

Id Cendoj: 29067330012007101581
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Málaga
Sección: 1
Nº de Recurso: 766/2007
Nº de Resolución: 1379/2007
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FERNANDO DE LA TORRE DEZA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA Nº 1379/2007

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MÁLAGA

Pleno

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. JOAQUIN GARCIA BERNALDO DE QUIROS

MAGISTRADOS

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

Dª ROSARIO CARDENALGOMEZ

Dª TERESA GOMEZ PASTOR

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

En la ciudad de Málaga a tres de Julio de dos mil siete.

Visto por el pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, el recurso contencioso-**electoral** número 766/2007, en el que son partes, como recurrentes, D. Jorge , D. Ramón , D. Jose Enrique , Dª Magdalena , Dª Tarsila y D. Arsenio , todos ellos como candidatos del partido "Coalición por Melilla" y representados por la Procuradora Dª Nieves Criado Ibaseta y defendidos por el letrado D. Ignacio Alonso Sánchez, y como partes recurridas, el Partido Popular, representado por la Procuradora Dª María del Mar Gonzalez Peña; el Partido Socialista Obrero Español, representado por la Procuradora Dª Elena Auriolos Rodríguez, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente, con fecha 14 de Junio del 2007, se presentó recurso contencioso-**electoral** ante la Junta **Electoral** de Zona contra el acuerdo de **proclamación** de candidatos de las elecciones celebradas el día 27 de Mayo del 2007, remitiéndose el mismo a esta Sala el siguiente día 15 y acordándose incoar el procedimiento correspondiente. Emplazadas las partes, se personaron las mencionadas en el encabezamiento, acordándose darles el plazo de cuatro día para alegaciones.

Presentadas las alegaciones por todas las partes personadas, se acordó abrir periodo probatorio por

cinco días. Transcurrido dicho plazo y practicadas las pruebas que fueron admitidas, se señaló día para la deliberación el dos de Julio siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interesa la parte recurrente de éste Tribunal, un pronunciamiento en conformidad con lo establecido en el *artículo 113.2.D de la L.O. del Régimen Electoral General* por la cual se declare: " 1ª la nulidad de la elección celebrada en todas las Mesas de la Ciudad por nulidad del voto por correo y por tanto la subsiguiente nulidad del escrutinio general, lo que traería consigo la repetición de las votaciones.2ª La nulidad del escrutinio general, con repetición parcial de las votaciones en aquellas Mesas en que se aprecia causa de nulidad de la votación, bien porque: A) se haya escrutado el voto por correo emitido sobre el que se ha efectuado impugnación (que ha sucedido en la práctica totalidad de las Mesas) B) Alternativamente, porque no se haya escrutado el voto por correo emitido sobre el cual pesara la medida de retención dispuesta por Auto de 27 de Mayo . C) También en forma alternativa, porque en algunas mesas se haya escrutado algún voto emitido por correo que estuviese afectado por la medida de "retención" judicial".

En apoyo de dicha pretensión alega los siguientes motivos: En primer lugar, que se ha quebrantado lo dispuesto en los *arts. 51.3 y 53 de la citada ley* , en tanto en cuanto consta que una vez finalizado el plazo de la campaña **electoral**, por parte del representante de la candidatura del Partido Popular se realizaron actos propios de campaña **electoral**, a través de medios de comunicación contra la candidatura de Coalición por Melilla; en segundo lugar, por lo que respecta al voto emitido por correo, que fueron mas de dos mil, porque por un lado se encuentra viciado al haberse dedicado el Partido Popular a ofrecer a los electores que habían optado por tal forma de votar, una serie de prebendas y beneficios a fin de que votasen por su candidatura, lo que conllevaría bien la nulidad ya del escrutinio general con repetición de nuevas elecciones, ya la repetición parcial de las votaciones en aquellas mesas en que se aprecie causa de nulidad por haberse escrutado dicho voto; en segundo lugar porque debía de haberse escrutado el voto sobre el que pesaba la orden judicial de 27 de Mayo del 2007, pues de no ser así se privaría a los electores de dicho derecho, siendo así que al existir una diferencia de unos cuarenta votos para el otorgamiento de un escaño a la recurrente y al Partido Socialista Obrero Español, dichos votos deben de computarse al ser de especial relevancia en el resultado; y por otro porque consta que pese a la orden de retención judicial del voto por correo, algunos de ellos fueron contabilizados. Frente a ello, las partes recurridas y personadas en el recurso, se opusieron a la pretensión de la recurrente por las consideraciones que se irán diciendo con posterioridad si bien como cuestión previa y relativa a la admisibilidad del recurso el Partido Popular alegó la inobservancia de lo dispuesto en el *art. 108.2 de la L.O.* antes citada.

SEGUNDO.- Entrando a conocer, por razones obvias, pues de estimarlo se impediría conocer sobre el fondo del recurso, sobre el motivo alegado por el Partido Popular, relativo a la inadmisibilidad del actual recurso, por no haberse cumplido el requisito establecido en el *art. 108.2 de la L.O. Electoral* General, al no haberse hecho valer ante la Junta **Electoral** los motivos que en la actualidad alega, el mismo no puede ser estimado y ello porque, aún cuando es lo cierto que dicho precepto establece la necesidad de que en el plazo de un día se deban de presentar las reclamaciones y protestas relativas a las incidencias recogidas en el acta de sesión de las mesas electorales o en el acta de la sesión de escrutinio de la Junta **Electoral**, requisito éste que no tiene otra función que agotar la vía administrativa de tal manera que, como ha establecido el T.C. en sentencia 169/91 "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*), no puede considerarse como potestativa para los representantes y apoderados de las candidaturas de modo que a éstos les cupiera acudir per saltum al contencioso **electoral**...en definitiva este requisito, antes y ahora, constituye, un presupuesto procesal necesario para acceder al proceso **electoral**, como agotamiento de la vía administrativa previa ante las juntas Electorales citadas", ello no puede interpretarse en el sentido restrictivo que la citada parte interesa, pues sabido es que en materia de derechos fundamentales la interpretación ha de ser favorable a la efectividad y tutela de los mismos, de tal manera que si, como dicha parte reconoce, en el acto del escrutinio hizo constar su protesta acerca del voto por correo intervenido por el juzgado de instrucción que tramitaba las diligencias penales y con posterioridad y en plazo, presentó su reclamación ante la Junta de Zona de Melilla, interesando ante ella los mismos pronunciamientos que formula en el recurso dicho requisito hay que entenderlo cubierto.

TERCERO.- Desestimado el anterior motivo de inadmisión y entrando a conocer sobre el fondo del recurso, que como consta en el suplico de la demanda, ha de limitarse a determinar si concurre la causa de nulidad de las elecciones por no haberse respetado la legalidad en cuanto al voto por correo- lo que conlleva que la Sala no entre a conocer sobre los hechos que la parte recurrente aduce con relación a si se realizaron actos de propaganda **electoral** el día anterior al de la votación y durante éste, pues al no interesar la nulidad en base a dichos hechos, éstos devienen intrascendentes en tanto en cuanto la

jurisdicción solamente debe de conocer sobre hechos en base a los cuales se interese una consecuencia jurídica, pero no sobre hechos a los cuales la propia parte no anuda consecuencia jurídica alguna, siendo esto propio de otros foros pero no del jurisdiccional- y que la parte desglosa en dos peticiones principales, la primera por la que interesa la nulidad de las elecciones celebradas en todas las Mesas de la ciudad por nulidad del voto por correo y por tanto la nulidad del escrutinio general, y la segunda la nulidad del escrutinio general con repetición parcial de las votaciones en aquellas mesas en que se aprecie causa de nulidad, motivo éste que a su vez y según se dirá lo fundamenta en tres submotivos, el recurso no puede ser atendido y ello en base a las siguientes consideraciones: En primer lugar, por lo que respecta a la nulidad de las elecciones celebradas en todas las mesas por nulidad del voto por correo, porque para que hubiese podido prosperar se habría hecho necesario acreditar que en su mayoría o al menos en un porcentaje relativamente importante el voto emitido por correo fue utilizado de manera fraudulenta o torticera, siendo así que al constar que únicamente de dos mil cuatrocientos votos interesados por correo, sobre noventa y seis en principio se sembró la duda o sospecha, hasta el punto de acordarse su retención judicial, el porcentaje no es lo suficientemente significativo como para entender viciado el voto por correo en general y por tanto decretar la nulidad de las elecciones, y ello porque no solo, como ha establecido el T.C. en sentencia de 9-7-1993 es una exigencia del principio de conservación de los actos electorales sino también porque como ha establecido dicho tribunal en sentencia de 15-2-1990 de admitirse la nulidad de las elecciones en aquellos casos en que los vicios solamente afectasen a unas mesas electorales, llevaría, de admitirse como correcto, a una vulnerabilidad del proceso **electoral** en manos de quienes malévolamente quisieran (acaso por disconformidad con el resultado **electoral** previsible o incluso con el sistema **electoral** y democrático) alterarlo en términos generales, pues la introducción fraudulenta de determinadas y aisladas irregularidades en secciones escasas y concretas determinaría la anulación de las elecciones en una o varias circunscripciones, con los consiguientes perjuicios al interés general consistente en la credibilidad del sistema y en la protección del mismo frente a fáciles y perturbadores abusos, lo que constituye un bien jurídico al que la interpretación "ex Constitutione" no puede ser ajena.

CUARTO.- Desestimado el primero de los motivos alegados y entrando a conocer sobre el segundo, que como quedó dicho estriba en interesar la nulidad del escrutinio general con repetición parcial de las votaciones y que la parte fundamenta en tres causas, la primera porque se haya escrutado el voto por correo emitido sobre el que se ha efectuado impugnación, la segunda y alternativamente porque no se haya escrutado el voto por correo emitido sobre el que pesaba la medida de retención judicial acordada por el Juzgado que conocía de las diligencias penales y la tercera, también de forma alternativa, porque en algunas Mesas electorales se haya escrutado algún voto emitido por correo que estuviese afectado por la medida de retención judicial, el mismo no puede ser estimado y ello porque, aparte de la ambivalencia de la pretensión de la parte recurrente - en tanto en cuanto por un lado interesa la nulidad por haberse escrutado el voto impugnado y por otro por no haberse escrutado parte de él, sobre el que se había acordado una retención judicial - en cuanto al primero de los submotivos, para que hubiese podido prosperar se habría hecho necesario acreditar, por un lado que el proceso singular de votación, en el actual caso referido al hecho de introducir la papeleta **electoral** en el sobre del voto por correo no fue realizado por el elector de manera libre, personal y autónoma, por otro que - aún cuando sin una prueba plena y concluyente sobre ello, se pudiese deducir indiciariamente dicha suplantación - por la cantidad de votos así emitidos el resultado **electoral** se pudiese ver afectado, siendo así que en orden a la primera de las cuestiones, al constar solamente que en su día, en el local de la entidad Tamazig, sito en la calle Millán Astray de Melilla en donde se imparten desde hace años diversos cursos y enseñanzas a particulares, se realizaban gestiones relativas a cumplimentar la solicitud del voto por correo a quién allí acudiese, no pudiendo entenderse acreditado que tales gestiones traspasasen los límites razonables en orden a respetar la libertad del voto, y ello porque consta que la mayoría de las personas que realizaron dichas gestiones no resultaron favorecidas con vale alimenticio alguno, y sobre todo porque teniendo en cuenta que tales vales venían siendo concedidos desde el año 1993, concluir que los que optaron por votar por correo solicitando su gestión a través de la referida entidad, no emitieron por sí mismo el voto, por no traspasar el grado de la simple sospecha y por tanto no llegar al de indicio, resulta en exceso aventurado, máxime cuando además consta que en cantidad mayor que la dicha anteriormente, fueron entregados vales por alimentos a personas que no solicitaron el voto por correo; en definitiva, el hecho de que coincida que algunas personas que optaron por votar por correo fuesen favorecidos con un vale alimenticio, no permite concluir que dicho voto fuese emitido como contraprestación obligada para obtener dicho vale y que por ello la libertad de voto fuese aniquilada; y en orden a la segunda de las cuestiones porque al constar que los votos sobre los que inicialmente se sembró la duda o sospecha y que fueron retenidos como consecuencia del auto judicial dictado en las diligencias previas 557/07 , solamente ocho de ellos fueron devueltos por no verse afectados de vicio alguno que impidiese su cómputo, no podría afectar al resultado final.

QUINTO.- En cuanto al segundo de los submotivos, que no es otro que el hecho de no haberse escrutado el voto por correo sobre el que pesaba la orden judicial de retención, y que según se anunció con anterioridad no puede ser admitido porque no solo es contradictorio el interesar en el proceso penal la

retención del voto, como así efectuó en su día la recurrente ante el juzgado de instrucción por escrito de 7-5-07 , y posteriormente, una vez que el juzgado acuerda la retención del voto, solicitar la nulidad por no haberse computado el mismo, sino porque además, al no haberse introducido los votos en la urna por acordarlo así la Mesa, en armonía con la orden judicial acordada en auto de 27-5-07 , nada hay que objetar y por tanto el motivo debe decaer. Por último y en cuanto al tercero de los submotivos, relativo al indebido cómputo de votos por correo, sobre los cuales pesaba la retención judicial, al igual que los anteriores debe ser desestimado, pues sin desconocer que en principio tales votos no debieron escrutarse al haberse acordado su retención judicial, al afectar solamente a cuatro votos, y carecer por tanto de relevancia cara al resultado general, el motivo deviene intrascendente, por lo que una aplicación al caso de la doctrina de la conservación de los actos electorales, antes mencionada, conduce a la desestimación del motivo y por ello del recurso.

SEXTO.- En cuanto al pago de las costas procesales al no observarse temeridad en la pretensión de la parte recurrente, no procede hacer especial pronunciamiento, debiendo cada parte de satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los arts. citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso **electoral** interpuesto por Coalición por Melilla contra el acuerdo de 12 de Junio del 2007 sobre **Proclamación** de Candidatos dictado por la Junta **Electoral** de Zona de Melilla, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Comuníquese esta sentencia a la Junta **Electoral** de Zona de Melilla y al Sr. Secretario de la Corporación de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo a la Junta **Electoral** de Zona de Melilla.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-