el recurso formulado de acuerdo con los argumentos contenidos en la demanda.

La Administración demandada se opone al recurso de apelación afirmando que la legitimación pasiva es un presupuesto procesal con régimen jurídico propio y por lo tanto su falta puede ser apreciada de oficio por los tribunales de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Subsidiariamente, si la Sala entiende que debe entrar a conocer sobre el fondo, solicita que se desestime el recurso por los argumentos que adujo en su contestación a la demanda, que aquí da por reproducidos.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos y en el caso de que se entre a conocer sobre el fondo del asunto se desestime el recurso por los argumentos que adujo en la primera instancia.

SEGUNDO.- No cabe hablar de falta de legitimación pasiva de la Junta **Electoral** de Zona demandada, ya que además de que la misma no está contemplada en el *art. 69 de la Ley Jurisdiccional* como causa de inadmisibilidad, lo que es evidente es que es la autora del acto administrativo expreso frente al que se dirige el recurso contencioso administrativo, que es en definitiva el que debe ser revisado por esta jurisdicción. Cabría decir que dicha Junta carecía de competencia para dictarlo y por lo tanto para resolver la reclamación formulada por el actor (por ausencia de papeletas en blanco en el colegio **electoral** donde ejercicio el derecho al voto). Sin embargo la misma acepta su competencia. De no haberlo hecho, como afirma la parte apelante, debía haber remitido la reclamación al órgano competente para resolverla (*art. 20.1 de la Ley 30/92*). Ello no obstante en este caso, ni La Junta, ni las partes cuestionaron dicha competencia. La Administración demandada no alegó la falta de legitimación pasiva de dicha Junta, sino la inexistencia de acto administrativo recurrible y la inadecuación del procedimiento de derechos fundamentales utilizado para impugnar el acto recurrido.

De lo anterior se desprende que si el Juzgado entendía que la Junta **Electoral** de Zona no era competente para resolver la reclamación por ser serlo la Junta **Electoral** Provincial, antes de pronunciarse en ese sentido, al tratarse de una cuestión nueva, debía haberla planteado ante las partes para que hicieran sobre ella las alegaciones que estimaran oportunas (de acuerdo con el *art. 65. 2 LJ* aplicable también en el procedimiento de derechos fundamentales gracias a la remisión realizada por el *art. 114. 1 de la misma Ley*, en lo no previsto en el capítulo que regula dicho procedimiento, a las normas generales de la misma Ley).

En cualquier caso la competencia de las Juntas Electorales de Zona para resolver quejas esta atribuida por la LOREG 5/1985, de 19 de junio, en el *art. 19.2 . a)* en relación con el *art. 19.1 b) de la misma Ley*, sin perjuicio de la consulta que pueden elevar a la Junta **Electoral** Provincial, si lo estiman necesario (*art. 19.2 b)* de la ley).

Por último procede señalar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no recoge entre las causas de inadmisibilidad del recurso el defecto formal en el modo de proponer la demanda (*art. 69 LJ*), ya que tales defectos son subsanables de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 56.2 LJ* (aplicable como en el caso anterior por remisión del *art. 114.1 L.J.*) que señala que el Juzgado o Tribunal examinará de oficio la demanda y requerirá que se subsanen las faltas de que adolezca en plazo no superior a 10 días. Si la subsanación no se efectuara en tiempo se ordenara el archivo de las actuaciones. Por lo tanto no cabe inadmitir ni desestimar el recurso por este motivo, si previamente el Juzgado no ha requerido al actor para que subsane el defecto, supuesto en el que lo que prevé la Ley es el archivo en el caso de que no se haya llevado a cabo la subsanación en el plazo concedido. No comparte por lo tanto la Sala el criterio del Juzgado cuando dice que existe falta de precisión en la determinación de la parte demandada entendiendo aplicable supletoriamente el *art. 516.1.5 LEC* (cuyo contenido además no se refiere a esa cuestión).

TERCERO.- Por lo que se refiere al fondo del asunto procede partir de la base que en el proceso especial de protección de derechos fundamentales se persigue la protección frente a la violación de uno de los derechos fundamentales a que se refiere el *artículo 53.2 C.E.* .. En este sentido la jurisprudencia ha estimado que sólo puede pretenderse la protección frente a concretas violaciones de derechos fundamentales y que no se trata de un proceso de enjuiciamiento abstracto de disposiciones o actuaciones administrativas (STS de 26-9-1996). Por otro lado ha concretado que tiene por objeto la protección del derecho fundamental frente a lesiones actuales y no futuras o meramente hipotéticas (STS de 7 de noviembre de 1.994, y en el mismo sentido la de 31 de enero de 1.997).

Ahora bien, se ha planteado el problema de hasta qué punto son enjuiciables cuestiones de legalidad ordinaria.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 1991 refleja el criterio que en principio se ha

venido manteniendo al respecto, al decir que la vía de la *Ley 62/78* no permite examinar cualquier infracción del ordenamiento jurídico, puesto que está configurado como un proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y su ámbito se circunscribe a cuando el acto impugnado vulnera directamente esos derechos, pero se rebasa cuando para poder presentar la situación aparentemente violadora del principio constitucional invocado se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico.

Sin embargo, esta línea jurisprudencia ha sido rectificada y así se plasma con la creación jurisprudencial del concepto de derechos fundamentales de configuración legal (sentencias de 7 y 18 de julio de 1995). Así sucede por ejemplo, y lo reconoce el Tribunal Constitucional, con el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (*art. 23.2 C.E.*), cuyo contenido queda diferido a lo que dispongan dichas Leyes. Y ello porque se trata de un derecho de configuración legal, ya que compete a la Ley, comprensiva de los Reglamentos que la desarrollen, establecer los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos públicos y funciones, derechos y facultades que así quedan integrados en el "status" de cada cargo y delimitan el contorno de la legitimación de su titular para accionar en sede jurisdiccional por violación de este precepto frente a desconocimiento o menoscabo de los mismos (SSTC 76/89, de 27 de abril y 214/90, de 20 de diciembre).

Por lo tanto la satisfacción de un derecho fundamental de configuración legal requiere el cumplimiento de los requisitos determinados por las leyes. O, lo que es lo mismo, la vulneración de este derecho fundamental exige que se invoque la infracción de la norma ordinaria que señala tales requisitos.

En esta línea, la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA NUEVA LEY JURISDICCIONAL señala que la Ley pretende superar la rígida distinción entre la legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Así el *art. 121.2 LJ* dispone que la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.

En el presente caso alega el actor que al no existir papeletas en blanco en la mesa **electoral** que le correspondía para ejercitar su derecho al voto en las elecciones generales, se vulneró el derecho a la igualdad establecido en el *art. 14* de la Constitución respecto a las candidaturas respecto de las que sí existían papeletas. Alega asimismo que se le privó del derecho a votar de forma secreta, ya que es evidente que al entregar un sobre vacío para que sea introducido en la urna por el Presidente de la Mesa, el propio votante se delata en la medida de que los presentes pueden apercibirse de que está votando en blanco, entendiéndose que con ello se viola el *art. 23.1 CE* que establece el derecho al voto libre, ya que no es libre el voto que no es secreto. Asimismo alega que el votante carece de información sobre su derecho a votar en blanco, destacando la importancia democrática de este voto, maltratado en el sistema **electoral**.

Por su parte la Administración **electoral** contestó a la demanda solicitando la inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto administrativo recurrible o su desestimación por entender que el procedimiento de protección de derechos fundamentales era inadecuado, ya que debió seguir el contencioso **electoral** previsto en la LOREG (*arts. 109* y siguientes) o el ordinario contra la Administración del Estado, único responsable de que no existan papeletas en blanco en las mesas electorales. Asimismo alega que existía un defecto legal en el modo de proponer la demanda por este último motivo. Respecto a la cuestión de fondo se oponía al recurso por entender que no se había vulnerado el principio de igualdad ya que no existía un término válido de comparación. El *art. 95 LOREG* resolvía la cuestión señalando cuando los votos deben entenderse realizados en blanco, sin que el hecho de que no existan papeletas en blanco en las mesas restrinja el derecho al voto.

Por último el Ministerio Fiscal se opuso asimismo al recurso señalando que la inexistencia de papeletas en blanco en la mesa **electoral** no infringe el principio de igualdad, ya que los efectos del voto en blanco están previstos en la Ley. El derecho al secreto se asegura votando de acuerdo con lo dispuesto en la Ley. *La opción del elector en ningún momento queda expuesta al conocimiento de las terceras personas que están presentes.*

CUARTO.- En el presente caso la Sala entiende por lo que se refiere a la alegada vulneración del derecho a la igualdad (*art. 14 C.E.*) que existe una inadecuación del procedimiento utilizado para resolver la cuestión de fondo planteada, ya que es necesario examinar la regulación existente sobre el voto en blanco en la LOREG para saber si la no existencia de papeletas en blanco (tal y como las entiende el actor como sinónimo de papel en blanco), en la mesa **electoral** vulnera o no dicho derecho fundamental, siendo por

tanto dicha cuestión una cuestión de legalidad ordinaria. En cualquier caso es evidente que no puede considerarse infringido este derecho porque no existe un término válido de comparación. Es evidente que la Ley no regula el derecho al voto en blanco en la forma en que desearía el actor, esto es introduciendo una papeleta en blanco en el sobre, sino en la forma determinada por el *art. 96.5 LOREG* que dice que se considerará voto en blanco, pero válido, el sobre que no contenga papeleta y, en las elecciones para el Senado, las papeletas que no contengan indicación a favor de ninguno de los candidatos. Por lo tanto ni la Junta **Electoral** Provincial tenía que aprobar un modelo de papeleta en blanco de acuerdo con los *arts. 70 y 71 de la Ley*, en relación con el *art. 172* de la misma, ni la Administración del Estado tenía por qué poner a disposición de los votantes, a través de la Delegación del Gobierno, papeletas en blanco. Si el actor quería votar en blanco, solamente tenía que votar conforme a lo dispuesto por la Ley, esto es entregando los sobres del Congreso y del Senado vacíos (o incluso en este último caso sin poner las cruces en los candidatos), ello sin perjuicio, claro está, de que asimismo podía haber introducido un papel en blanco en los sobres aunque hubiera tenido que llevarlo preparado o haberlo conseguido de forma evidentemente fácil después de comprobar que no existían en la mesa **electoral**. Otra cosa es la calificación que la Mesa hubiera dado a dicho voto (nulo o en blanco).

Tampoco considerara la Sala infringido el derecho fundamental contemplado en el *art. 23.1 C.E.* cuando establece al derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y ello no solo por no referirse este precepto de forma expresa al derecho a ejercer el voto en unas elecciones de forma secreta, sino además porque aún entendiéndolo así mediante una interpretación extensiva (como derecho a ejercer el sufragio universal de forma libre, y por lo tanto, como dice el actor, secreta), se trataría de un derecho de configuración legal que debe ejercerse con los requisitos establecidos en la Ley. De ello se desprende que se vota de forma secreta cuando se vota con respeto a los requisitos establecidos por la LOREG. La tesis del actor de que el voto en blanco realizado de conformidad a lo establecido por la Ley (entregando al Presidente de la Mesa el sobre vacío), vulnera el derecho a votar de forma secreta, supone tanto como afirmar que la citada Ley es inconstitucional por vulnerar el *art. 23.1 C.E.*, inconstitucionalidad que no ha sido declarada.

Al margen de ello, esta Sala no llega a comprender la afirmación que hace el actor cuando afirma que al entregar el sobre vacío al Presidente de la Mesa delata el sentido de su voto. Es evidente que si el sobre está cerrado no se sabe si contiene o no papeleta en su interior y por lo tanto se realiza sin exponer la opción elegida al conocimiento de los presentes. En definitiva habría que fijarse mucho, incluso al trasluz o que el Presidente tuviera un gran tacto cuando toca el sobre (dependiendo de la calidad y grosor del papel utilizado), para apercibirse de si contiene o no en su interior una papeleta, siendo poco pensable que los miembros de las Mesas electorales, se dediquen, en presencia de los interventores de los distintos partidos políticos, a realizar comprobaciones de esa índole para comprobar el sentido del voto de los votantes.

QUINTO.- En razón de todo ello procede estimar en parte el recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida en cuanto desestima el recurso por entender que la Administración **electoral** demandada carece de legitimación pasiva y en su lugar desestimar el recurso contencioso administrativo de protección de derechos fundamentales formulado, por entender que el acto impugnado no vulnera los derechos fundamentales alegados por el actor; todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de esta instancia (*art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional*).

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso apelación interpuesto por D. Damaso contra la sentencia nº 461/08, de 24 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Murcia nº 6 dictada en el recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento de derechos fundamentales 275/08, revocando dicha sentencia en cuanto desestima dicho recurso por falta de legitimación pasiva de la Administración demandada y en su lugar desestimar el referido recurso contencioso administrativo por no haber infringido el acto impugnado derecho fundamental alguno; sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.