

El Recurso Contencioso Electoral en el Ordenamiento Jurídico Español

*Francisco Fernández Segado**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Objeto del recurso. 3. Órgano competente. 4. Legitimación. 5. La doble instancia en el seno de la Administración Electoral. 6. Procedimiento. 7. La Sentencia. Sus posibles contenidos: A) Inadmisibilidad del recurso. B) Validez de la elección. C) Nulidad del acuerdo de proclamación. D) Nulidad de la elección.**

1. Introducción***

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General dedica una sección, la decimosexta del Capítulo sexto (relativo al “Procedimiento electoral”) al “contencioso electoral” (arts. 109 a 117), una de las materias más sensiblemente modificadas en la reforma de aquella Ley (en adelante LOREG) llevada a cabo en 1991.

Con la ordenación del régimen electoral que implanta la Ley Orgánica 5/1985 se viene a reservar la denominación específica “contencioso electoral” a aquel proceso que tiene por objeto “los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos”, además ya de “la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales”, mientras que el Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, norma inmediatamente antecesora de la LOREG, englobaba bajo la denominación de “recurso contencioso electoral” (art. 73.1) tanto aquel procedimiento que tenía por objeto la impugnación de la validez de diputados y senadores electos, como aquel otro cuyo objeto era de impugnación de los acuerdos de las Juntas Electorales Provinciales sobre proclamación de candidaturas, objeto en la actualidad del recurso contencioso administrativo especial del art. 49.1 de la LOREG.¹

El recurso contencioso electoral cumple una doble función: en primer lugar, la de recurso autónomo que agota el control judicial de legalidad del proceso electoral, y en segundo término, la de recurso judicial previo de obligado agotamiento antes de acudir a la vía de amparo del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) por los actos de la Junta Electoral que pudieran suponer violación del art. 23 de la Constitución. En este último caso, de no obtenerse del Tribunal judicial competente la reparación de la violación cometida habrá de entenderse abierta la vía del proceso de amparo constitucional.²

Por lo demás, puede hablarse de un cierto sentido institucional del contencioso electoral, que, por ejemplo, como ha advertido el Juez de la Constitución,³ se ha de traducir en que los tribunales ordinarios tengan presente usualmente, pese a las imprecisiones de los recurrentes, la posible relevancia constitucional de las quejas que se formulan, lo que a su vez conduce a que el requisito de la previa invocación se haya de interpretar con suma flexibilidad.

2. Objeto del recurso

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

** Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional “Ciudadanos e Instituciones en el constitucionalismo actual” organizado por la Universidad de Alicante y el Centro de Estudios de Derecho del Estado (Alicante, mayo de 1995).

¹ Cfr. al efecto, Francisco Fernández Segado: “Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en el ordenamiento electoral

español”, en *Justicia Electoral* (Revista del Tribunal Federal Electoral), vol. II, No. 3, México, 1993, pp. 59 y ss.

² Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 79/1989, de 4 de mayo, fundamento jurídico 2o.

³ STC 160/1989, de 10 de octubre, fund. jur. 1o. Esta doctrina ha sido reiterada con posterioridad; así, en la STC 107/1991, de 13 de mayo, fund. jur. 1o.

I. A tenor del art. 109 de la LOREG: “Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales”.

Si concordamos esta determinación con la del párrafo segundo del art. 73.2 del Decreto-Ley de Normas Electorales (en adelante DLNE), vemos que este último precepto añadía como objeto del recurso “la impugnación de la validez de la elección”,⁴ lo que, como bien se ha advertido,⁵ no entrañaba una ampliación del objeto del recurso, habida cuenta de que el fallo de la correspondiente Sentencia que ponga fin al recurso, a tenor del art. 113.2, b/ y d/ de la LOREG, puede referirse expresamente a la validez o nulidad de la elección.

Los actos impugnables, a la vista del propio precepto, son, de un lado, todos aquellos mediante los que las Juntas Electorales procedan a la proclamación de electos, y de otro, aquellos actos de las Corporaciones Locales (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales) a cuyo través proceden a proclamar a sus respectivos Presidentes (Alcaldes y Presidentes de las Diputaciones).

A la vista del objeto de este recurso, puede decirse que estamos ante un recurso exclusivo y excluyente. Exclusivo por cuanto, como ha sostenido la Junta Electoral Central,⁶ el objeto exclusivo de este recurso lo encontramos en los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como en la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales. Excluyente en tanto que, una vez realizada la proclamación de electos, no puede admitir la Administración Electoral recursos o reclamaciones de entidades políticas sobre la validez de las elecciones o la proclamación de electos,⁷ lo que quiere decir que el único cauce jurídico para

hacer frente a los acuerdos de proclamación de electos es el del recurso contencioso electoral, vía procesal que excluye cualquier otra.

II. En relación con la exclusividad del objeto del recurso se plantea una cuestión de interés. Admitido sin duda de ningún género que el único objeto posible de este recurso es el ya señalado, esto es, básicamente, y por lo que ahora importa, los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, puede suscitarse la siguiente cuestión: ¿Posibilita este recurso, pese a la concreción de su objeto, una revisión global de la actividad llevada a cabo por la Administración Electoral? Nuestra respuesta ha de ser afirmativa,⁸ y ello, al menos, por las dos razones que siguen:

De un lado, por la supresión del texto del art. 49 de la LOREG de la cláusula del inciso segundo del art. 74.6 DLNE, que consagraba en los términos más absolutos la eficacia preclusiva de la sentencia dictada en el proceso sobre proclamación de candidaturas, sin que pudiera discutirse la legalidad de la proclamación de las candidaturas en proceso ulterior alguno, impidiendo, pues, que el recurso que tuviera por objeto la impugnación de la validez de la elección y proclamación de electos pudiera fundarse en vicios de procedimiento que hubieran podido ser alegados en el proceso sobre proclamación de candidaturas. La supresión de esta excepción de acto consentido frente a aquellas alegaciones, en el contencioso electoral, de vicios que hubiesen podido ser esgrimidos en el previo proceso judicial de proclamación de candidaturas, no puede considerarse en modo alguno casual.

De otro lado, porque en la cláusula del art. 21.2 de la LOREG⁹ podría atisbarse un punto de apoyo para la interpretación que defendemos, proclive a que el contencioso electoral posibilite una revisión de más

⁴ Recordemos que, de conformidad con el art. 42.1 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales —Ley ésta que sería derogada por la LOREG, que integraría a su vez la normativa electoral sectorial de aquélla—, podían ser objeto de recurso contencioso electoral: 1o.) los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidaturas o de candidatos electos, y 2o.) los actos de procedimiento de elección y el acto de proclamación de electos de Presidentes de Corporaciones Locales.

⁵ Francisco J. Bastida Freijedo: “Ley Electoral y garantías judiciales” en “Poder Judicial”, 2a. época, No. 1, marzo 1986, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 36-37.

⁶ Acuerdo de la Junta Electoral Central (en adelante AJEC) de 20 de enero de 1986.

⁷ AAJEC de 22 de junio de 1978, de 30 de junio de 1987 y de 5 de julio de 1989.

⁸ En el mismo sentido se manifiesta Miguel Satrustegui y Gil-Delgado: “Las garantías del Derecho Electoral”, en Revista de las Cortes Generales, No. 20, segundo cuatrimestre 1990, pp. 91 y ss.; en concreto, pp. 106-107. Para este autor, desde el punto de vista de su fiscalización judicial, el procedimiento electoral aparece como una “operación compleja” al término de la cual es posible impugnar cualquiera de los actos integrantes de la misma, incluso en el caso de que hubiera alcanzado firmeza anteriormente.

⁹ En su apartado primero, el art. 21 de la LOREG dispone que fuera de los casos en que esta Ley prevea un procedimiento específico de revisión judicial, los acuerdos de las Juntas Electorales son recurribles ante la Junta de superior categoría. A partir de aquí, y tras precisar el plazo de interposición y el órgano ante el que la misma debe tener lugar, el art. 21.2, en su último inciso, determina que contra la resolución de la Junta que deba resolver no cabe recurso administrativo o judicial alguno.

amplio calado que la estrictamente limitada a la atinente a los actos de proclamación de electos. Dicho de otro modo, el art. 21.2 vedaría cualquier recurso judicial frente a las decisiones de las Juntas superiores en las que éstas se pronuncien tras el preceptivo recurso administrativo, respecto de una resolución de una Junta inferior, en tanto en cuanto, en los momentos finales del proceso electoral, el recurso contencioso electoral posibilitaría un cauce de revisión global al que siempre podría acudir¹⁰ Aunque este argumento creemos es de menor entidad que el apuntado inmediatamente antes, que es a nuestro juicio el verdaderamente relevante, no por ello puede dejar de ser recordado.

III. Admitido que el contencioso electoral posibilita una revisión global del procedimiento electoral, es preciso señalar que existen criterios procesales que pueden restringir en la práctica el alcance revisor de este recurso. Nos referiremos concretamente a dos: la doctrina de los actos propios y el principio dispositivo en el planteamiento del contencioso electoral. Nos detendremos brevemente en ambos criterios.

a/ La doctrina de los actos propios

El carácter revisor del proceso contencioso supone que no pueda pretenderse ante los órganos jurisdiccionales lo que no se solicitó en vía administrativa, ya que “mal puede revisarse lo que la Administración no resolvió”, si además no hubo indicación expresa en la interposición del recurso contencioso.¹¹ Es precisamente desde esta perspectiva como se han explicado¹² las reclamaciones y protestas a que aludía en su redacción original el art. 108.1 de la LOREG, y que tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 8/1991 son objeto del art. 108.2,¹³ reclamaciones que pueden presentarse por los representantes y apoderados de las candidaturas una

vez concluido el escrutinio. Desde esa interpretación, dichas reclamaciones tendrían el sentido de neutralizar el efecto de aquietamiento de la candidatura con las decisiones de las Mesas, que suele deducirse de su silencio durante el escrutinio general y compromete fatalmente las posibilidades de éxito del recurso que se fundamenta en presuntas irregularidades cometidas por las últimas.

Desde luego, una reiterada doctrina jurisprudencial, con más o menos amplitud, ha venido a corroborar los términos de la precedente interpretación. Así, con carácter general, se ha entendido que la falta de reclamación o protesta del representante de la candidatura en el momento legalmente previsto para ello, implica su aceptación y acomodo a la resolución de la Junta Electoral¹⁴ No es admisible, se afirma de modo específico en otro lugar,¹⁵ “la reserva del derecho a examinar las papeletas y votos nulos en todas y cada una de las secciones, con vistas a interponer los correspondientes recursos”, pues carece de valor alguno a efectos de fundamentar un posterior recurso contencioso electoral, sin la previa reclamación, ya que lo contrario podría conducir a que fueran los Tribunales quienes realizaran el escrutinio.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada con más fuerza si cabe que el Tribunal Supremo por las Audiencias. Y así, para la Audiencia Provincial de Burgos,¹⁶ la reclamación que contempla el art. 108.1 de la LOREG (alude al texto original de esta Ley) viene a “servir de reserva de derechos a una eventual impugnación posterior”.

Más estricta aún sería la interpretación dada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, que, en su Sentencia de 2 de diciembre de 1989, entiende que la importancia de las reclamaciones a que se refiere el art. 108.1 de la LOREG (hoy art. 108.2) viene determinada porque la misma es manifestación de no aceptación del resultado valorado por la Junta Electoral, “lo que equivale —se añade— a no aquietarse ni consentir

¹⁰ Esta interpretación es claramente defendida por Miguel Satrustequi y Gil Delgado: “Las garantías del Derecho Electoral”, *op. cit.*, p. 107.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 25 de abril de 1977. Puede verse en Aranzadi (1977), marginal 2864.

¹² Javier Ballarín Iribarren: “Comentario al artículo 108 de la LOREG”, en Luis Ma. Cazorla Prieto (dir.), “comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 974 y ss.; en concreto, p. 981.

¹³ De conformidad con la redacción del actual art. 108.2 de la LOREG: “Los representantes y apoderados de las candidaturas dispondrán de un plazo de un día para presentar las reclamaciones y protestas, que sólo podrán referirse a incidencias recogidas en las actas de sesión de las Mesas Electorales o en el acta de la sesión de escrutinio de la Junta Electoral”.

¹⁴ STS de 20 de abril de 1979, Aranzadi (1979), marg. 1287, y de 24 de abril de 1979, Aranzadi (1979), marginal 1312.

¹⁵ STS de 24 de abril de 1979, Aranzadi (1979), marginal 1315.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sala de lo Contencioso administrativo) de 29 de julio de 1987. Puede verse en “Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sentencias de las Audiencias” (1987), marginal 8234.

los resultados por ella declarados, haciendo reserva del derecho que le asiste para la interposición del recurso contencioso electoral”, para señalar más adelante que la falta de reclamación oportuna ante la Junta “es tanto como aquietarse o consentir la decisión adoptada, por lo que se le priva al disidente con tal decisión de poder acudir posteriormente al recurso contencioso electoral”.¹⁷

Mas aunque esta imposibilidad de acudir al recurso contencioso electoral por parte de quien no reclamó ante la Junta sea discutible, lo que para el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León no admite ya discusión alguna es que la no interposición del recurso contencioso electoral en el plazo legalmente previsto por el art. 112.1 de la LOREG “supone un acatamiento total al resultado consagrado en tal proclamación (el correspondiente acuerdo de proclamación de electos de la Junta Electoral de que se trate), sin que pueda modificarse ninguno de los resultados allí declarados, salvo respecto de aquellos que hubieran seguido el cauce procesal adecuado, reclamación o protesta e interposición del recurso contencioso electoral dentro de plazo”.¹⁸

Esta Sentencia, que puede ser discutible o al menos matizable en sus primeras consideraciones relativas al efecto de aquietamiento o consentimiento de la decisión adoptada que se atribuye a la inhibición respecto de las reclamaciones a que se refiere el texto original del art. 108.1 de la LOREG, se convierte ya en verdaderamente disparatada en la

última de sus reflexiones, fruto de una rigurosísima y formalista interpretación de la doctrina de los actos propios que lleva a la Sala a una interpretación que no sólo casa mal con los derechos constitucionalmente proclamados por el art. 23, sino que, más aún, es contradictoria con el ordenamiento jurídico electoral, ya que conviene no olvidar, por obvio que sea, que el art. 166.1, b/ de la LOREG dispone de modo inequívoco que: “Serán proclamados electos aquellos candidatos que obtengan mayor número de votos hasta completar el de senadores asignados a la circunscripción”.

La Sentencia comentada sería —como no podía acontecer de otro modo— considerada como vulneradora del derecho de sufragio pasivo reconocido por el art. 23.2 de nuestra Norma suprema y, en conexión con él, del derecho de sufragio activo del art. 23.1, por cuanto “se vulnera el derecho de sufragio activo y pasivo —piedra angular del sistema democrático— cuando, demostrada la votación mayoritaria de un candidato respecto de otro, se hace la proclamación en favor de este último en virtud de una argumentación que contradice abiertamente el sistema electoral y la Ley Orgánica que lo regula”.¹⁹

En definitiva, exigir la reclamación del acto de la Junta y el subsiguiente recurso contencioso electoral, a quien se otorga el derecho controvertido en razón —después confirmada por la Sala— de que obtuvo mayor número de votos que el candidato disidente, representa, como subraya el Juez de la Constitución,²⁰ no una lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que conduce de modo inmediato y directo a la vulneración del derecho fundamental consagrado por el art. 23.2 de la Constitución, pues el derecho de sufragio pasivo de dicho art. 23.2 como en otro lugar ha dicho el Alto Tribunal,²¹ tiene como contenido esencial asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes, satisfaciendo, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos.

¹⁷ No muy distante de esta interpretación es la que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso administrativo) en su Sentencia de 4 de diciembre de 1989 (puede verse en “Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1989, marginal 9694). Parte el Tribunal de que la condición *sine qua non* para que los Tribunales de la Jurisdicción contencioso administrativa puedan actuar es la existencia de un acto administrativo previo para que sea objeto de revisión. Pues bien, en cuanto que las reclamaciones ahora efectuadas ante la Sala no fueron hechas en su momento como previene el art. 108.1 de la LOREG y en consecuencia la Junta Electoral Provincial no pudo pronunciarse sobre las mismas, al faltar este pronunciamiento administrativo previo concluye la Sala que mal puede revisarse en vía jurisdiccional.

¹⁸ La rígida aplicación de esta doctrina conduce al Tribunal Superior de Justicia al dislate de atribuir al recurrente que formuló la protesta e interpuso el recurso contencioso electoral, el candidato del partido Centro Democrático y Social al Senado por la provincia de Avila, los votos reales obtenidos según el cómputo verificado por la propia Sala, 33,151 votos en vez de los 32,845 que le atribuyó la Junta Electoral Provincial de Avila, mientras que al candidato al Senado del Partido Popular (proclamado electo por la Junta Electoral) se le computan exclusivamente los que le asignó la Junta, es decir, 32,922 votos en lugar de los 33,219 que según la Sentencia obtuvo en realidad, lo que conduce al Tribunal a declarar la nulidad de la proclamación del candidato electo del PP, proclamado a su vez como electo al candidato del CDS, pese a que en su propio recuento de votos la Sala constató que el candidato del PP contaba con mayor número de sufragios que el que ella misma proclamaba electo.

¹⁹ STC 27/1990, de 22 de febrero, fund. jur. 3o.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ STC 71/1989, de 20 de abril, fund. jur. 4o.

A la vista de todo lo expuesto, parece claro, pues, que el Tribunal Constitucional no ha respaldado una interpretación tan rígida y rigurosa de la doctrina de los actos propios como la que late en el pronunciamiento de la susodicha Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Y tal doctrina, unida a la más amplia de interpretación de la legalidad de conformidad con el mayor valor de los derechos fundamentales, nos ofrecen un soporte válido para sostener finalmente que la función del contencioso electoral, como proceso que, entre sus varias funciones, debe cumplir con la de velar por la pureza del resultado electoral, es inconciliable con una interpretación rígida y estrictamente formalista de la doctrina de los actos propios.

b/ El principio dispositivo

El principio general de admisión y estimación de las pretensiones que se hacen valer ante los Tribunales es el dispositivo.²² Tal es la conclusión que el Tribunal Supremo ha extraído²³ del art. 43.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a cuyo tenor: “La Jurisdicción Contencioso Administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición”. Quiere ello decir que los Tribunales han de estar a lo que se suplica, acentuándose además este principio de congruencia en el recurso de apelación, a la par que puede dulcificarse en primera instancia.

De esta forma, el escrito de interposición delimita subjetiva y objetivamente el pronunciamiento judicial. Ello tiene especial e inmediata incidencia para las partes demandadas, que, obviamente, no pueden ampliar el objeto del proceso, pues si así lo hiciesen originarían —como bien reconociera el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Sentencia de lo. de diciembre de 1989— auténtica indefensión a las partes, al no poder hacer alegación alguna sobre la nueva pretensión, por haber ya precluido esta fase procesal. Ahora bien, si las partes demandadas no pueden ampliar el objeto del proceso, sin embargo, y respecto de aquello que constituye el contenido de la pretensión actora, sí pueden deducir cualquiera otra encaminada a obtener

alguno de los pronunciamientos que se contemplan en el art. 113.2 de la LOREG, articulándola de forma principal o subsidiaria. Así lo ha entendido, por lo demás, el Tribunal Constitucional,²⁴ para quien no existe inconveniente constitucional para entender que las partes codemandadas puedan deducir válidamente peticiones dirigidas a obtener otros pronunciamientos del Tribunal. Sin embargo, no sólo las partes, sino también el Tribunal de lo contencioso se ve afectado por la delimitación formulada por el escrito de interposición del recurso, en los términos que ahora veremos.

La cuestión de si es posible ampliar a lo largo del proceso contencioso electoral los términos jurídicos del objeto inicialmente delimitado por la parte actora ha sido abordada por el Juez de la Constitución,²⁵ para el que la sumariedad con que la LOREG regula el contencioso electoral tiene su complemento en el art. 116.2, en el que se establece que “en todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia contencioso electoral será de aplicación la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”. Pues bien, la exigencia de que las Sentencias sean congruentes está invocada por el art. 43.1 de esta última Ley.

En definitiva, “con la iniciación del proceso contencioso electoral de acuerdo con los artículos 110 y 112 de la LOREG no se da comienzo a un procedimiento que permita al tribunal emprender una investigación de oficio sobre otros hechos de los acotados” en el “ámbito fáctico” del recurso. Hasta ese punto hay que entender que rige el principio de rogación.²⁶

Ahora bien, ¿cabe asimismo entender que los posibles contenidos del fallo previstos en el art. 113.2 de la LOREG vengán predeterminados por un acto dispositivo del recurrente al formular la demanda?

A tal cuestión es preciso responder negativamente. Dicho de otro modo, los posibles contenidos del fallo de un recurso contencioso electoral no vienen predeterminados por un acto dispositivo del recurrente al formular la demanda,²⁷ de modo tal

²⁴ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 5o.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 5o. y 26/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 11.

²⁷ Todo ello al margen ya de que, como ha significado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso administrativo) en su Sentencia de 2 de diciembre de 1989 (fund. jur. 1o.), la petición acotada

²² Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso: “Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Suprem”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 799.

²³ STS de 10 de abril de 1978. Aranzadi (1978), marginal 1603.

que, por ejemplo, si el Tribunal constata la existencia de irregularidades de mayor trascendencia que las advertidas en la demanda, deba, pese a ello, constreñirse en la apreciación de las consecuencias jurídicas a lo solicitado en el escrito de demanda.

Es cierto que alguna jurisprudencia ha seguido de modo muy estricto el principio de congruencia, limitándose a analizar la viabilidad de las pretensiones deducidas,²⁸ si bien otra jurisprudencia, por el contrario, ha flexibilizado el alcance del principio dispositivo. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su Sentencia de 1o. de diciembre de 1989,²⁹ ha entendido que en el proceso contencioso electoral el principio dispositivo opera respecto de las alegaciones básicas hechas por el recurrente, pero no en cuanto a la concreta petición que en función de aquellas se formule, de modo tal que son posibles cualesquiera de los pronunciamientos que permite el artículo 113.2 de la LOREG, aunque no los haya solicitado expresamente el recurrente, si así lo imponen los alegatos que delimitan el supuesto fáctico del proceso. “Lo contrario —se afirma con buen criterio en la susodicha sentencia—³⁰ supondría la consagración de un purismo formalista puesto a la letra y espíritu de la Ley, que persigue, en definitiva, que toda elección sea el resultado de la libre presión de la voluntad mayoritaria del pueblo español.”

En un sentido bien próximo se ha manifestado el Tribunal Constitucional, que ha rechazado una interpretación excesivamente formalista, sentando la doctrina de que “para salvaguardar el interés general

delimita el máximo de los pronunciamientos de la Sala; pero no impide, en estricto respeto a la congruencia con el acto recurrido y los pronunciamientos que el proceso reserva a la Sala, un acogimiento parcial de las pretensiones deducidas en el litigio. Esta Sentencia puede verse en la “La Ley”, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, 1990-1, pp. 508 y ss.

²⁸ Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso administrativo) de 4 de diciembre de 1989 (puede verse en “Actualidad Administrativa”. Tribunales Superiores de Justicia, No. 4, abril de 1990, marg. 73, pp. 214 y ss.), en cuyo fund. jur. 7o. se afirma: “La no aportación o destrucción de papeletas que se han considerado nulas en las Mesas, podría, quizá, fundar el fallo previsto en el art. 113.2, d/ —en su redacción originaria—, o sea, la nulidad de la elección y necesidad de efectuar nueva convocatoria, en los términos que en dicho precepto se expresa, pero este pronunciamiento no lo ha pedido el Partido Popular recurrente, y, por ende, el Tribunal ni siquiera se plantea tal posibilidad (...); por ello, en aras del obligado acatamiento del principio de congruencia, el Tribunal se ha de limitar a analizar la viabilidad de la única pretensión deducida”.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo contencioso administrativo). Puede verse en Revista General de Derecho, Núms. 553-554, octubre-noviembre 1990, pp. 8847 y ss.

³⁰ STSJ de Murcia de 1 de diciembre de 1989, fund. jur. 2o.

prevalente en la pureza del proceso electoral, se debe reconocer que los fallos posibles del artículo 113.2, c/ y d/ no pueden quedar a la pura disponibilidad de las partes, maniatando al órgano judicial como si de una *litis* estrictamente privada y entre partes se tratara”.³¹

En definitiva, dada la naturaleza del contencioso electoral, de los intereses que en él se dilucidan y de los mandatos legales, no puede excluirse que el Tribunal de lo contencioso, sin ampliar el ámbito fáctico del recurso, que viene delimitado por las alegaciones de las partes en el proceso, si considerase que las irregularidades sometidas a su conocimiento son determinantes para el resultado de la elección, emita un pronunciamiento de nulidad aun cuando no se le haya solicitado. Ante los términos de la Ley, las partes deben ser conscientes de que si se debaten presuntas irregularidades electorales ante un Tribunal, la consecuencia puede ser diferente de la por ellos pretendida; ello es un riesgo a que se exponen, pero que se deriva de las exigencias de veracidad y transparencia del proceso electoral como expresión de la voluntad popular.³²

Es por lo mismo por lo que, por ejemplo, un pronunciamiento de la Sala declarativo de la nulidad de la elección, cuando no ha sido pedido por la demanda, no supone, por sí mismo, ni una incongruencia que altere substancialmente los términos del litigio y que, por ello mismo, produzca indefensión, ni por tanto una *reformatio in peius* como supuesto específico de incongruencia.

Quiere todo ello decirnos que ha de lograrse en ese punto un equilibrio, no desde luego fácil de alcanzar, entre aquella concepción de la jurisdicción contenciosa que la contempla como esclava del principio dispositivo y aquella otra para la que dicha jurisdicción, en la materia electoral, ha de actuar de modo casi exclusivo como tutora de la pureza y realidad del proceso y del resultado electoral. Ello no obstante, en determinados momentos, como bien reconoce el Alto Tribunal,³³ el principio dispositivo debe ceder ante el interés general por saber realmente

³¹ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 5o.

El recurrente que pide el cambio en la adjudicación de un escaño —aduce adicionalmente el Tribunal— debe saber que corre el riesgo de que los vicios por él denunciados induzcan al Tribunal a un pronunciamiento de nulidad, por lo que no puede decirse que haya sufrido incongruencia ni *reformatio in peius*.

³² STC 26/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 11, B).

³³ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 7o.

y con certeza cuál fue la voluntad expresada por el pueblo soberano.

3. Órgano competente

I.- Con el DLNE el órgano competente para conocer de este tipo de recursos era una Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, precisamente aquella que designara su Sala de Gobierno. Sin embargo, la LOREG, en su redacción inicial, atribuyó tal competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (art. 112.2).³⁴

En este cambio legislativo, posiblemente, influyeron dos razones:³⁵ de un lado, la experiencia inmediata, que mostraba el bloqueo al que podía verse sometido el Tribunal Supremo ante la avalancha de recursos contencioso electorales, y de otro, la nueva organización jurisdiccional de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que al reducir las antiguas tres Salas de lo Contencioso Administrativo a tan sólo una, refleja con meridiana claridad el deseo de subrayar la función de casación que corresponde cumplir al órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales.

Una opción de este tipo, perfectamente razonable, exigía, sin embargo, como ya se advirtiera antes de la promulgación de la nueva ordenación electoral,³⁶ atribuir al Tribunal Supremo competencia para el recurso de apelación extraordinaria, encargándose de esta forma de velar por la uniformidad del sistema a través de una doctrina vinculante. Sin embargo, la improcedencia de recurso alguno, ordinario o extraordinario, impedía cualquier posibilidad de apelación, súplica, casación o revisión. De este modo, la doctrina contradictoria dictada por dos o más Tribunales Superiores de Justicia en supuestos de hecho semejantes no podía ser combatida. El instrumento más apropiado al respecto hubiera sido

—y en ello existía una cierta coincidencia doctrinal³⁷— el recurso extraordinario en interés de Ley, bastando como único motivo el carácter doctrinal erróneo y dañoso de la sentencia dictada;³⁸ con este recurso, el Tribunal Supremo habría podido unificar la doctrina contradictoria, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo. Sin embargo, la LOREG, como ya hemos dicho, en su redacción originaria no sólo no contemplaría tal recurso, sino que taxativamente impediría todo tipo de recurso, lo que, como los hechos han demostrado, podía conducir a un verdadero callejón sin salida en el supuesto de que se produjeran interpretaciones jurisprudenciales contradictorias.

Y a este respecto, conviene subrayar que el posible recurso de amparo constitucional al que podría llegarse previo agotamiento de la vía judicial del contencioso electoral, no debe convertirse, y así lo ha subrayado con insistencia el “intérprete supremo de la Constitución”,³⁹ ni en una instancia de apelación para volver a discutir los hechos, lo que viene impedido por el art. 44.1, b/ de la LOTC; ni en una instancia de simple unificación de la doctrina eventualmente contradictoria de los Tribunales, para lo cual carece el Juez de la Constitución de jurisdicción (art.117.3 de la Constitución Española —en adelante CE—), ni ante la ausencia de otro cauce impugnatorio, en un Tribunal dedicado a corregir lo que se denuncia como una defectuosa aplicación de la legalidad. Es por todo ello por lo que el Alto Tribunal ha considerado⁴⁰ que: “no cabe entender el recurso de amparo interpuesto tras un recurso contencioso electoral como una última instancia de apelación en la que pueda plantearse una plena revisión de los hechos y de la interpretación del Derecho Electoral realizadas primero por la Junta Electoral y luego, sobre todo, por la Sala de lo Contencioso administrativo”. Tratándose, como se trata, de un derecho de configuración legal, el derecho del art. 23.2 de la CE debe ser ejercido con arreglo a los requisitos legales que lo integran, y la interpretación de esa legalidad hecha por los

³⁴ En igual sentido, el art. 74.1, d/ de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, atribuye a la Sala de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento en única instancia del recurso contencioso electoral contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como sobre la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

³⁵ En tal sentido, Francisco J. Bastida Freijedo: “Ley Electoral y garantías judiciales”, *op. cit.*, p. 35.

³⁶ Paulino Martín Martín: “Cuestiones electorales y jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 222, abril-junio 1984, pp. 91 y ss.; en concreto, p. 106.

³⁷ Ramón Entrena Cuesta: “Comentario al artículo 114 de la LOREG”, en Luis Ma. Azorla Prieto (dir.), “Comentarios...”, *op. cit.*, pp. 1007 y ss.; en concreto, p. 1009. Asimismo, Pablo Santolaya Machetti: “Manual de Procedimiento Electoral”, Ministerio del Interior Madrid, 1991, p. 110.

³⁸ Juan José González Rivas: “Problemática de los recursos electorales: especial referencia al control jurisdiccional contencioso electoral” en el colectivo “Las Cortes Generales” (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1987, pp. 1339 y ss.; en concreto, p. 1360.

³⁹ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 2o.

⁴⁰ STC 79/1989, de 4 de mayo, fund. jur. 2o.

Tribunales no debe ser revisada *in toto* por el Tribunal Constitucional.

El Alto Tribunal, en su condición de “intérprete supremo de la Constitución”, tan sólo debe revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem*, y en particular, si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental comprometido, que es lógicamente el derecho del art. 23.2 de la CE. De no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y, por esta vía, excluidos del control del amparo constitucional.⁴¹

En definitiva, y por lo que ahora nos interesa, la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad no es en modo alguno fundamento para la concesión del amparo constitucional, cuando se realiza en forma motivada en términos de Derecho; sólo si esa interpretación supone la lesión de un derecho fundamental podrá ser revisada en sede constitucional, pero en virtud de la vulneración de ese derecho, y no de la tutela judicial.⁴²

II. La Ley Orgánica 8/1991, del 13 de marzo, de modificación de la LOREG, vino a incidir sobre los órganos competentes, al dar una nueva redacción al art. 112.2 de la LOREG, al tenor de la cual: “El Tribunal competente para la resolución de los recursos contencioso electorales que se refieren a elecciones generales o al Parlamento Europeo es la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo. En el supuesto de elecciones autonómicas o locales el Tribunal competente es la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma”.

La innovación introducida es profunda, como fácilmente puede constatarse: la atribución de la competencia se escinde, concretándose en función del tipo de elecciones de que se trate. La modificación es tributaria, en alguna medida, de la doble instancia que la reforma de 1991 introduce en el seno de la Administración Electoral y, más claramente, del deseo explicitado por el mismo

legislador en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1991, de lograr la deseable unidad de criterio en la materia a través de la intervención del Tribunal Supremo, con lo que buena parte de las reflexiones críticas efectuadas en un momento precedente quedan sin ningún contenido a la vista de la nueva ordenación electoral de esta materia. Al mismo tiempo, al evitar la concentración de la competencia en el Tribunal Supremo, en las elecciones municipales, se soslaya el peligro en que se incurriera en el DLNE, como ya apuntamos, de saturar hasta extremos inaceptables, próximos al bloqueo total, al propio Tribunal Supremo. Y en cuanto al hecho de que en los supuestos de elecciones autonómicas, el Tribunal Competente para conocer del recurso contencioso electoral sea el Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma, no sólo nos parece la solución más racional, sino incluso la más coherente con el párrafo final del art. 152.1 de la CE, que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123 de la propia Norma suprema (que considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional supremo en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales), estipula que las sucesivas instancias procesales, y en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia, y aunque aquí bien es cierto que no puede hablarse de una segunda instancia judicial, no lo es menos que al tratarse de una sola instancia jurisdiccional sea lógico y coherente con el mandato constitucional que del recurso en cuestión conozca el Tribunal Superior de Justicia, órgano que “culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”, como bien señala el párrafo segundo del mismo art. 152.1 de la Constitución.

4. Legitimación

I. El art. 110 de la LOREG aborda la regulación, muy amplia por lo demás, de la legitimación para interponer el recurso contencioso electoral o para oponerse a los que se interpongan (legitimación activa y pasiva).

En los términos del citado precepto, están legitimados activa y pasivamente: a/ los candidatos proclamados o no proclamados; b/ los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, y c/ los partidos políticos,

⁴¹ STC 26/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 4o.

⁴² *Ibidem*, fund. jur. 5o.

asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción.

Basta con confrontar este precepto con el art. 73.3 DLNE y con el art. 42.3 de la ya citada con anterioridad Ley 39/1978 de 17 de julio, de Elecciones Locales, derogada expresamente por la LOREG, como también advertimos, para apreciar los influjos que estos artículos han ejercido sobre el precepto que ahora comentamos.

Una primera lectura del art. 110 de la LOREG nos muestra la amplitud con que se contempla la legitimación en este recurso, notablemente superior a la establecida respecto del recurso contencioso administrativo especial contra la proclamación de candidatos y candidaturas a que se refiere el art. 49 de la LOREG. Como ya significara el Tribunal Supremo, en relación a la legitimación prevista por el DLNE, la legitimación reconocida por la Ley Electoral es muy amplia, bastando el interés directo, conforme al art. 28.1, a/ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, “interés que se aprecia siempre que por la anulación del acto o actos impugnados, el recurrente obtenga un beneficio real”.

El común denominador de los tres apartados del art. 110 de la LOREG es la participación en el proceso electoral, pues se ha de presuponer que la participación en el mismo ya supone la existencia de un interés legítimo, siendo de reseñar a este respecto la inexigencia de cualquier otro tipo de requisito. Así, a este respecto, el Tribunal Supremo, refiriéndose al apartado b) del art. 110, ha precisado⁴³ que “la legitimación activa se reconoce a los representantes de las candidaturas proclamadas o concurrentes en el distrito, sin que influya el número de votos válidos o no válidos obtenidos por tal candidatura”.

II. Varias reflexiones de muy dispar naturaleza nos suscitan los tres apartados del art. 110 de la LOREG.

A) El primero de ellos contempla la legitimación activa y pasiva de “los candidatos proclamados o no proclamados”. Con esta previsión viene la Ley a subsanar una notable deficiencia del DLNE: la falta de legitimación de los candidatos para interponer un recurso contencioso electoral que tuviese por objeto la impugnación de la validez de la

elección y proclamación de electos, pues es claro que aunque el art. 73.3 de DLNE⁴⁴ no lo precisara de modo taxativo, la legitimación se hacía depender del objeto de la impugnación, y de modo individual los candidatos sólo quedaban legitimados para impugnar los acuerdos sobre proclamación de candidaturas, y ello tan sólo cuando se les hubiese denegado la proclamación como tales candidatos.

La Ley 39/1978 subsanaría tal deficiencia al contemplar la legitimación activa y pasiva de los candidatos que hubieren sido o no proclamados. Y la LOREG, en esta misma dirección, y en un precepto que parece calcado de la Ley 39/1978, ha subsanado definitivamente la deficiencia presente en el texto del DLNE.

Ahora bien, quizá precisamente por este influjo excesivo proyectado por el texto de la Ley 39/1978, de Elecciones Locales, en este punto preciso, sobre el de la LOREG, el apartado a/ del art. 110 se refiere de modo no muy correcto a “candidatos proclamados o no proclamados”, cuando, como afirma la doctrina,⁴⁵ más bien debiera haber dicho “candidatos proclamados o no proclamados electos”.

La omisión apuntada era necesaria en el texto de la Ley 39/1978, de Elecciones Locales, puesto que la misma seguía en este aspecto lo ya establecido en el DLNE, esto es, podían ser objeto de un recurso contencioso electoral tanto los acuerdos sobre proclamación de candidaturas como el acto de proclamación de electos, además ya de los actos de procedimiento de elección. Ahora bien, ello ya no acontece en la LOREG, en la que la específica determinación “contencioso electoral” se ha reservado, por lo que ahora interesa, a aquellos recursos que tienen por objeto los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos.

En todo caso, de la imprecisión advertida no puede extraerse, a nuestro entender, la conclusión de que el término “proclamados” se refiere a la proclamación de candidaturas y no a la proclamación

⁴⁴ STS de 21 de julio de 1977. Aranzadi (1977), marg. 3348.

⁴⁵ De conformidad con el art. 73.3 del DLNE:

“Estarán legitimados para interponer el recurso contencioso electoral o para oponerse a los que se interpongan: a) Los representantes de las candidaturas cuya proclamación hubiere sido denegada y las personas a quienes se hubiera referido la denegación. b) Los representantes de las candidaturas proclamadas o concurrentes en el distrito. c) Las asociaciones y federaciones que por sí o coaligadas hubieren presentado candidaturas en el distrito de que se trate.”

⁴³ STS de 15 de julio de 1977. Aranzadi (1977), marg. 3343.

de electos. Una interpretación de este tipo⁴⁶ conduce de inmediato, como es lógico, al hecho de que los candidatos no proclamados puedan encontrarse legitimados para recurrir en vía contencioso electoral, solución a la que, a nuestro juicio, no ha lugar por cuanto a los candidatos que fueron excluidos del acuerdo de proclamación de candidaturas, esto es, que no han llegado a ser formalmente candidatos, no pueden en modo alguno considerarse legitimados para recurrir en la vía que ahora analizamos. Una interpretación sistemática, finalista e integradora de la LOREG exige entender que el término “proclamación” (o, si se prefiere, con mayor rigor, el término “proclamados”) a lo que alude es a la proclamación de electos, pues dicho término se utiliza con diferentes sentidos a lo largo y ancho del articulado de la LOREG. Y así, en el art. 49.1, con dicha expresión se está aludiendo a la proclamación de candidaturas; en los arts. 108.2 y 109, se está utilizando en relación con los electos, de una interpretación que tenga en cuenta lo antes expuesto ha de concluir que cuando el art. 110, a/ se refiere a “candidatos no proclamados”, a quienes se está aludiendo en realidad es a aquellas personas que habiendo sido efectivamente proclamados candidatos, han participado en los comicios y no han sido finalmente proclamados electos.

B) El segundo de los apartados del art. 110 se refiere a “los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción”. El art. 43.3 de la LOREG precisa que los representantes de las candidaturas lo son de los candidatos incluidos en ellas y reciben de éstos, por la sola aceptación de la candidatura, un apoderamiento general para actuar en procedimiento judicial en materia electoral. Ello entraña, como ha reconocido en su doctrina la Junta Electoral Central,⁴⁷ que estos representantes tengan las facultades legales previstas en la LOREG, lo que les habilita para realizar válidamente todos los actos correspondientes salvo en la medida que en el escrito en que se otorgue la representación se limiten sus facultades o se exija habilitación especial.

A partir de aquí, podría concluirse que en cuanto los representantes de las candidaturas disponen *ex lege*

⁴⁶ Francisco J. Bastida Freijedo: “Ley Electoral y garantías judiciales”, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁷ Tal es la interpretación efectuada por Ramón Entrena Cuesta: “Comentario al artículo 110 de la LOREG”, en Luis Ma. Cazorla Prieto, “Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”, *op. cit.* pp. 989 y ss.; en concreto, pp. 990-991.

de un poder general para actuar, los candidatos proclamados o no electos, legitimados como acabados de ver activa y pasivamente, podrían perfectamente actuar en un proceso contencioso electoral a través del representante de su candidatura, con lo que, en tal caso, estaríamos en presencia de una legitimación indirecta por vía de representación; por ello mismo, no hubiera sido preciso en la LOREG, —a diferencia de en el DLNE, en donde el representante era más bien un gestor que un apoderado general de la candidatura—⁴⁸ explicitar la legitimación de los representantes de las candidaturas que concurren en la circunscripción; es por lo mismo por lo que hay que entender que el art. 110, al enunciar la legitimación de los candidatos y de los representantes de las candidaturas, pretende otorgar legitimación directa a unos y otros,⁴⁹ con lo que la legitimación de los representantes no puede considerarse como indirecta por vía de representación, sino como una auténtica legitimación directa.

Por lo demás, una cierta jurisprudencia ha entendido que de la conjunción de los artículos 43.3 y 110, b/ de la LOREG se infiere que los representantes de las candidaturas no sólo tienen en estos procesos la legitimación directa que les otorga el art. 110, sino además la capacidad de comparecer sin la asistencia letrada.⁵⁰

C) Finalmente, el último de los apartados del precepto que nos ocupa reconoce la legitimación activa y pasiva de “los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción”.

La primera cuestión que llama la atención es la poco afortunada referencia legal a las asociaciones, que no se entiende sino como un mero reflejo del art. 73.3, c/ del DLNE, que legitimaba a las asociaciones (pero no a los partidos) que hubieren presentado candidaturas, lo que encontraba su

⁴⁸ AJEC de 19 de mayo de 1986.

⁴⁹ A tenor del art. 32.4 del DLNE, el representante de la candidatura: “será el encargado de todas las gestiones de la respectiva candidatura cerca de la Junta, así como el llamado a recibir las notificaciones que ésta haya de practicar”. A juicio de Jesús González Pérez (en “El recurso contencioso electoral”, en Revista Española de Derecho Administrativo”, No. 12, enero-marzo 1977, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 17), esta norma, que trataba de simplificar los trámites del procedimiento electoral, limitaba su aplicación a la estricta tramitación de éste, no extendiéndose al ámbito procesal.

⁵⁰ En el mismo sentido, Ramón Entrena Cuesta: “Comentario al artículo 110 de la LOREG”, *op. cit.*, p. 991.

explicación en el hecho de que el término “partidos político” aún suscitaba en marzo de 1977, fecha del DLNE, evidentes suspicacias y rechazos más o menos larvados, lo que conduciría al legislador (en este caso al Gobierno, pues se trataba de un Decreto-Ley) a su sustitución por el de “asociaciones”.

Ahora bien, en nuestro actual ordenamiento jurídico tal previsión carece de todo sentido, no ya político, sino más aún jurídico. Basta con atender el art. 44.1 de la LOREG para constatar la incongruencia que con él presenta el texto del art. 110, c/, pues las asociaciones no pueden presentar candidatos o listas de candidatos. Podría pensarse que el término “asociación” alude a asociaciones políticas inscritas en el Registro de Partidos existente en el Ministerio del Interior, pero ello, a la vez que una redundancia, entrañaría un notable error jurídico, puesto que tales asociaciones políticas no son sino partidos políticos, mientras que, en puro rigor jurídico, por “asociación” hay que entender aquellas asociaciones constituidas al amparo del ejercicio del derecho reconocido en el art. 22 de nuestra Norma suprema y de conformidad con lo previsto por la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, en cuanto no haya sido derogada por la Constitución.

Otro aspecto, en este caso novedoso respecto del DLNE, y tampoco en exceso afortunado, a nuestro modo de ver, es la legitimación que el art. 110, c/ otorga a las coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción. Desde luego, a diferencia de lo que decíamos respecto de las asociaciones, las coaliciones que se constituyan conforme a lo previsto por el art. 44.2 de la LOREG sí que pueden presentar candidatos o listas de candidatos (art. 44.1, b/ de la LOREG). A tal efecto, el art. 44.2 requiere que los partidos y, en su caso, federaciones, establezcan un pacto de coalición para concurrir conjuntamente a una elección, debiendo comunicarlo a la Junta Electoral competente, en los diez días siguientes a la convocatoria. Es decir, estamos ante un nuevo pacto de coalición, que puede ser puramente coyuntural y que, en cualquier caso se nos presenta como una mera unión de hecho,⁵¹ sin que pueda reconocerse en la coalición la existencia de una nueva entidad jurídica independiente. Más aún, así lo establece taxativamente el art. 50.3 de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de

asociación política,⁵² precepto que no ha sido derogado por la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, cuya disposición final segunda tan sólo deroga parcialmente la citada Ley 21/1976, dejando vigente en su totalidad el texto del art. 50., entre otros preceptos. Por todo lo dicho, es claro que las coaliciones han de actuar no *per se*, sino a través de sus integrantes, con lo que carece de sentido el otorgamiento por la Ley de legitimación a las coaliciones.

En cuanto a la legitimación de los partidos políticos que hayan presentado candidaturas en la circunscripción, podría esgrimirse acerca de la innecesariedad de esta legitimación, que esas fuerzas políticas ya están en cierto modo representadas por los representantes de las candidaturas. Ello no obstante, en cuanto instrumento fundamental para la participación política, hay que entender que a los partidos asiste un interés legítimo suficiente a que se respeten las condiciones adecuadas para el ejercicio del derecho de sufragio, lo que justifica más que razonablemente que el legislador haya querido reconocerles una legitimación directa para recurrir en esta vía contencioso electoral.

III. El art. 111 de la LOREG mantiene la dirección inicial por el art. 73.4 del DLNE, al reproducir tal precepto en su literalidad. De conformidad con el mismo, la representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral corresponde al Ministerio Fiscal. Ello es perfectamente coherente con el postulado constitucional del art. 124.1, que atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, pero, además, es perfectamente comprensible esta intervención del Ministerio Fiscal, frente a la tradicional de la Abogacía del Estado en el proceso administrativo, por cuanto no puede con propiedad sostenerse que exista una entidad administrativa con interés en mantener el acto; el interés prioritario, el único realmente perseguible, ha de ser el de que a través de la votación en particular y del proceso electoral en general, se refleje la auténtica voluntad del cuerpo electoral, su opción política prioritaria. Ello no sólo explica sino que, aún más, hace de todo

⁵¹Sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 27 de julio de 1986. Puede verse en “Jurisdicción Contencioso Administrativo”, 1986, marginal 7810.

⁵²En igual sentido, Francisco J. Bastida Freijedo: “Ley Electoral y garantías judiciales”, *op. cit.*, p. 36.

punto conveniente la intervención del Ministerio Fiscal.

5. La doble instancia en el seno de la Administración Electoral

Una de las innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1991 en el régimen de las garantías jurídicas electorales es la introducción de una doble instancia en el seno de la Administración Electoral a cuyo efecto ha sido modificado en profundidad el art. 108 de la LOREG. La reforma, a todas luces positiva, supone un incremento de las potestades de la Administración Electoral y singularmente de su cúspide, la Junta Electoral Central.

En su redacción originaria, el art. 108, en sus apartados primero y segundo, se limitaba a prever que, concluido el escrutinio, los representantes y apoderados de las candidaturas dispondrían de un plazo de dos días para presentar las reclamaciones y protestas que consideraran pertinentes. La Junta Electoral de que se tratara en cada caso había de resolver sobre las mismas en el plazo de dos días, efectuando la proclamación de electos no más tarde del día decimocuarto posterior a las elecciones. Ya aludimos con cierto detenimiento a la trascendencia de estas reclamaciones desde la perspectiva de la doctrina de los actos propios y con vistas a la ulterior interposición del contencioso electoral, por lo que no insistiremos en ello.

Tras la reforma de la LOREG llevada a cabo en 1991, los representantes y apoderados de las candidaturas ven reducido (por el art. 108.2) el plazo de que disponen para presentar las reclamaciones y protestas al de un solo día. A su vez, se delimita con precisión el objeto sobre el que puedan versar dichas reclamaciones: “sólo podrán referirse a incidencias recogidas en las actas de sesión de las Mesas electorales o en el acta de la sesión de escrutinio de la Junta Electoral” (art. 108.2 de la LOREG). Es importante recordar, a estos efectos, que el art. 99.1 de la LOREG ya exige que se consignen sumariamente en el acta de la sesión de cada Mesa Electoral las reclamaciones y protestas formuladas, en su caso, por los representantes de las listas, miembros de las candidaturas, sus apoderados e interventores y por los electores sobre la votación y el escrutinio. A su vez, el art. 108.1 de la misma Ley también prevé que en el acta de escrutinio de la circunscripción correspondiente se hayan de hacer

constar todas las incidencias acaecidas durante el escrutinio. De esta forma, es evidente que las reclamaciones y protestas a que alude el art. 108.2 han de estar ya previamente formalizadas bien en las actas de sesión de las Mesas, bien en las actas de la sesión de escrutinio de la Junta a que corresponda.

La Junta Electoral correspondiente viene obligada a resolver por escrito sobre las reclamaciones y protestas presentadas en el brevísimo plazo de un día, comunicándolo inmediatamente a los representantes y apoderados de las candidaturas. (art. 108.3).

La referida resolución puede a su vez ser recurrida por los representantes y apoderados generales de las candidaturas ante la propia Junta Electoral, también en el mismo plazo de un día. Al día siguiente de haberse interpuesto un recurso, la Junta Electoral cuyo acuerdo haya sido impugnado remitirá el expediente, con su informe, a la Junta Electoral Central. Como puede apreciarse, es indiferente el nivel de la Junta que resuelve en primer término: Junta Electoral Provincial, para la realización de todas las operaciones de escrutinio general en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado; Juntas Electorales de Zona, en las elecciones municipales, y, en principio, Juntas Provinciales en las elecciones autonómicas. A su vez, para las elecciones al Parlamento Europeo, el escrutinio general corre asimismo de cuenta de las Juntas Electorales Provinciales. Pues bien, en cualquiera de los casos anteriores es competente para conocer del recurso administrativo la Junta Electoral Central.

La resolución de la Junta Electoral que realizó el escrutinio general por la que se ordena la remisión del expediente a la Junta Electoral Central ha de ser notificada, inmediatamente después de su cumplimiento, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que puedan comparecer ante el órgano que se sitúa en la cúspide de la Administración Electoral dentro del día siguiente.

La Junta Electoral Central, previa audiencia de las partes por plazo no superior a dos días, resolverá el recurso dentro del día siguiente, dando traslado de dicha resolución a las Juntas Electorales competentes para que efectúen la proclamación de electos.

En su doctrina,⁵³ la Junta Electoral Central acordó que contra las resoluciones de ella misma en los recursos contemplados en el art. 108 de la LOREG no cabía el recurso de reposición previo al contencioso a que se refería el art. 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, ya derogada por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

Por lo demás, la Junta ha interpretado estrictamente la previsión del art. 108.2, en relación con las reclamaciones y protestas que están en la base del primer recurso ante la Junta Electoral competente para realizar el escrutinio general, y que razonablemente han de fundamentar a su vez el ulterior recurso ante la Junta Electoral Central. Y así, La Junta Electoral Central ha entendido⁵⁴ inadmisibles un recurso de alzada (en la terminología de la Ley de Procedimiento Administrativo) contra el acuerdo de una Junta Electoral Provincial por lo que —en virtud de comunicación de la Mesa de la Asamblea Regional por el que se toma conocimiento de una renuncia, calificada de irrevocable, por un diputado regional a su condición de tal— la citada Junta Provincial acordaba expedir credencial de candidato al siguiente de la lista. En cuanto que el acto recurrido implicaba proclamación de electo del candidato siguiente al dimitido en la correspondiente lista, contra tal acuerdo sólo cabía, al amparo del art. 109 de la LOREG, recurso contencioso electoral.

6. Procedimiento

I. La primera de las cuestiones a abordar dentro del análisis del procedimiento a seguir en la tramitación y resolución del recurso contencioso electoral es la del *plazo de su presentación*. A tenor del art. 112.1 de la LOREG, este recurso se interpone ante la Junta Electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos, plazo que, como con carácter general establece el art. 119 de la LOREG, debe entenderse referido a días naturales, siendo improrrogable. En

tal sentido, la Junta Electoral Central ha entendido⁵⁵ que, transcurrido el plazo previsto por la LOREG para la interposición del recurso contencioso electoral contra la proclamación de electos, no cabe ninguna otra acción para la alteración de la referida proclamación.

No obstante la improrrogabilidad del plazo de admisión del recurso, cabe recordar que en algún caso se ha admitido a trámite un recurso contencioso electoral pese al agotamiento del plazo previsto al efecto.

El supuesto de hecho vino dado por la sustitución de dos diputados en el Congreso, fruto de una doble vacante cubierta por los dos siguientes candidatos de la lista, y la ulterior anulación de una de esas dos sustituciones: la de quien se hallaba en un puesto anterior en la lista, quien presentó recurso contra la proclamación como electo del otro candidato, situado con posterioridad en la citada lista.

La Audiencia Territorial de Madrid estimó⁵⁶ que se había producido un “hecho nuevo” (la resolución judicial de anulación de una de las sustituciones llevadas a cabo por la Junta Electoral Provincial) “que no pudo ser tenido en cuenta por la Junta Electoral” por ser posterior, y que implicaba la anulación de todos los actos simultáneos o posteriores que se derivaran de la petición principal. En consecuencia, la Audiencia entendería procedente la revisión en la vía contencioso electoral pese al transcurso de los plazos, en aras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y para el mantenimiento del principio absoluto del orden de colocación en las listas de los candidatos, para los casos de sustituciones legalmente establecidas, interpretación que nos parece perfectamente admisible y aún loable, por cuanto, soslayando un rígido purismo formalista, se orienta por un cuadro valorativo que, en último término, trata de buscar la interpretación del ordenamiento más favorable a la plena efectividad de los derechos del art. 23 de la Constitución.

Digamos finalmente que el *dies a quo* es el día que corresponde a la proclamación de electos, lo que entraña que el plazo de tres días comience a contabilizarse a partir del día inmediatamente

⁵³ A tenor del art. 5o.3 de la Ley 21/1976: “Las asociaciones y Federaciones podrán establecer coaliciones con fines determinados, sin que por ello suponga la creación de una nueva entidad jurídica independiente”. Como es obvio, este precepto se refiere a las asociaciones políticas, esto es, a lo que con terminología posconstitucional denominaríamos partidos políticos.

⁵⁴ AJEC de 8 de junio de 1991.

⁵⁵ AJEC de 1 de julio de 1991.

⁵⁶ AJEC de 19 de febrero de 1988.

siguiente a aquel en que hubiese tenido lugar la proclamación, acto de naturaleza pública.

II. El recurso se interpone “ante la Junta Electoral correspondiente”, a efectos de cuya concreción se impone atender al objeto de la impugnación:

a) Si lo impugnado es el acto de proclamación de electos, el recurso deberá interponerse ante la Junta que realizó el escrutinio general, pues será ella misma la que procederá a verificar la proclamación. En las elecciones al Congreso y Senado, recordémoslo de nuevo, esas Juntas serán las Provinciales (art. 173 de la LOREG); en las elecciones municipales, dichas Juntas serán las de Zona (art. 191.1 de la LOREG), y otro tanto cabe decir de las elecciones a diputados provinciales, en las que también son las Juntas de Zona las que proceden a proclamar a los diputados electos (art. 206.2 de la LOREG), como asimismo de las elecciones de los miembros de los Cabildos Insulares Canarios (art. 201.6 de la LOREG). También en las elecciones al Parlamento Europeo las Juntas Electorales competentes son las Provinciales. Y si se tratase de elecciones autonómicas, la Junta competente será igualmente la Provincial, salvo que la legislación autonómica establezca otra determinación.

b) Si la impugnación tiene por objeto el acto de proclamación de Presidente de una Corporación Local, la Junta Electoral correspondiente será la de Zona, por cuanto el art. 187.1 de la LOREG atribuye a estas Juntas una competencia general en relación a todas las operaciones referidas a la presentación y proclamación de candidatos.

c) Si la impugnación se produjese en el supuesto contemplado por el art. 15.2 de la LOREG, esto es, transcurridos cien días desde las elecciones, momento en el que concluye el mandato de las Juntas Electorales Provinciales y de Zona, el escrito de interposición del recurso deberá presentarse ante la Junta Electoral Central, órgano permanente de la Administración Electoral.

III. El recurso se formaliza mediante escrito en el que se han de consignar (art. 112.1 de la LOREG) los hechos, los fundamentos de Derecho y la petición que se deduzca. Estamos, pues, ante lo que la doctrina procesal denomina una “demanda compleja” por cuanto incluye necesariamente la

pretensión que se deduzca de los hechos y de los fundamentos jurídicos.

En relación con el escrito de formalización del recurso la cuestión de mayor interés que aquí se plantea es la de si el *petitum* de la demanda debe ajustarse de modo milimétrico a uno de los posibles fallos anulatorios contemplados por el art. 113.2 de la propia Ley, esto es: nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos o nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, o de proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local.

Una interpretación estrictamente formalista conduce a entender⁵⁷ que cualquier pretensión actora distinta de las previstas por los apartados c/ y d/ del art. 113.2 de la LOREG, debe provocar la inadmisibilidad del recurso conforme al art. 113.2, a/ en relación con el art. 82, g/ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de aplicación supletoria (art. 116.2 de la LOREG), precepto aquél que contempla la inadmisibilidad del recurso en el supuesto de incumplimiento de los requisitos de forma en el momento de formalización de la demanda.

Una cierta jurisprudencia se ha manifestado igualmente en esa dirección con inequívoca rotundidad. En tal sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵⁸ consideraría inadmisibile el recurso contencioso electoral interpuesto contra el acuerdo adoptado el 11 de noviembre de 1989 por la Junta Electoral Provincial de Barcelona, de proclamación de candidatos electos al Congreso de los Diputados, “porque el pedimento que se formula en el mismo daría lugar a un fallo no previsto en el art. 113.2 de la LOREG”.⁵⁹

Bien es verdad que otra jurisprudencia se ha manifestado con mayor flexibilidad, apartándose de una interpretación tan purista desde el punto de vista

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 17 de marzo de 1986.

⁵⁸ Ramón Entrena Cuesta “Comentario al artículo 112 de la LOREG”, en Luis Ma. Cazorla Prieto, “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 998.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de diciembre de 1989, fund. jur. 3o. Puede verse en “Actualidad Administrativa” (Tribunales Superiores de Justicia), No. 4, abril de 1990, marg. 73, p. 214 y ss.

formal y, por ello mismo, tan excesivamente mecanicista. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de noviembre de 1989, estimó un recurso que solicitaba tan sólo la declaración de validez de cierto número de votos, entendiendo que tal petición encontraba acogida en el art. 113.2 de la LOREG.

En definitiva, aunque el objeto del recurso contencioso electoral y por lo mismo las pretensiones del recurrente, deriven de los posibles pronunciamientos del fallo, siendo éstos los enumerados por el art. 113.2 y por lo que a la parte actora se refiere parece lógico precisar que por los apartados c/ y d/ de aquel precepto, es lo cierto que en el *petitum*, de la demanda pueden tener acogida, a nuestro juicio, pretensiones que aún no coincidiendo en su estricta literalidad con los pronunciamientos posibles del fallo que la Ley establece, puedan propiciar, sin embargo, aún cuando sea de modo subsidiario, uno de aquellos pronunciamientos, aunque para ello deba mediar la oportuna interpretación judicial.

Conviene significar finalmente que el recurso ha de precisar los motivos de la impugnación. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1982⁶⁰ rechazó por improcedente el escrito de interposición de un recurso contencioso electoral en el que no se precisaban los datos impugnados o no se probaba el contenido, lo que hacía subsistir la presunción *iuris tantum* de la legalidad del acto de la Administración Electoral.

En la misma dirección, una Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia⁶¹ ha recordado la existencia de una doctrina jurisprudencial

⁶⁰ Este razonamiento se justifica porque en virtud de la remisión que hace el art. 116.2 de la LOREG a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "cabe reputar inadmisibles dichos recursos, en mérito de lo establecido en el art. 82, c/ (que prevé la declaración por la Sentencia de la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo en el caso de que tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación), en relación con el 37 y concordantes de la Ley Jurisdiccional, pues la petición de que se declaren válidas determinadas papeletas, modificando en ese sentido la proclamación efectuada en el acto recurrido, no incide propiamente en lo que ha de ser necesariamente objeto del recurso contencioso electoral (derivado de los únicos pronunciamientos posibles del fallo), sino en actuaciones precedentes, de lo que ha de concluirse que, o bien no existe acto porque ninguna petición se deduce en relación al mismo, de las únicas posibilidades en el citado art. 113.2; o que se trata de actos de trámite que, si bien pueden tener trascendencia en relación con la resolución final de la Junta, en sí mismos no son susceptibles de recurso, desvinculados de dicha resolución final, que, como queda repetido, no es objeto de petición alguna por el recurrente mencionado".

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 28 de julio de 1986. STS de 22 de diciembre de 1982. Aranzadi (1982), marginal 7639.

consolidada, de acuerdo con la cual, es necesario "concretar las Mesas impugnadas como requisito imprescindible para pronunciarse acerca de la existencia o no de irregularidades, y calibrar en qué medida las mismas pueden influir en el resultado final de las elecciones".

IV. La LOREG nada establece en torno a la forma de personación y postulación de las personas legitimadas para la interposición de este recurso o para oponerse al mismo. Sigue de esta forma la Ley los pasos del DLNE, planteando al efecto una problemática interpretativa sobre la que ha habido pronunciamientos bien diferentes.

Un amplio sector de la doctrina⁶² entiende que el silencio de la LOREG en este punto se ha de resolver en función de lo previsto en el art. 116.2, que, como ya hemos significado en varias ocasiones, declara supletoria la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo art. 33, dado que no es aplicable la excepción relativa a la actuación por sí de los funcionarios públicos en el procedimiento especial de personal, obliga a valerse de Abogado en todo caso, siendo optativa la representación por medio de Procurador, en el bien entendido de que cuando se confiere la representación a un Procurador, no se evita en modo alguno la necesidad de dirección letrada, mientras que si se prescinde de Procurador, el Abogado habrá de contar con un específico poder al efecto.

Otro sector doctrinal⁶³ ha constatado, a partir de la propia experiencia profesional, la práctica habitual de ciertos Tribunales de exigir los requisitos de representación y defensa previstos por el art. 33 de la tantas veces citada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA).

La jurisprudencia se ha manifestado por su parte de modo verdaderamente contradictorio al respecto. Así, un conjunto de resoluciones judiciales⁶⁴ ha considerado inexigible el requisito de Abogado y, en su caso, Procurador, al entender que el hecho de que el recurso se interponga ante la Junta Electoral que corresponda exime de la exigencia del art. 33 de la

⁶² Valga por todos la opinión de Ramón Entrena Cuesta: "Comentario al artículo 112 de la LOREG", *op. cit.*, p. 998.

⁶³ Jaime Rouanet y José Ma. Alvarez-Cienfuegos: "El recurso contencioso electoral", CEURA, Madrid, 1983, p. 92.

⁶⁴ STS de 21 de junio de 1977. Aranzadi (1977), marginal 3345. Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de mayo de 1977. Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 30 de mayo de 1977.

LJCA, pues la previsión de este precepto sólo entra en juego cuando el recurso se plantee directamente ante los Tribunales, todo ello además ya de que la misma normación electoral no establece ningún otro requisito formal.

Otra cierta jurisprudencia ha estimado, por el contrario, que en el recurso contencioso electoral es plenamente aplicable el art. 33 de la LJCA. Así, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de febrero de 1987,⁶⁵ aun cuando aplicando el DLNE, consideraría que la supletoriedad de las normas contenidas en la LJCA, unida al silencio del DLNE respecto de la cuestión que nos ocupa, conducían a la aplicación del art. 33.1 LJCA en los recursos contencioso electorales.

Esta jurisprudencia parece haberse consolidado, bien que con determinados matices, tras la entrada en vigor de la LOREG. En un Auto del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1988,⁶⁶ refiriéndose al beneficio de justicia gratuita previsto por el art. 117 de la LOREG, se afirma que: “el beneficio de justicia gratuita, bien se disfrute del mismo por el ministerio de la Ley, como es el caso que nos ocupa, bien se haya obtenido a través del incidente antes aludido (incidente de declaración de pobreza del art. 132 de la LJCA), no puede entrañar exención para la persona que lo disfruta de la obligación de valerse de Letrado en aquellos procesos en que la intervención del mismo sea preceptiva, pues el único derecho que, al objeto que nos ocupa, le otorga tal beneficio es el de ser asistido por Abogado del turno de oficio”.

Aplicando la doctrina que exige la plena vigencia del art. 33.1 de la LJCA en este tipo de recursos, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 28 de noviembre de 1989, declaró la inadmisibilidad del recurso por haber sido interpuesto directamente sin valerse de Abogado y Procurador o de Letrado con representación, apreciación que suponía además cambiar el criterio de la Sala, con base —según se afirmaba en la Sentencia— en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia,⁶⁷ partiendo de la plena aceptación de la doctrina inmediatamente antes expuesta, ha precisado, sin embargo, que no se puede hablar de un defecto de postulación cuando la parte recurrente comparece en juicio por medio de Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Tribunal que conoce de los autos, aun cuando dicho Procurador no sea ejerciente en la demarcación territorial correspondiente a la Junta Electoral ante la que se presentó el recurso.

V. Presentado el recurso, el trámite procesal inmediato es el de la remisión por el Presidente de la Junta a la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal competente en cada caso, del escrito de interposición, del expediente electoral y de un informe de la Junta en el que se consigne cuanto se estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado. Este trámite ha de tener lugar de modo necesario el día siguiente a la presentación del recurso.⁶⁸ Quiere ello decir que estamos ante un acto debido, pues al Presidente de la Junta le está absolutamente vedado acordar la inadmisión del recurso, al margen ya de los vicios procesales que pudiera tener el mismo. Una interpretación sistemática de la Ley nos reafirma en tal conclusión por cuanto el art. 113.2, a/ contempla entre los posibles fallos del Tribunal competente a pronunciar por la Sentencia el de inadmisibilidad del recurso, con lo que parece evidente que el legislador ha querido reservar al órgano jurisdiccional tal decisión.

Una vez cumplida la resolución del Presidente de la Junta por la que se ordena la remisión a la Sala del expediente electoral y demás documentos a que se refiere el art. 112.3 de la LOREG, aquél debe proceder a notificar la resolución a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala dentro de los dos días siguientes (art. 112.3). Esa notificación debe remitirse

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 15 de enero de 1990, fund. jur. 2o.

⁶⁸ Esta exigencia nos revela un problema práctico de difícil solución en relación con aquellos recursos contencioso electorales cuyo objeto sea la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales, por cuanto parece difícil que la Junta Electoral pueda remitir en el plazo de un día el expediente de un acto en el que no ha tenido participación alguna, y además, un informe sobre el mismo. La previsión de la Ley en este punto (art. 112.3 de la LOREG) nos revela que el legislador está pensando más en el recurso contra los acuerdos de las Juntas sobre proclamación de electos que en el que tiene por objeto la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

⁶⁵ STS de 27 de febrero de 1987. Aranzadi (1987), marginal 627.

⁶⁶ ATS de 26 de abril de 1988 (Sala Cuarta). Aranzadi (1988), marg. 3234.

al domicilio del representante de cada candidatura, tal y como determina el art. 43.3 de la LOREG, pudiendo practicarse, en términos del art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma. Como es casi innecesario señalar, el recurrente ha de ser asimismo notificado por cuanto sobre él, más que sobre ninguna otra parte, pesa la carga de la comparecencia ante la Sala.

Finalizado el término para la comparecencia de los interesados, la Sala, al día siguiente, dará traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañen al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieran personado en el proceso, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta Electoral, para que en el plazo común e improrrogable de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, alegaciones a las que podrán acompañar los documentos que a su juicio puedan servir para apoyar o desvirtuar los fundamentos de la impugnación. La Ley (art. 112.4, *in fine*) contempla asimismo la posibilidad de que se pueda solicitar el recibimiento a prueba y proponer aquellas que se consideren oportunas. Ello significa que las pruebas que deseen realizarse han de ser propuestas en los escritos de alegaciones.

Transcurrido el período de alegaciones, la Sala, dentro del día siguiente, podrá acordar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a prueba y la práctica de las que declare pertinentes. Es claro, pues, que es la Sala la que, mediante el oportuno auto, se ha de pronunciar sobre las pruebas ya propuestas en los escritos de alegaciones; a este respecto, la Sala dispone de un relativo margen de discrecionalidad, si bien no cabe olvidar que la denegación del recibimiento a prueba o, en su caso, de alguna prueba considerada trascendente, puede entrañar indefensión y, consecuentemente, violación del art. 24 de la Constitución. A este respecto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, refiriéndose a una solicitud de práctica de una prueba pericial aritmética, significó que si se denuncian errores materiales de suma, se deben subsanar una vez advertidos o denunciados, llevando a cabo la comprobación correspondiente, pues “el no hacerlo, comporta una denegación de la tutela judicial efectiva”. Consiguientemente, el rechazo injustificado de una prueba pericial aritmética

solicitada como medio de comprobar la existencia de tales errores materiales, puede vulnerar efectivamente el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba, causando indefensión.⁶⁹

La fase probatoria ha de desarrollarse con arreglo a las normas establecidas para el proceso contencioso administrativo (en los artículos 74 y 75 de la LJCA), si bien el plazo no podrá exceder de cinco días (art. 112.5 de la LOREG). Esta remisión a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha sido considerada por la doctrina⁷⁰ como carente de sentido, por cuanto el único efecto de la misma consiste, tal vez, en la posibilidad, contemplada por el art. 74.5 de la LJCA, de que el Tribunal delegue en uno de sus Magistrados o en un Juzgado de Primera Instancia o Instrucción la práctica de todas o algunas de las diligencias probatorias.

VI. Hemos de abordar finalmente una última cuestión de indudable trascendencia en la tramitación del proceso contencioso electoral. Al aludir en un momento precedente a la operatividad del principio dispositivo, llegábamos a la conclusión de que las partes codemandadas pueden deducir válidamente peticiones subsidiarias de anulación no planteadas por la parte actora, como también el Tribunal puede acceder a esta nueva dimensión aún sin haber sido postulada por las partes. A partir de aquí, conviene no obstante precisar de inmediato que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional,⁷¹ en vía jurisdiccional de revisión de proclamación de electos no puede resolverse nada que no haya sido debatido procesalmente entre demandantes y demandados, pues la jurisdicción no puede introducir pretensiones nuevas en su Sentencia que hagan a ésta incongruente con lo debatido, ya que en tal caso se producirá indefensión.

Ello no es sino la consecuencia obligada de la proyección al proceso contencioso electoral de la doctrina general sentada por el intérprete supremo de la Constitución respecto del art. 24 de nuestra “Ley superior”, a tenor de la cual, “el art. 24, en la medida en que reconoce en sus párrafos primero y segundo los derechos a la tutela judicial efectiva con

⁶⁹ STC 93/1989, de 22 de mayo, fund. jur. 4o.

⁷⁰ Ramón Entrena Cuesta: “Comentario al artículo 112 de la LOREG”, *op. cit.* pp. 1000-1001.

⁷¹ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 5o.

interdicción de la indefensión y a un proceso con las garantías debidas, impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa”.⁷² Esta doctrina es plenamente aplicable al procedimiento contencioso electoral por cuanto ni la rapidez en su tramitación ni la urgencia en su resolución pueden justificar omisiones de defensa contrarias al art. 24.1 de la CE, pues el criterio hermenéutico del mayor valor de los derechos fundamentales no puede ceder ante consideraciones de otra índole.⁷³

Al aplicar esta doctrina al caso debatido ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y resuelto por éste mediante Sentencia de 1o. de diciembre de 1989, en la que el órgano jurisdiccional, ante las irregularidades surgidas con motivo de la adjudicación del noveno y último escaño de la circunscripción, decidió declarar la nulidad de la elección en toda la circunscripción electoral provincial, al amparo de la determinación del texto originario del art. 113.2, d/ de la LOREG, el Tribunal Constitucional, ante la indefensión alegada por la representación procesal de los candidatos a los que se les habían adjudicado los ocho primeros escaños, entendió que si la Sala creía que su pronunciamiento debía afectar a los ocho adjudicatarios de los primeros escaños, para evitar su indefensión, debió interpretar la insuficiente previsión legal respecto a un plazo de alegaciones completándola con exigencias derivadas de la Constitución, en concreto de su prohibición de indefensión, a cuyo efecto debió de haber habilitado un trámite de alegaciones sobre la nueva dimensión introducida por los codemandados y considerada por la Sala merecedora de un pronunciamiento. Y otro tanto vino a sostener el Alto Tribunal al aplicar la misma doctrina al caso debatido ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y resuelto por éste mediante Sentencia de 2 de diciembre de 1989.

En definitiva, el art. 24 de nuestra Norma suprema no impide tanto que la Sala falle sobre algo que no se planteó, por la parte actora, ni tan siquiera por los codemandados, sino que veda tan sólo que lo fallado no sea objeto de la debida contradicción, lo

que entraña el reconocimiento de una importantísima garantía que no se debe ver obstaculizada o limitada por virtud de la peculiar naturaleza del procedimiento contencioso electoral.

VII. El art. 116.1 de la LOREG otorga a los recursos contencioso electorales el carácter de urgentes, gozando asimismo de preferencia absoluta en su sustanciación y fallo ante las Salas de lo contencioso administrativo de los órganos jurisdiccionales en cada caso competentes. El art. 73.8 del DLNE, precedente inmediato del que ahora nos ocupa, iba incluso más allá que la norma actual, al determinar específicamente: “Al mismo fin se considerarán hábiles todos los días, los plazos serán absolutamente improrrogables y correrán durante el período de vacaciones de verano, prorrogándose en éste, si hubiere lugar, la actuación de las Salas (...), sin que a estos efectos puedan intervenir las respectivas Salas de Vacaciones”. En todo caso, como ya hemos tenido oportunidad de señalar en algún momento anterior, el art. 119 de la LOREG reproduce algunas de las previsiones del art. 73.8 del DLNE al señalar que “los plazos a los que se refiere esta Ley son improrrogables y se entienden referidos siempre, en días naturales”.

La urgencia y preferencia absoluta de que goza la tramitación de este tipo de recursos es común en el Derecho comparado, bien que en el mismo, como se nos ha recordado,⁷⁴ sea más bien la resultante del carácter abreviado y preclusivo de los plazos que de una declaración expresa en ese sentido.

Por lo demás, la trascendencia de los derechos fundamentales en juego y la irrenunciable necesidad de conocer en el más breve plazo posible cuál ha sido la auténtica expresión de la voluntad soberana del pueblo, justifican más que cumplidamente una previsión como la del art. 116.1 de la LOREG.

VIII. En último término, recordaremos que el inciso inicial del art. 117 de la LOREG determina que “los recursos judiciales previstos en esta Ley son gratuitos”, determinación que ha sido interpretada por el Tribunal Supremo⁷⁵ en el sentido de que “el art. 117 de la LOREG concede *ope legis*, el beneficio

⁷² Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en la STC 66/1989, de 17 de abril, fund. jur. 12.

⁷³ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 5o. Asimismo, STC 26/1990 de 19 de febrero, fund. jur. 11.

⁷⁴ Ramón Entrena Cuesta: “Comentario al artículo 116 de la LOREG”, en Luis Ma. Cazorla Prieto (dir.), “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 1013.

⁷⁵ ATS de 26 de abril de 1988. Aranzadi (1988), marg. 3234.

de justicia gratuita, eximiendo de la tramitación del incidente previsto en el art. 132 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

No obstante el principio de gratuidad, el inciso segundo del mismo art. 117 dispone que procederá la condena en costas a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, salvo que circunstancias excepcionales, valoradas en la resolución que se dicte, motiven su no imposición.

7. La Sentencia. Sus posibles contenidos

I. El art. 113 de la LOREG aborda básicamente el contenido posible de los fallos que podrá pronunciar la Sentencia que pone fin al recurso contencioso electoral, estableciendo al respecto alguna determinación cuya aplicación, con ocasión de las Sentencias dictadas con motivo de la interposición de diferentes recursos contencioso electorales presentados tras las elecciones generales de 29 de octubre de 1989,⁷⁶ daría pie a una gran polémica tanto política como doctrinal, que se reproduciría muy poco después a causa de las cuatro Sentencias del Tribunal Constitucional mediante las que éste pondría fin a otros tantos recursos de amparo,⁷⁷ fallos éstos a cuyo través el intérprete supremo de la Constitución iba a llevar a cabo una labor auténtica normativa, sentando una interpretación del precepto que en realidad suponía una nueva redacción del mismo y que venía a entrañar el verdadero punto de partida para la puesta en marcha de lo que habría de ser un inmediato procedimiento de reforma de la LOREG, que culminaría en la Ley Orgánica 8/ 1991 y que tendría como uno de los preceptos más sensiblemente afectados el art. 113.2 en su apartado d/.

⁷⁶ Nos referimos a estas Sentencias: STSJ de Murcia de 1o. de diciembre de 1989 (puede verse en Revista General de Derecho, núms. 553-554, octubre-noviembre 1990, pp. 8487 y ss.); STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo) con sede en Málaga, de 4 de diciembre de 1989; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 1989 (puede verse en “La Ley”, 1990-1, pp. 508 y ss., y a la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso Administrativo) con sede en Burgos, de 2 de diciembre de 1989. A estas Sentencias habría que añadir una nueva STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso Administrativo) con sede en Burgos, de 28 de febrero de 1990.

⁷⁷ STC 24/1990, de 15 de febrero; 25/1990, de 19 de febrero; 26/1990, de 19 de febrero, y 27/1990, de 22 de febrero. A ellas bien podría añadirse la STC 131/1990, de 16 de julio.

II. La Sala competente, de conformidad con el art. 113.1 de la LOREG, una vez concluido el período probatorio, si es que hay lugar a él, debe, sin más trámite, dictar Sentencia en el plazo de cuatro días. En defecto de recibimiento a prueba, el plazo precitado debe contabilizarse desde el momento en que concluye el período de alegaciones, si es que ninguna de las partes solicitó el recibimiento a prueba, o, caso de que se pidiera tal recibimiento y la Sala no lo acordara, desde que se dictara el Auto denegatorio de aquél.

La Sentencia, como expresamente prevé el art. 113.1, debe dictarse “sin más trámite”, lo que lógicamente entraña la ausencia de vista pública. Así lo interpretaría el Tribunal Supremo por aplicación tanto de la LJCA, en cuanto norma supletoria, como de la específica determinación del art. 113.1 a que acabamos de aludir.

III. En su redacción originaria, el art. 113.2 de la LOREG determinaba que la Sentencia habría de pronunciar alguno de los fallos siguientes:

- a) Inadmisibilidad del recurso.
- b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.
- c) Nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda.
- d) Nulidad de la elección celebrada y necesidad de efectuar nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente o de proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local, en ambos casos dentro del plazo de tres meses.⁷⁸

Digamos ya de entrada que el apartado d/ ha sido sensiblemente modificado por la Ley Orgánica 8/1991, de reforma de la LOREG, tal y como tendremos oportunidad de ver en detalle en un momento ulterior.

⁷⁸ El art. 113 se completaba con un nuevo apartado tercero, suprimido por la Ley orgánica 8/1991. A tenor de tal apartado:

“No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o varias Secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final.”

Un repaso de estos posibles contenidos y su comparación con el precepto equivalente del Decreto-Ley de Normas Electorales (el art. 75.4 del DLNE) nos muestra que, en lo sustancial, la redacción de ambos preceptos es idéntica, a salvo la referencia del apartado d/ del art. 113.2 de la LOREG a la necesidad de proceder a una nueva elección cuando la nulidad afectara a la elección del Presidente de una Corporación Local, excepción perfectamente comprensible si se recuerda que el DLNE no regulaba las elecciones locales, objeto, como ya hemos dicho, de la Ley 39/78.

El texto del proyecto de Ley se limitaba en este punto (con la salvedad antedicha) a transcribir en su literalidad lo previsto por el art. 75.4 del DLNE. Una enmienda (la núm. 94) del Grupo Parlamentario Socialista propondría la adición al apartado b/ del inciso final del mismo: “con expresión, en su caso, de la lista más votada”, enmienda que se motivaba como mera adecuación técnica. Por su lado, la Ponencia introduciría una corrección asimismo meramente técnica en el apartado c/,⁷⁹ consistente en la sustitución de la expresión “aquéel a quien corresponda” por la de “aquéel o aquéllos a quienes corresponda”. De esta forma, en el texto del Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados quedaba ya este precepto (que en ese texto figuraba bajo la numeración de artículo 112) redactado con la que habría de ser su redacción definitiva.⁸⁰ Quiere todo ello indicarnos que nos hallamos ante una norma que no sería objeto de discusión a lo largo del *iter* legislativo de la LOREG, y cuya aceptación no suscitaría la más mínima reserva, o, al menos, eso parece desprenderse del debate parlamentario de la Ley.

Hecha esta precisión, que creemos no conviene olvidar, vamos a centrarnos en el análisis particularizado de cada uno de los posibles contenidos del fallo.

A) Inadmisibilidad del recurso

⁷⁹ Puede verse en Ramón Entrena Cuesta (dir.), “La Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Trabajos Parlamentarios”, Vol. I, Cortes Generales, Madrid, 1986, p. 378.

⁸⁰ En el Senado no se presentaría ninguna enmienda al texto del que finalmente habría de ser artículo 113 de la Ley, respecto de la redacción dada al mismo por el Congreso.

El primero de los posibles contenidos del fallo lógicamente es el de la inadmisibilidad del recurso, fallo que hay que considerar procedente, sobre la base de la supletoriedad de la LJCA, cuando se dé alguno de los casos enumerados en el art. 82, esto es:

- a) Que el recurso se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia para ello.
- b) Que se interpusiere por persona incapacitada, no representada debidamente o no legitimada.
- c) Que tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación.
- d) Que recayere sobre cosa juzgada.
- e) Que se hubiere presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido o en forma defectuosa.
- f) Que al formalizar la demanda no se hubieren cumplido los requisitos formales dispuestos por el art. 69 de la LJCA.⁸¹

De la enumeración realizada por el art. 82 hemos excluido el supuesto de no interposición del recurso previo de reposición, que no sólo no es preceptivo, sino ni tan siquiera potestativo en este caso.⁸²

Conviene asimismo precisar, en coherencia con lo sostenido en momentos precedentes, que la ausencia de las reclamaciones y protestas que puedan presentar los representantes y apoderados de las candidaturas una vez concluido el escrutinio general (art. 108.2 de la LOREG) no puede considerarse que entrañe un “aquietamiento o consentimiento” que excluya de modo automático, por aplicación del art. 82, c/ de la LJCA, la posibilidad de impugnar en la vía contencioso electoral, desencadenando, caso de

⁸¹ De conformidad con el art. 69.1 de la LJCA, en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan...

⁸² En su Acuerdo de 8 de junio de 1991, la Junta Electoral Central decidió que contra las resoluciones de la propia Junta Central en los recursos contemplados en el art. 108 de la LOREG no cabe recurso de reposición, sin perjuicio del recurso contencioso electoral procedente contra el acto de proclamación de electos efectuado por la Junta Electoral de Zona (el acuerdo de la JEC era resolutorio de recurso electoral relativo a determinado Municipio, que después motivaba un nuevo acuerdo de la JEC aclaratorio del anterior) o contra el acuerdo de la misma Junta Electoral de Zona, declarando no haber lugar a efectuar proclamación de electos.

interponerse no obstante este recurso, un fallo de inadmisión del mismo.

En esta misma dirección que acabamos de apuntar se pronunciaría el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de enero de 1983,⁸³ en la que, frente a las alegaciones de inadmisibilidad del recurso por falta de protesta formal del recurrente a lo largo del proceso electoral, y más específicamente, en el momento del escrutinio general ante la Junta Electoral Provincial, efectuadas por la parte demandada, el Tribunal entendería “que si bien en este singular proceso la sentencia puede concluir con declaración de inadmisibilidad (a tenor del art. 75.4, a/ del DLNE, norma vigente en el momento de dictarse esta Sentencia), las causas que puedan fundarla son las que se acomoden, de las enunciadas en el art. 82 de la Ley Jurisdiccional (esto es, de la LJCA), a la peculiar estructura y función de este proceso, sin que puedan erigirse en nuevos motivos de inadmisibilidad las consecuencias jurídicas que se desprendan del mencionado Decreto-Ley regulador (el DLNE), sin que éste, por otra parte, convierta en verdadera carga procesal las citadas reclamaciones o protestas, de tal modo que la ausencia de éstas, siendo posible (...) no podrá dar lugar a un verdadero motivo de inadmisibilidad del recurso en el sentido procesal del término”. Esta doctrina creemos que sigue teniendo plena validez con la LOREG.

B) Validez de la elección

El segundo de los posibles contenidos del fallo es el de la validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.

Este fallo, obviamente, supone, en principio, la desestimación del recurso, pero conviene advertir que puede coexistir este mismo fallo con una estimación total del propio recurso, lo que no es ni mucho menos una contradicción. En efecto, cabe pensar en que el recurso circunscriba su pretensión a la declaración de la lista más votada. Una Sentencia que, aún confirmando la proclamación de electos, llegara a la conclusión de que la lista más votada había sido la que se postulaba en el recurso, entrañaría, al proclamar como lista más votada otra diferente de la inicialmente proclamada por la Junta

Electoral competente, precisamente la solicitada en la pretensión del actor, una estimación total de dicha pretensión. Y obviamente, no es baladí esta cuestión por cuanto, en el caso de las elecciones municipales, hay que recordar que, de conformidad con el art. 196, c/ de la LOREG, si ninguno de los candidatos a Alcalde obtuviere el voto de la mayoría absoluta de los Concejales en la sesión constitutiva de la Corporación, será proclamado Alcalde el Concejil que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente Municipio.

Un ejemplo de un fallo como el que acabamos de comentar lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de julio de 1987, en la que se declara que “la existencia de un mero error de hecho que no altera el proceso electoral, el cual ha de reputarse plenamente válido, no los Concejales obtenidos por los distintos partidos políticos, pero sí afecta a la determinación de la lista más votada en el municipio, con la trascendencia de orden electoral que ello puede tener en cuanto a la constitución de los diversos órganos del Ayuntamiento”.

C) Nulidad del acuerdo de proclamación

El tercero de los fallos posibles es el de nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda. Este fallo entraña la validez de la elección, pero no así de la proclamación de uno o varios de los candidatos electos, que es declarada nula, con la subsiguiente consecuencia de que el propio fallo proceda a proclamar como tales a aquél o aquéllos a quienes corresponda.

Un fallo de esta naturaleza sería pronunciado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de enero de 1983,⁸⁴ en la que estimaría un recurso contencioso electoral promovido por la Coalición AP-PDP contra el acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Las Palmas, sobre proclamación de candidato electo para el Senado, solicitando la Coalición recurrente que en su lugar se proclamara al candidato de dicha Coalición como consecuencia de

⁸³ STS (Sala Quinta), de 5 de enero de 1983. Aranzadi (1983), marginal 179.

⁸⁴ STS (Sala Quinta) de 5 de enero de 1983. Aranzadi (1983), marginal 179.

la subsanación de supuestos errores aritméticos padecidos en el acto del escrutinio.

El Tribunal, tras comprobar la existencia de un error material en el recuento de votos, consistente en la computación por dos veces de un resultado parcial, y constatando que el candidato de la Coalición recurrente, efectuadas las operaciones matemáticas oportunas, superaba en número de votos al inicialmente proclamado, estimó el recurso y declaró nulo el acuerdo de proclamación del candidato electo al Senado, procediendo a efectuar dicha proclamación a favor del candidato de la Coalición AP-PDP.

Un nuevo fallo de esta naturaleza lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 1o. de diciembre de 1989.⁸⁵ Parte el Tribunal de la consideración de que, constatado que se produce un error con trascendencia invalidante en el recuento o en la transcripción de tal recuento, de tal forma que mantenido el mismo se falsea la voluntad popular, tanto prescindiendo del cómputo de un determinado número de votos legalmente emitidos, como atribuyendo a determinados candidatos votos no emitidos a su favor y privando de ellos a aquél a quien a cuyo favor se emitieron, es posible que ello pueda ser remediado por aquellos órganos que tienen la potestad de velar por la pureza del proceso electoral y por el mantenimiento del derecho fundamental de sufragio pasivo.⁸⁶

Asumiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentada precisamente en la anteriormente referida Sentencia de 5 de enero de 1983), el Tribunal Superior de Justicia entiende que “la Sala en funciones jurisdiccionales sobre la validez de la proclamación, puede examinar el mencionado error (un error de transcripción de los votos) y la trascendencia del mismo en orden a la proclamación que debió efectuarse con arreglo al criterio de la mayoría de votos, para conseguir (...) que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos, y por ello, corrigiéndose tal error, computar los votos a quien ha resultado acreditado que los obtuvo”.⁸⁷ A partir de aquí, el Tribunal, tras rectificar el citado

error material de transcripción producido al elaborarse el acta de proclamación de candidatos, entiende preciso adoptar, conforme al art. 113.2, c/ de la LOREG la nulidad del acuerdo de proclamación del electo, proclamándose como tal a la recurrente, candidata al Senado por el mismo Partido Popular en la circunscripción de Almería.

D) Nulidad de la elección

I. El último de los fallos posibles, a tenor de la redacción original de la LOREG, y antes por tanto de su reforma de 1991, era el de la nulidad de la elección celebrada con la consiguiente necesidad de efectuar una nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente o de proceder a una nueva elección cuando se trate de la del Presidente de una Corporación Local, en ambos casos dentro del plazo de tres meses.

La “nulidad de la elección celebrada” a la que aludía, en un primer momento, el art. 113.2, d/ de la LOREG, había de entenderse referida, por lo menos en una interpretación literal, que por lo demás dejan escasos resquicios a la duda, a la nulidad total de la elección en el conjunto de la circunscripción, pues no puede ignorarse que cuando el fallo se inclinase por la nulidad de la elección, era preciso efectuar, en coherencia con ello, una nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente, es decir, no en aquellas partes en que se divide la circunscripción (art. 23.1 de la LOREG), esto es, no en una o varias Secciones Electorales, pues si así lo hubiera querido el legislador, así lo habría reflejado con toda claridad, sino “en la circunscripción electoral correspondiente”, expresión que en una interpretación no ya literal, sino de pura lógica jurídica, no puede sino entenderse referida al conjunto de la circunscripción.

II. Ya en la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907 se preveía (art. 53), entre las posibles propuestas de resolución que había de someter el Tribunal Supremo al Congreso (en los supuestos de protestas y reclamaciones de cualquier índole frente al acta de escrutinio de elecciones, o en el caso de que en una Sección hubiese actas dobles y diferentes, o, finalmente, en aquel otro en que los votos que figurasen en las actas excediesen del número de los electores asignados en el censo a la Sección respectiva), la de “nulidad de la elección verificada y necesidad de hacer una nueva convocatoria en el

⁸⁵ STSJ de Andalucía, con sede en Granada, de 1o. de diciembre de 1989. Puede verse en “Actualidad Administrativa” (Tribunales Superiores de Justicia), No. 3, marzo de 1990, pp. 119 y ss.

⁸⁶ STSJ de Andalucía de 1o. de diciembre de 1989, fund. jur. 5o.

⁸⁷ *Ibidem*, fund. jur. 8o.

distrito o circunscripción”, si bien conviene recordar que con la Ley de 1907 una buena mayoría de distritos eran uninominales.

El Decreto de 8 de mayo de 1931, de elecciones de diputados para Cortes Constituyentes, man tendría en su art. 12, de modo expreso y en sus propios términos, la previsión anteriormente comentada, si bien ahora, suprimido el informe del Tribunal Supremo (en la Ley de 1907 era preceptivo aunque no vinculante), era la propia Asamblea Constituyente la que, en uso de su soberanía, había de adoptar, en su caso, la resolución que venimos comentando. El mantenimiento de tal previsión se hacía aún más significativo si se recuerda que el art. 6o. del Decreto optaba por la elección en circunscripciones provinciales, a cuyo fin cada provincia, formando una circunscripción, tenía derecho a elegir un diputado por cada cincuenta mil habitantes, lo que entrañaba una clara evolución de un sistema asentado en una mayoría de distritos uninominales a un sistema basado en grandes circunscripciones. Ya dijimos en un momento precedente que el Decreto-Ley 20/1977, de Normas Electorales (DLNE) hizo suyo, en lo que ahora importa, el modelo establecido en 1907, posteriormente acogido por la LOREG.

De esta breve incursión histórica se deduce que la posibilidad de que el fallo de un recurso contencioso electoral se incline por la “nulidad de la elección celebrada” (en la circunscripción) no es una solución legislativa original, sino que, bien al contrario, trae su causa de normas electorales de nuestro pasado inmediato, esto es, del presente siglo, en las que se contemplaba tal opción con un sentido irrefutable: afectar la nulidad de la elección al conjunto de la circunscripción.

En definitiva, tampoco desde el punto de vista de los antecedentes históricos encontramos atisbo alguno de sombra respecto de la interpretación anteriormente avanzada.

Ello no quiere decir, en modo alguno, que valoremos positivamente tal solución legislativa; es más que probable, por el contrario, que una fórmula surgida en un marco territorial electoral de distritos uninominales hubiera debido modularse al pasar a operar en un marco diferente, de circunscripciones plurinominales,⁸⁸ pero nuestro legislador no lo

entendió así, de igual forma que el legislador electoral de la Segunda República, que también se acomodó al esquema diseñado en este punto por la Ley de 1907.

III. Con estas reflexiones lo que hemos querido poner de relieve es que ni desde la perspectiva histórica, ni desde una interpretación que atienda a sus antecedentes más inmediatos (pues ya advertimos en un primer momento que el texto en cuestión no fue objeto de debate parlamentario alguno, ni de interpretación de ningún género que posibilitase nuevos cauces de comprensión del mismo), ni desde la interpretación literal o desde aquella otra que se asiente en la pura lógica jurídica, podemos encontrar margen alguno para postular una interpretación diferenciada a la antes expuesta.

Viene ello a cuento de la interpretación *contra legem* que el Tribunal Constitucional llevaría a cabo en sus Sentencias 24/1990 y 26/1990, con ocasión de los supuestos a los que más adelante nos referiremos y en base a los razonamientos a los que también con ulterioridad aludiremos, interpretación, en definitiva, que se centra en entender que cuando en el art. 113.2, d/ de la LOREG (en su redacción originaria) se habla de nueva convocatoria “en la circunscripción” se puede tratar restrictivamente de sólo en dos o varias y determinadas Mesas “en la circunscripción”, si en ellas y sólo en ellas se creyó advertir la existencia de irregularidades relevantes,⁸⁹ pero esta cuestión la postergamos para un momento posterior.

IV. El apartado d/ del art. 113.3 de la LOREG encontraba su complemento necesario en la determinación del art. 113.2, derogado por la Ley Orgánica 8/1991, ya citado, pero que, ello no obstante, volveremos a transcribir. A su tenor: “No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o varias Secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final”.

El primer comentario que suscita este precepto es que, en una interpretación sistemática con el apartado d/ del art. 113.2, viene a reforzar la

⁸⁸ En el mismo sentido se manifiesta Miguel Satrústegui y Gil-Delgado: “Las garantías del Derecho Electoral”, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁹ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 6o., y 26/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 11.

interpretación que del alcance de la nulidad de la elección precedentemente hacíamos. En efecto, cuando se hace depender la nulidad de la elección de la alteración del resultado final, el legislador se está refiriendo a la afectación del resultado en el conjunto de la circunscripción, con lo que parece lógico pensar que la nulidad de la elección debe referirse a la totalidad de la circunscripción.

Desde otro punto de vista, en el art. 113.3 encuentra su manifestación el principio de conservación de los actos jurídicos, de especial trascendencia en el Derecho público en general,⁹⁰ y de particularísima relevancia en el Derecho electoral.⁹¹

El principio de conservación de los actos jurídicos válidamente celebrados, que puede entenderse recogido en el brocardo clásico *utile per inutile non vitiatur*, y que en nuestro Derecho público está recogido en los artículos 64.2 y 66 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (reflejo, a su vez, de los artículos 50.2 y 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) y en el art. 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pretende restringir su sanción anulatoria no extendiéndola más allá de sus confines estrictos en cada caso y evitando que una indebida ampliación de sus efectos dañe derechos de terceros.

La determinación del art. 113.3 de la LOREG ha sido explicada por el “intérprete supremo de la Constitución”⁹² sobre la base de una doble argumentación: a) de un lado, por cuanto no toda infracción de las leyes que desarrollan los derechos fundamentales o regulan su ejercicio constituyen por sí solas auténticas violaciones de derechos; más precisamente, “las infracciones de las normas procedimentales que las leyes establezcan en garantía de derechos fundamentales tan sólo alcanzan relevancia constitucional cuando de ellas se deriva un resultado de lesión material en el derecho fundamental de que se trate”, y b) de otro lado, por la consideración de que “el derecho de sufragio pasivo tiene como contenido esencial asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular,

hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos”.⁹³

Por lo demás, parece claro que el art. 113.3, *a sensu contrario* establece para los casos en que el vicio del procedimiento electoral sea determinante del resultado de la elección, precisamente la nulidad de ésta, interpretación que haría suya de modo expreso el Tribunal Superior de Justicia de Galicia,⁹⁴ en su Sentencia de 2 de diciembre de 1989, que no hacía por otro lado sino seguir una reiterada jurisprudencia, ya reflejada en la propia doctrina constitucional.⁹⁵

V. A la vista de todo lo expuesto, parecía claro que un deber fundamental de toda Sala que debiese conocer de un recurso contencioso electoral en el que se solicitase la aplicación del apartado d/ del art. 113.2 de la LOREG, debía ser el comprobar si las irregularidades procedimentales producidas a lo largo del proceso electoral eran o no determinantes del resultado de la elección, pues de ello dependería el sentido del fallo, ya que el principio de conservación del acto electoral exigía no determinar la nulidad cuando el resultado final no se viera afectado.

La jurisprudencia constitucional iba a insistir con reiteración en la imprescindible necesidad de que la Sala, al decidir invalidar la votación celebrada en una

⁹³ Es por lo mismo por lo que el Tribunal Constitucional, frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 1o. de diciembre de 1989, que anula la elección de dos Mesas electorales ante la inexistencia de actas en el instante en que correspondió el escrutinio de las mismas y por no haberse aportado en ese preciso momento por ninguno de los representantes o apoderados presentes certificado alguno de tales actas que ofreciese garantías de autenticidad a la Junta Electoral Provincial, estimó, a partir del principio de que el interés público por conocer el resultado de la consulta electoral debe ser tenido muy en cuenta, que había que agotar la búsqueda de las actas, porque el éxito en la indagación dejaría resuelto el problema al saber, fuera de hipótesis, cuál fue la **voluntad expresada con su voto por los ciudadanos que en ellas votaron. Esto es lo que, según el Alto Tribunal (STC 24/1990, fund. jur. 7o.), no hizo y debió hacer la Sala, en virtud de una interpretación de la Ley Electoral y la normativa de desarrollo favorable tanto a la conservación de los actos electorales como a la efectividad de los derechos de votantes y candidatos; y como la averiguación del resultado real debe primar sobre cualquier razonamiento hipotético, eso es lo que el Tribunal Constitucional consideraría que la Sala de Murcia aún debía hacer, a cuyo efecto, en orden a la atribución del noveno escaño en litigio, el Alto Tribunal decidía retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de dictar Sentencia para que la Sala recabara de los correspondientes Juzgados la remisión de los “segundos sobres” de las Mesas en las que se había procedido por la Sala a anular la votación.**

⁹⁴ STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 2 de diciembre de 1989, fund. jur. 8o.

⁹⁵ ATC 1308/1987, de 23 de noviembre, fund. jur. 2o.

⁹⁰ ATC 120/1983, de 21 de marzo, fund. jur. 4o.

⁹¹ STC 196/1987, de 29 de octubre, fund. jur. 4o.

⁹² STC 71/1989, de 20 de abril, fund. jur. 4o.

Mesa, comprobaba si tal invalidez podía ser determinante del resultado final de la elección. De ahí que la Sala debiera procurar, en primer término, averiguar con todos los medios probatorios a su alcance la realidad de lo ocurrido en las Mesas en la que se hubieran denunciado irregularidades, al objeto de poder determinar con un razonable margen de seguridad el sentido de los votos correspondientes a las mismas.⁹⁶

Ahora bien, ¿cómo realizar el juicio de relevancia de los vicios o irregularidades invalidantes del resultado final? También el Alto Tribunal se ocuparía detenidamente de esta cuestión.

Desde luego, lo primero que ha de subrayarse es que ese juicio debe hacerlo la Sala, sin perjuicio de la ulterior revisión del mismo, en su caso, por el propio Tribunal Constitucional, circunstancia de la que no creemos pueda entresacarse la conclusión de algún sector de la doctrina⁹⁷ de que el Tribunal Constitucional se configura como juez supremo electoral, como juez último en materia electoral. Lo único que cabe decir es que en cuanto Juez de los derechos fundamentales, y el derecho de sufragio pasivo es uno de estos derechos, cabrá una intervención en amparo del Tribunal Constitucional cuando se entienda violado ese derecho precisamente.

Entiende el Juez de la Constitución —en orden a suministrar pautas para la realización del juicio de relevancia— que en su motivación, y según el supuesto de hecho que en cada recurso haya que resolver, la Sala está obligada a expresar el proceso lógico que le lleva a apreciar la alteración del resultado como consecuencia de los vicios o irregularidades constatados.⁹⁸ Cuando se trate de vicios de procedimiento no mensurables en cuanto a su relevancia para la alteración del resultado, la Sala deberá valorarlos ponderando expresamente todas las circunstancias del caso. Si se trata de irregularidades cuantificables, esto es, de un número cierto de votos de destino desconocido, sin excluir el posible recurso a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística, un criterio fecundo y

razonable para apreciar si aquellos votos son determinantes para el resultado electoral consiste en comparar su cifra con la diferencia numérica entre los cocientes de las candidaturas que se disputan el último escaño.⁹⁹

Como con facilidad puede advertirse, el supuesto de resolución más compleja es aquel que se refiere a los vicios procedimentales no mensurables en cuanto a su relevancia a efectos de la resolución del resultado. En este caso es imprescindible, como acabamos de señalar, la valoración de la incidencia de esos vicios, sobre la base de la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso. Ya en su Sentencia 24/1990, el Tribunal se hizo eco¹⁰⁰ de la posibilidad de anular la elección en el conjunto de la circunscripción cuando la Sala apreciara vicios de procedimiento que afectasen a todo él en términos irreductibles a una o dos Mesas, o irregularidades perceptibles en un número elevado de Mesas o irregularidades en la votación o en otras fases del proceso electoral no referibles a Mesas determinadas, si bien con incidencia razonadamente apreciada por la Sala en el resultado electoral, doctrina ésta que, de alguna manera, sería acogida por la STC 25/1990.

Un sector de la doctrina ha entendido que este planteamiento presenta el riesgo de abocar a un laxismo excesivo en la justificación de los fallos anulatorios,¹⁰¹ presentándonos como ejemplo que verifica tal falla la STC 25/1990, desestimatoria del recurso de amparo presentado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de diciembre de 1989, fallo éste que resolvía el recurso contencioso electoral presentado ante la correspondiente Sala de lo Contencioso Administrativo de aquel Tribunal, en relación con las elecciones a diputados y senadores celebradas en la circunscripción de Melilla el 29 de octubre.

La referida Sala del Tribunal Superior, con Sede en Málaga, asentó su fallo anulatorio de los comicios en la existencia de un conjunto de irregularidades,¹⁰² entre ellas: la incorrecta constitución de la Junta

⁹⁶ STC 131/1990, de 16 de julio, fund. jur. 6o.

⁹⁷ Manuel Pulido Quecedo: "Tribunal Constitucional y contencioso electoral", en "La Ley" (Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía), 1991-2, pp. 1042 y ss.; en concreto, p. 1056.

⁹⁸ En su Sentencia 26/1990, fund. jur. 6o., el Alto Tribunal precisaría que la Sala debe justificar con razones claras y convincentes su fallo anulatorio.

⁹⁹ STC 24/1990, de 15 de febrero, fund. jur. 8o., y 131/1990, de 16 de julio, fund. jur. 6o.

¹⁰⁰ STC 24/1990, fund. jur. 6o.

¹⁰¹ Miguel Satrústegui y Gil-Delgado: "Las garantías del Derecho electoral", *op. cit.*, pp. 115-116.

¹⁰² Para un mayor detalle, cfr. Carmen Prieto Fernández: "El control jurisdiccional y los recursos de amparo en el proceso electoral de 29-X-1989", en "Actualidad Administrativa", No. 12, 24 de marzo de 1991, pp. 167 y ss.; en especial, pp. 171-173.

Electoral de Zona; la disparidad entre los censos entregados a la candidatura de un partido y los facilitados a las Mesas electorales; la vulneración del principio esencial del secreto del voto, y la no inclusión en el primer sobre que ha de preparar la Mesa a tenor del art. 100 de la LOREG de las papeletas de votos nulos, para su revisión por la Junta Electoral. La valoración conjunta de todas estas irregularidades condujo a la Sala a acordar la nulidad de la elección tanto respecto del Congreso como del Senado en toda la circunscripción de Melilla.

El Tribunal Constitucional, tras ser instado en amparo constitucional a conocer de la posible conculcación de los derechos constitucionalmente acogidos en el art. 23, procedía en primer término a algo verdaderamente esencial: la constatación de la existencia de una relación causal suficiente entre las irregularidades apreciadas y la declaración de nulidad. Y en tal tesitura constataba que “una atenta lectura de la Sentencia recurrida revela una cierta parquedad y economía narrativa en la exposición del nexo existente entre irregularidades invalidantes y fallo anulatorio”. Es por lo mismo por lo que el Juez de la Constitución entendió que el razonamiento sobre dicha relación causal pudo ser más explícito y debió incluir, en su caso, los datos numéricos que demostrasen de modo incontrovertible la incidencia de las irregularidades advertidas en el resultado electoral. Ello no obstante, tales reparos no iban a ser óbice para que el Alto Tribunal estimara que el nexo causal existía en grado suficiente,¹⁰³ reflexión que iba a sustentar, de un lado, en el hecho de que la Sala había dado por probadas determinadas irregularidades, constatadas en el preceptivo informe evacuado por la Junta Electoral como públicas y notorias, y de otro, en que la Sala afirmaba con rotundidad que le resultaba imposible realizar el juicio de relevancia de las irregularidades apreciadas sobre el resultado final de la votación, imposibilidad ésta que el Juez de la Constitución entendía que debía aceptar como un hecho no susceptible de revisión en la jurisdicción de amparo.

Esta argumentación del Alto Tribunal es, como poco, discutible por cuanto se nos antoja como muy débil y, desde luego, y aun admitiendo la diversidad de supuestos a que puede responder cada caso, en ella, el Tribunal da la sensación de ser mucho más

flexible que en otros fallos próximos en el tiempo y en la materia abordada.

El razonamiento llevado a cabo por el Juez de la Constitución sobre el juicio de relevancia contiene, a la vista de sus propias argumentaciones, una regla de enjuiciamiento generalizada y apropiada al sistema D'Hondt, que entrará en juego muy especialmente cuando se trate de irregularidades cuantificables, mientras que su argumentación presenta flancos más débiles cuando se trata de vicios no mensurables.

Y así, la ausencia del antedicho juicio de relevancia (la regla de enjuiciamiento apropiada al sistema D'Hondt), unida a la declaración de nulidad del acta de una Mesa a raíz de una serie de irregularidades atinentes al proceso electoral, ha sido considerada como una violación del derecho del recurrente en amparo a acceder al cargo en términos de igualdad, puesto que se le ha privado de unos votos que podrían suponer su proclamación como electo y, asimismo, como una vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos de los electores de la Mesa, en cuanto que se han visto privados definitivamente de su voto en un supuesto no contemplado por la Ley Electoral, cuando dicho voto era relevante para el resultado de la elección.¹⁰⁴

En resumen, antes de proceder a un fallo anulatorio de la elección es ineludible efectuar el juicio de relevancia de los vicios procedimentales; un fallo de nulidad de la elección en ausencia de dicho juicio entrañaría una lesión de los derechos constitucionalmente reconocidos por el art. 23. Comprobada la relevancia de los vicios procedimentales sobre el resultado final, la Sala deberá declarar la nulidad de la elección celebrada, nulidad que, a juicio del Alto Tribunal, podrá venir referida tan sólo a las Mesas en que se constataron las irregularidades invalidantes del resultado final, y no necesaria e inexcusablemente al conjunto de la circunscripción, cuestión ésta a la que nos referiremos con mayor detenimiento de inmediato.

VI. El Tribunal Constitucional abordaría esta problemática, quizá la de mayor trascendencia de la cuestión que nos ocupa, en su Sentencia 24/1990, que ponía fin a dos recursos de amparo acumulados, interpuestos frente a la Sentencia del TSJ de Murcia, de 1o. de diciembre de 1989, por la que se anularon

¹⁰³ STC 25/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 7o.

¹⁰⁴ STC 131/1990, fund. jur. 6o., *in fine*.

las elecciones generales celebradas en dicha circunscripción el 29 de octubre de 1989.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del referido Tribunal Superior de Justicia fundamentaría su decisión anulatoria en la irregularidad apreciada en dos Mesas, consistente en la inexistencia del acta en el momento de celebrar el escrutinio y en no haberse aportado en ese mismo instante por los representantes o apoderados de los partidos certificados del acta que ofreciesen garantías de autenticidad. Tras determinar que el no cómputo de esas dos Mesas tenía relevancia para el resultado final la Sala fallaría en el sentido de anular la elección celebrada.

El Juez de la Constitución parte en su Sentencia de la necesidad de *proceder a una interpretación que trascienda la técnica de la mera literalidad, dando entrada a una hermenéutica finalista* donde tengan cabida, entre otros, los principios de conservación del acto, de proporcionalidad y de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales.

De esta forma, mientras —siempre según el Juez de los derechos fundamentales¹⁰⁵— la interpretación literal y aislada del art. 113.2, d/ de la LOREG da a entender que, decretada la nulidad, la nueva convocatoria ha de efectuarse en “la circunscripción correspondiente” porque la nulidad debe extenderse a toda la elección celebrada, y ello aunque el vicio invalidante esté constreñido a una sola Mesa y ponga en cuestión la adjudicación de un solo escaño, “la interpretación sistemática, finalista y con dimensión constitucional conduce por el contrario a una lectura distinta del precepto, integrándolo en la voluntad manifiestamente conservadora de los actos electorales válidamente celebrados, acogida en el inciso final del art. 113.2, y en la necesidad de conservar el ejercicio de los derechos fundamentales de los electores en todos aquellos casos que no se vean afectados por las supuestas o reales irregularidades apreciadas, es decir, conservando todos aquellos actos jurídicos válidos, que aquí implican el ejercicio de otros tantos derechos de sufragio activo de los electores respectivos, que no habrían variado con o sin infracción electoral”.

El Alto Tribunal fundamenta esta interpretación conservadora o restrictiva del art. 113 de la LOREG en su conjunto, en una serie de exigencias constitucionales que derivan no ya del principio de conservación de los actos jurídicos, sino también de otros concurrentes principios hermenéuticos, y entre ellos:

1) Del principio de proporcionalidad entre unos actos y sus consecuencias cuando éstas afectan a derechos fundamentales. En el caso analizado, el Tribunal entiende que existe una desproporción manifiesta por cuanto que por irregularidades advertidas en dos Mesas tan sólo, se anulan las elecciones celebradas en otras 1,085 Mesas electorales de la misma circunscripción.

2) Del principio de obligada interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales, que resultaría desvirtuado al ir contra los principios hermenéuticos inmediatamente antes referidos (principio de conservación de los actos jurídicos y principio de proporcionalidad). Este principio, como ya advirtiera en otra Sentencia el Alto Tribunal,¹⁰⁶ ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes, consideración que, teniendo un alcance general, es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde, como ya hemos tenido oportunidad de señalar reiteradamente, se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia que los partícipes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral.

3) Del principio de igualdad, en su dimensión constitucional de que el sufragio sea igual para todos, igualdad que no se agota en el principio cada hombre un voto, ni en las condiciones de elegibilidad, sino que se proyecta también durante el proceso electoral en la simultaneidad

¹⁰⁵ STC 24/1990, fund. jur. 6o.

¹⁰⁶ STC 76/1987, de 25 de mayo, fund. jur. 2o.

del mismo en todas sus fases y, en particular, en lo tocante a la votación.

4) De las exigencias derivadas del interés general consistente en la credibilidad del sistema y en la protección del mismo frente a fáciles y perturbadores abusos,¹⁰⁷ lo que constituye un bien jurídico al que una interpretación de la legalidad electoral *ex Constitutione* no puede ser ajena.

5) Finalmente, del propio sistema electoral D'Hondt, que propicia la interpretación defendida por el Alto Tribunal —siempre a juicio del propio Tribunal—, en cuanto que su mecánica aritmética permite aislar la adjudicación de los últimos escaños de una circunscripción sin reflejo o contagio para los ya adjudicados.

Los principios hermenéuticos que anteceden conducirían al Tribunal a la conclusión de que la Sala del TSJ de Murcia debió, si creía que había irregularidades sólo en dos Mesas del total de las 1,087 de la circunscripción, limitarse a anular las elecciones en ellas, ordenando una nueva convocatoria en tales Mesas. “Tal interpretación del art. 113.2, d/ puede darse y debe darse, entendiendo sin forzar los términos literales (...) que cuando allí se habla de nueva convocatoria ‘en la circunscripción’ se puede tratar restrictivamente de sólo en dos o varias y determinadas Mesas ‘en la circunscripción’, si en ellas y sólo en ellas se creyó advertir la existencia de irregularidades relevantes”¹⁰⁸.

A partir de los razonamientos expuestos, la conclusión es incontestable: al anular las elecciones en toda la circunscripción en virtud de una interpretación contraria al art. 23 de la Constitución, la Sala del Tribunal de Murcia vulneró los derechos de acceso al cargo de los ocho primeros adjudicatarios de los escaños a los que les habían sido atribuidos por la Junta Electoral.

¹⁰⁷ El salto cualitativo consistente en la anulación de las elecciones en toda la circunscripción por vicios advertidos en una o dos Mesas llevaría, de admitirse como correcto —siempre a juicio del Alto Tribunal (STC 24/1990, fund. jur. 6o.)—, a una vulnerabilidad del proceso electoral en manos de quienes malévolamente quisieran 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.

¹⁰⁸ STC 24/1990, fund. jur. 6o. Asimismo, STC 26/1990, fund. jur. 11, A).

En coherencia con la doctrina precedentemente expuesta, el Juez de la Constitución ha interpretado que la Sala tendría que llegar a declarar la nulidad de la elección en el conjunto de la circunscripción cuando apreciara vicios de procedimiento que afectasen a toda la circunscripción en términos irreductibles a una o dos Mesas, o irregularidades perceptibles en un número elevado de Mesas, o, finalmente, irregularidades en la votación o en otras fases del proceso electoral no referibles a Mesas determinadas, con incidencia razonadamente apreciada por la Sala en el resultado electoral.¹⁰⁹ En definitiva, cuando las irregularidades que la Sala declare probadas afecten al resultado de la elección en toda la circunscripción, se estará ciertamente en el supuesto que la LOREG contempla como justificativo de la nulidad de la elección.¹¹⁰

VII. La interpretación jurisprudencial acogida en la Sentencia 24/1990 sería objeto de un voto particular suscrito por el Magistrado Sr. Rubio Llorente, desencadenando dicho fallo, una vez hecho público, una amplia serie de críticas, desde periodísticas a doctrinales, que tienen como común denominador la absoluta falta de cobertura normativa para fundamentar el fallo anulatorio por parte del Alto Tribunal.

El primer aspecto que creemos de interés recordar es el de que en su Sentencia 169/1987, el Alto Tribunal interpretó el art. 113.2, d/ de la LOREG en el sentido de que la expresión “nueva convocatoria” se había de referir a la convocatoria de un *proceso electoral íntegro* con inclusión de todas sus fases,¹¹¹ interpretación que, implícitamente, parecía presuponer que la nulidad de la elección debía referirse al conjunto de la circunscripción, pues parece difícil pensar en un proceso electoral íntegro para la repetición de la elección tan sólo en algunas Mesas, al margen ya de que esta última interpretación la creemos inconciliable con los rasgos característicos de nuestro sistema electoral.

Desde luego, este precedente, ni de jaba totalmente despejada la interpretación del Tribunal, en lo que ahora importa, al margen ya de responder el fallo a circunstancias muy diferentes a las que se hallaban en la base del proceso finalizado con la Sentencia 24/1990, ni, por lo tanto, podía condicionar un fallo

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ STC 25/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 7o.

¹¹¹ STC 169/1987, de 29 de octubre, fund. jur. 4o.

ulterior, aunque sí parecía marcar una pauta a seguir. Obviamente, no iba a ser así.

En el razonamiento lógico que conduce al Juez de los derechos fundamentales a su interpretación del art. 113.2, d/, el primer aspecto crítico a subrayar es el de la propia idoneidad de algunos de los criterios hermenéuticos utilizados,¹¹² que quizá no se adecúen perfectamente a la materia electoral. Con todo, el punto central de discusión se centra en si jurídicamente existía base de apoyo normativo para sustentar el fallo anulatorio de la Sentencia del TSJ de Murcia que el Alto Tribunal pronuncia en su Sentencia 24/1990.

No nos cabe la más mínima duda acerca de lo enormemente discutible que resulta imputar a la Sentencia del TSJ de Murcia una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por producir la indefensión de los ocho primeros diputados proclamados electos por la circunscripción, al impedirles toda posibilidad procesal de debatir la nueva dimensión dada a la *litis* inicialmente delimitada por la demanda en relación con el noveno y último escaño, por cuanto, como se apunta en el Voto particular anteriormente aludido, en el recurso contencioso electoral cualquiera de los fallos previstos en el art. 113.2 es jurídicamente posible una vez cuestionada la proclamación hecha por la Junta Electoral.

Pero quizá más cuestionable resulta aún que el Tribunal Constitucional deduzca de la pura y simple aplicación de la literalidad de la norma, de una norma no tachada en ningún momento de inconstitucional, la violación de los derechos constitucionales proclamados por el art. 23. A la vista del texto del art. 113.2 de la LOREG puede afirmarse rotundamente, como corroboran las argumentaciones que al inicio del análisis del apartado d/ de este precepto hicimos, que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Murcia no hizo sino interpretar el texto de la Ley en el único sentido posible, que por lo demás en modo alguno se opone a la Constitución. Consecuentemente, el Juez de la Constitución, al

anular la Sentencia del órgano jurisdiccional ordinario, no procedió a salvaguardar derechos fundamentales supuestamente conculcados, sino, lisa y llanamente, a revisar la interpretación de la LOREG realizada por el Tribunal de Murcia, imponiendo de esta forma su propia interpretación de la legalidad ordinaria que, por lo demás, como ya queda dicho, era absolutamente improcedente a la vista de las previsiones normativas de los artículos 113.2, d/ y 113.3 de la LOREG, con lo que, en último término, el Alto Tribunal no sólo procedió como si de una segunda instancia jurisdiccional se tratara, sino que, más allá de ello, actuó normativamente, supliendo de esta forma al legislador, al carecer de toda base normativa en la que apoyar racionalmente su interpretación del art. 113.2, d/.

Una actuación de este género no puede en modo alguno justificarse por razones extrajurídicas, como podía ser la restauración del crédito democrático del proceso electoral que, indiscutiblemente, entraña el referido fallo, que, como bien se ha dicho,¹¹³ no compensa la ausencia de cobertura normativa de algún aspecto concreto de la actuación del Alto Tribunal, o la propia justicia material del fallo, constatada con evidente razón por algún sector doctrinal.¹¹⁴ Y ello es así por cuanto no son sino consideraciones jurídicas las que avalan la interpretación que ha de llevar a cabo el Juez de la Constitución, que además no puede exceder sus atribuciones, perfectamente delimitadas por la Norma suprema y por su propia Ley Orgánica, que le impiden actuar como una instancia jurisdiccional más o suplir normativamente las actuaciones del legislador,¹¹⁵ por muy erróneas o deficientes que éstas puedan considerarse, cuando sin embargo, las normas derivadas de dichas actuaciones no han sido tachadas de inconstitucionalidad.

VIII. El principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, verdadera constante hermenéutica jurisprudencial, ha sido utilizado por el

¹¹² Juan José Solozábal Echavarría: "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral", *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁴ Javier Pérez Royo: "Sobre la Sentencia", en el diario "El País", edición del 17 de febrero de 1990.

¹¹⁵ El Tribunal, como dice Pablo Santolaya Machetti (en su "Manual de Procedimiento Electoral", Ministerio del Interior, Madrid, 1991, p. 113), se sitúa en un terreno especialmente resbaladizo: el de interpretar lo que el legislador hubiera debido decir, imponiendo esa interpretación a los tribunales.

¹¹² *Cfr.* al efecto, Juan José Solozábal Echavarría: "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 30, septiembre-diciembre 1990, pp. 132 y ss., en especial, pp. 144-145. Asimismo, Paloma Biglino Campos: "La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 29, mayo-agosto 1990, pp. 291 y ss.; en especial, pp. 299 y ss.

Alto Tribunal para interpretar algún otro precepto de la Ley, de influencia decisiva a la hora de que los órganos jurisdiccionales ordinarios procedan o no a declarar la nulidad de la elección. Nos referimos concretamente a la previsión de la dicción originaria del art. 105.4 de la LOREG, modificado en 1991, a tenor de la cual: “En caso de que en alguna Sección hubiera actas dobles y diferentes, o cuando el número de votos que figure en un acta exceda al de los electores de la Mesa, con la salvedad del voto emitido por los interventores, la Junta tampoco hará cómputo de ellas”.

Como fácilmente se advierte tras la lectura del precepto, la problemática interpretativa que el mismo plantea se circunscribe a determinar si la referencia que en él se hace a “los electores de la Mesa” debe entenderse hecha a todos los electores que figuran en el censo o tan sólo a aquéllos que han ejercitado su derecho de voto, esto es, a los votantes.

La jurisdicción ordinaria iba a interpretar de modo contrapuesto esta previsión legal. Y así, el TSJ de Murcia,¹¹⁶ tras constatar que el término “elector” puede acoger tanto al que vota como al que puede votar, lo que entraña la necesidad de acudir a otros criterios hermenéuticos distintos del literal a fin de precisar la ambigüedad del vocablo, recurría a un criterio sistemático, poniendo en relación el precepto con otras normas del ordenamiento, interpretación ésta que revelaba que eran numerosos los preceptos que utilizaban el vocablo para designar al titular del derecho de sufragio activo con anterioridad y con independencia de que lo ejercite mediante el acto de votación. Y junto a esos criterios entendía con buen juicio la Sala que la literalidad del propio art. 105.4 ofrecía también una decisiva base para concluir que su referencia a los “electores de la Mesa” no era sinónima a los votantes en ella. En efecto, la salvedad o exclusión de los votos emitidos por los interventores no censados en la Mesa sólo encontraba justificación, para la Sala, si la comparación del número de votos se hace con los electores censados en la misma, pues de hacerse con los votantes tal exclusión carecería de sentido, al ser los interventores también votantes. La conclusión de todo lo expuesto era inequívoca: la referencia del art. 105.4 de la LOREG a los “electores de la Mesa” debía entenderse hecha a los electores censados con

derecho a ejercer el voto, y no a los votantes, esto es, a quienes disponiendo de aquel derecho, lo hubiesen ejercitado efectivamente.

Muy dispar sería la interpretación realizada por el TSJ de Galicia en su Sentencia de 2 de diciembre de 1989. La Sala de lo Contencioso Administrativo estimaría¹¹⁷ que el término “elector” había de equipararse al de votante, es decir, a quien efectivamente hubiera ejercido su derecho. Y no era obstáculo para ello la referencia al voto de los interventores que el art. 105.4 incorpora, pues siendo cierto que esta mención sólo tiene sentido en el caso de que se produzca el voto del total de electores censados, no excluye la posibilidad de que el precepto en cuestión otorgue igual cobertura cuando el número de votos emitidos exceda al de electores que hayan depositado el voto en la correspondiente Mesa. A partir de esta interpretación, la Sala del Tribunal gallego invalidaría los votos de una de las Mesas.^{118 119}

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 26/1990, abordaría el análisis de la interpretación llevada a cabo por el TSJ de Galicia, al entender, con razón, como decisiva para su resolución la

¹¹⁷ Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 2 de diciembre de 1989, fund. jur. 4o.

¹¹⁸ Análoga es la interpretación llevada a cabo por la Audiencia de Navarra en su Sentencia de 4 de diciembre de 1989 (puede verse en “Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sentencias de las Audiencias 1989, marginal 9693, pp. 524-525), para la que el art. 105.4 exige una estricta correlación entre el número de electores que ejercitan su derecho mediante la omisión del voto y el número de papeletas escrutadas, “sin que, en buena lógica y mejor derecho pueda argüirse cualquier otra interpretación, pues si cada elector relacionado en la lista correspondiente ha emitido su voto y una vez contados estos electores o votantes resulta que hay tres papeletas de exceso, estos tres votos en cuanto carentes, por así decirlo, de vinculación personal nacen radicalmente inválidos y obligan a que, en cumplimiento del art. 105.4 “tampoco se haga cómputo” de esta Mesa”.

¹¹⁹ El propio TSJ de Galicia modularía poco tiempo después (en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de enero de 1990, fund. jur. 6o.) su rígida aplicación del art. 105.4 de la LOREG. En efecto, tras considerar acertada la actuación de la Junta Electoral Provincial de Orense ---que se abstuvo de computar en el acto del escrutinio general cuatro Mesas en las que existía un mayor número de votos que el de votantes, al equiparar el término “elector” al de elector que ha votado---, la Sala entendería que este automatismo en la aplicación del referido art. 105.4, al que queda sometida la Junta Electoral cuando se dan los supuestos previstos en tal precepto, no vinculaba a la Sala ni la liberaba de la obligación de proceder a un examen singularizado de cada uno de los supuestos, a fin de concretar las circunstancias que concurren en los mismos en orden a valorar la trascendencia y también el significado de las disparidades advertidas, todo ello con el objeto de resolver sobre la posibilidad de proceder o no al cómputo de las Mesas de que se trataba. El hecho de que las diferencias entre el número de votos y el de electores que habían votado fueran muy exiguas, conducía finalmente a la Sala a suponer que se debían a meros errores materiales, lo que la llevaba a estimar que debía procederse al cómputo de las cuatro Mesas en las que se había producido la irregularidad advertida.

¹¹⁶ Sentencia del TSJ de Murcia de 1o. de diciembre de 1989, fundamentos jurídicos 9o., 10 y 11.

interpretación efectuada por la Sala del Art. 105.4 de la LOREG.

Puede resultar un tanto chocante que el Alto Tribunal controle la interpretación que de la legalidad ordinaria lleva a cabo un órgano jurisdiccional respecto del que, además, existe una expresa reserva constitucional (recordemos que el art. 70.2 de la CE prevé que: “La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral) que le habilita para controlar la validez de las actas y credenciales de los parlamentarios. Sin embargo, esa sorpresa se atenúa si se recuerda que el Tribunal Constitucional, en su condición de “intérprete supremo de la Constitución”, debe revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem*.¹²⁰ A partir de aquí el Juez de los derechos fundamentales podrá revisar aquellas resoluciones judiciales que no apliquen la normativa legal en el sentido más favorable a la efectividad de aquellos derechos.

Es partiendo de la precedente reflexión como se justifica la revisión que el Tribunal Constitucional va a hacer de la interpretación del art. 105.4 de la LOREG llevada a cabo por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia.¹²¹

A juicio del Tribunal Constitucional, la antes citada interpretación no resulta admisible, ni a partir de los propios términos de la Ley, ni de la necesidad de interpretar las normas en favor de la mayor efectividad de los derechos fundamentales.

Desde la óptica de una interpretación literal, el término “elector” es utilizado en la LOREG en múltiples ocasiones como claramente distinto y diferenciado del de votante. La propia Constitución, en su art. 68.5, dispone que “son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos”, configurando el término en virtud de una capacidad y no de un ejercicio.

¹²⁰ Según el Tribunal Constitucional (STC 131/1990, de 16 de julio, fundamento jurídico 2o.), puede hablarse del “carácter constitucionalmente exigido de los requisitos del procedimiento electoral”, cuyo cumplimiento o incumplimiento y la interpretación que de los mismos se haga trasciende la legalidad ordinaria y supone el respeto o la eventual infracción del art. 23 de la Constitución. Así, decretar indebidamente la nulidad de una votación supone privar del voto a los electores afectados y, en su caso, privar a un candidato de acceder a un escaño al que pudiera tener derecho.

¹²¹ STC 26/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 6o.

Finalmente, la misma previsión del art. 105.4 de la LOREG relativa a los interventores muestra que el concepto de “electores” se entiende referido a los inscritos en el censo con capacidad para votar, pues de lo contrario tal salvedad no tendría sentido; dicha excepción tan sólo cobra sentido si “elector” significa algo distinto de “votante”.

Pero más relevantes que las consideraciones referidas a la literalidad del precepto son las que resultan de la finalidad de la ley y de la necesidad de interpretarla de acuerdo con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. A este respecto, entiende el Alto Tribunal que el mantenimiento de la voluntad y preferencia de los electores expresada en votos válidos debe constituir un criterio preferente a la hora de interpretar y aplicar las normas electorales. Y desde esta perspectiva, no cabe hacer depender la eficacia de los votos válidamente emitidos de irregularidades o inexactitudes menores.

El principio de conservación de los votos válidos aparece como preeminente, y, en consecuencia, el mandato del art. 105.4 dirigido a las Juntas Electorales debe entenderse orientado a excluir únicamente casos de manipulación o fraude. Consiguientemente, sólo cuando el número de votos exceda al de ciudadanos inscritos con capacidad de voto (es decir, cuando no es posible racionalmente apreciar que ha habido un error o inexactitud involuntaria) procederá el no cómputo de los votos, aún cuando muchos de éstos sean efectivamente válidos.

La conclusión anteriormente expuesta no debe conducir a pensar que la Ley permite que se lleven a cabo irregularidades sin consecuencia o control alguno, siempre que el número de votos no exceda al de electores pero sí al de votantes. Es claro a este respecto que si las Juntas Electorales no pueden dejar de computar los votos emitidos, en tanto no se den los supuestos tasados que lo impidan, los órganos competentes en la revisión jurisdiccional de los comicios carecen de tales restricciones, pues actúan con plena jurisdicción, no encontrándose tan estrechamente limitados en su actuación como las Juntas Electorales.

Y otro tanto cabe sostener respecto del supuesto de “actas dobles y diferentes”, respecto del cual, el art. 105.4 de la LOREG también impone a las Juntas

el no cómputo de aquellas Mesas en las que existieran dichas actas. Ahora bien, si ello es así es porque la Junta, en ningún caso puede anular ningún acta ni voto; la Ley reserva la anulación tan sólo a la Sala. Y en el supuesto de “actas dobles y diferentes”, la Sala tendrá varias opciones: desde otorgar plena validez a un acta y computarla,¹²² hasta proceder a la anulación de la Mesa si se dan los requisitos del art. 113 en orden a la relevancia para el resultado.¹²³ Por supuesto, que el soberano para la apreciación de las pruebas que se entiendan pertinentes es el Juez de los hechos, con tal de que su libre apreciación sea razonada.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha recordado a estos efectos que, en todo caso, como resulta evidente, el órgano jurisdiccional no actúa discrecionalmente, sino fundándose en los preceptos legales, bien para no computar un acta, bien para declarar su invalidez, bien para declarar la nulidad y consiguiente nueva votación, y siempre haciendo explícitos los motivos para una decisión que viene a suponer una grave incidencia en el derecho fundamental del art. 23 respecto de votantes y candidatos. Y en último término, como antes dijimos, al “intérprete supremo de la Constitución” siempre le cabrá, si a ello es instado en vía de amparo, revisar la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales, a fin de verificar si se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem*, bien que esa revisión no puede conducir al Tribunal a actuar de modo análogo al del legislador, sustituyendo la interpretación de una norma no tachada de inconstitucional y de claridad meridiana por otra interpretación supuestamente más conforme con los derechos fundamentales, pero que en realidad conduce a la pura y simple sustitución del legislador, como creo acontece con la Sentencia 24/1990.

¹²² Tal acontecería en la STSJ de Galicia de 15 de enero de 1990 (fund. jur. 3o.), en la que, frente al acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Orense, al realizar el escrutinio general de los resultados obtenidos por cada una de las candidaturas en las elecciones al Parlamento de Galicia, celebradas el 17 de diciembre de 1989, de no computar los resultados de siete Mesas por estimar que existían “actas dobles y diferentes”, el Tribunal, en su fallo que ponía fin al oportuno recurso contencioso electoral, tras reivindicar para sí la determinación del significado y consecuencias que la falta de coincidencia entre las distintas actas de la misma Mesa lleva consigo, y tras la valoración del conjunto de pruebas practicadas y de los datos obrantes en el expediente, llegaría a la convicción de que las discordancias entre las distintas actas no respondían a una intención de alteración maliciosa de los resultados electorales, sino que, al margen ya de una de las Mesas, claramente se advierte que se trata de meros errores de transcripción, lo que conducía a la Sala a admitir y acoger la pretensión de la parte actora en cuanto al cómputo de dichas Mesas.

¹²³ STC 24/1990, fund. jur. 8o.

Recordemos finalmente, en relación con la determinación del art. 105.4 de la LOREG, que la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1991 sobre la misma LOREG ha aclarado aquel precepto en línea con la doctrina fijada por el Juez de la Constitución, a la que acabamos de aludir.

En efecto, la expresión “electores de la Mesa” ha sido sustituida por la de “electores que haya en la Mesa según las listas del censo electoral y las certificaciones censales presentadas”, con lo que ya no queda atisbo de duda que el término “elector” alude a la capacidad de elector. Asimismo, el mandato legal inicial a que la Junta no hiciera cómputo de las actas en que se presentaran las irregularidades ya comentadas, se atenúa mediante la adición de un inciso final al art. 105.4, por el que se establece la salvedad de que “existiera error material o de hecho o aritmético, en cuyo caso procederá (la Junta Electoral de que se trate) a su subsanación”. La modificación introducida en el precepto se completa con la sustitución de la inicial referencia a las Secciones por la atinente a las Mesas.

IX. De una última cuestión hemos de ocuparnos en relación con el texto inicial del art. 113.2, d/: la del alcance o extensión de la “nueva convocatoria” a que el mismo se refiere. Planteado el tema de otro modo: declarada la nulidad de una elección, ¿será necesario repetir el proceso electoral en todas sus fases, incluida la fase de presentación de nuevas candidaturas, o tan sólo en algunas de ellas? La LOREG nada precisa al respecto, por lo que, una vez más, ha tenido que ser el Juez de la Constitución quien aclare esta trascendente cuestión.

En su Sentencia 169/1987, el Alto Tribunal, a la vista del tenor literal del art. 113.2, d/, entendía forzoso reconocer que en él se distingue, en relación con la declaración de nulidad de una elección, entre “nueva convocatoria” en la circunscripción correspondiente y “nueva elección”, refiriendo ésta al caso del cargo de Presidente de una Corporación Local. La distinción abona la interpretación de que la expresión “nueva convocatoria”, si es empleada sin especificación de ninguna especie, se refiere a la convocatoria de un proceso electoral íntegro con inclusión de todas sus fases,¹²⁴ como ya anticipamos con anterioridad.

¹²⁴ STC 169/1987, de 29 de octubre, fund. jur. 4o.

Esta interpretación es además considerada como la más favorable para el ejercicio del derecho fundamental de participación política, que lleva a abrir la nueva convocatoria tanto para los electores como para los elegibles. De otra forma, quedarían excluidos de la misma, en tanto que elegibles, los candidatos que desearan concurrir a las elecciones parciales, lo que significaría una interpretación restrictiva de su derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos señalados por las Leyes.

Con posterioridad, esta doctrina sería matizada por la Sentencias 24/1990, 25/1990 y 131/1990, pudiendo efectuarse las dos precisiones que siguen:

1a.) La repetición de todo el procedimiento electoral sólo cabe en el supuesto de nulidad y reiteración de la elección en toda la circunscripción, pero no así cuando una y otra se limitan a Mesas aisladas, ya que entonces la repetición debe restringirse a sólo el acto de la votación en todas sus modalidades, y entre todas las candidaturas que concurren inicialmente, pues, como dice el Tribunal,¹²⁵ se trata de integrar el proceso electoral en las condiciones más semejantes posibles a aquellas en que se produjo el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo en el resto de la circunscripción y en todo el territorio nacional.¹²⁶

2a.) Incluso en el supuesto de repetición de la elección en toda la circunscripción, entiende el Alto Tribunal que la Sala, a la luz de los principios de conservación de los actos válidos y de proporcionalidad entre las irregularidades detectadas y la nulidad acordada, como también a la vista de la necesidad de que en la nueva elección a Cortes Generales se respeten y reproduzcan en lo posible las mismas condiciones en que se ejercieron los derechos de sufragio activo y pasivo en la elección anterior, “y atendiendo al momento en que las irregularidades invalidantes de la elección se produzcan, acuerde que la nueva convocatoria se extienda a algunas o a todas las fases del procedimiento electoral o, por el contrario, se limite sólo al acto de la votación si en ésta y solamente en

ésta tuvieron lugar los hechos irregulares que determinaron la nulidad de la elección y la necesidad de su repetición”.¹²⁷ En este caso, el Juez de los derechos fundamentales consideró razonable la decisión de la Sala del TSJ de Andalucía de restringir la repetición de la elección en la circunscripción de Melilla al solo acto de la votación.

X. La Ley Orgánica 8/1991, de reforma de la LOREG, como ya hemos tenido oportunidad de señalar en varias ocasiones, ha venido a modificar sustancialmente el texto del art. 113.2, d/ y del art. 113.3, refundiendo ambos preceptos en un nuevo apartado d/ del art. 113.2, que, en definitiva, viene a orientarse en la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Constitucional. Las innovaciones introducidas son, básicamente, las que siguen:

1a.) La nulidad de la elección celebrada deja de referirse a la circunscripción, al conjunto de la circunscripción, para ceñirse ahora a aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes.

2a.) Establecimiento de la posibilidad legal de que la nueva convocatoria electoral se limite al acto de la votación.

3a.) Mayor concreción de la cláusula del inciso final del art. 113.3 del texto original de la LOREG, al preverse ahora (en el último inciso del art. 113.2, d/, reformado por la Ley Orgánica 8/1991) que la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.

De esta forma, bien puede decirse que el Tribunal Constitucional ha dado pautas al legislador, desbordando claramente sus funciones, que más tarde ha hecho suyas el poder legislativo, pautas que, desde luego, son más congruentes con el principio de justicia material que debe regir todo proceso electoral.

¹²⁵ STC 24/1990, fund. jur. 9o.

¹²⁶ Este criterio se aplicaría por el Tribunal en su Sentencia 131/1990 de 16 de julio, fund. 7o. En ella, acordaba la celebración de nueva votación para el Senado en una determinada Mesa, ordenando que se efectuara nueva convocatoria el efecto “en las mismas condiciones de candidatos y censo electoral en que tuvieron lugar” en el resto de la circunscripción.

¹²⁷ STC 25/1990, de 19 de febrero, fund. jur. 8o.