

Ignacio Sevilla Merino

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

# ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y PROCESALES DE LA ADOPCIÓN E IMPUGNACIÓN DE DECISIONES ELECTORALES

## SUMARIO

- I PRESENTACIÓN.
- II EL PROCEDIMIENTO Y LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. 1. LA SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIONAL, RESPECTO DE LA ELECTORAL. 2. LA ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. 3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. 4. LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL. 5. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ELECTORALES. 6. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.
- III LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACTOS ELECTORALES. 1. EL CONTENIDO PROCESAL DE LA LEY ELECTORAL. 2. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL. 3. LAS PARTES EN EL RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL. 4. LA LEGITIMACIÓN EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL. 5. EL DESARROLLO DEL PROCESO, ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES.

## I PRESENTACIÓN

La razón de ser del presente trabajo está tanto en la oportunidad que brinda de aproximarse a una materia - la electoral - tan próxima en la práctica, como lejano en la teoría a lo administrativo y contencioso-administrativo<sup>1</sup>, como la más evidente y teórica de contrastar la influencia ac-

<sup>1</sup> Probablemente sea más interesante reflejar que esta proximidad práctica a la que alude, se ha hecho real, pudiéndose ejemplificar, siquiera sea a través de referencias periodísticas extraídas de la reciente campaña electoral previa a las elecciones locales y autonómicas de 1999 en la Comunidad Valenciana.

En ese contexto se planteó un conflicto ante la Junta Electoral autonómica, concretamente, acerca de la afinidad o similitud entre la campaña electoral del partido del Gobierno y la campaña institucional, incentivadora del voto, llevada a cabo por el Gobierno autonómico.

La cuestión no está tanto en el fondo del asunto, como en el procedimiento desarrollado, cuya duración ha de considerarse modélica, puesto que se presenta la reclamación el 7 de junio y concluye el procedimiento el 13 de junio de 1999, aunque la notificación a la Junta electoral de la Comunidad Valenciana se produzca el día 16 siguiente.

Duración modélica, pero, sin embargo, excesiva para el fin pretendido, puesto que cuando la Junta Electoral Central resuelve definitivamente (en vía administrativa) la contienda, ya ha concluido el proceso electoral, se han celebrado las votaciones y, como reconoce la propia Junta Electoral Central la resolución que se dicta carece de objeto, en el momento en que se produce, su única importancia se reduce al ámbito de lo prospectivo y, si acaso, nomofiláctico.

Lo anterior lleva a considerar que alguna de las cuestiones que se plantean en este trabajo y muy concretamente la suspensión de los efectos de un acto administrativo o la adopción de medidas cautelares, o de medidas provisionales, no es tan inútil como la consideración, ajena al caso concreto, de los plazos establecidos por la legislación electoral, pudiera hacer pensar. En el caso planteado - del que, insisto, carezco de más datos, que los recogidos en prensa y en algunas conversaciones particulares - de acuerdo con la normativa procedimental general, hubiese sido perfectamente posible solicitar y obtener la adopción de medidas cautelares o provisionales por parte de la Junta Electoral autonómica, al menos, hasta que ésta hubiese resuelto la reclamación (que desestima) y, por supuesto, referida exclusivamente a los aspectos concretos en que ambas campañas presentan las concomitancias motivadoras de la queja.

En otro caso, se insiste, por modélica que sea la actuación temporal de la administración electoral, siempre se correrá el riesgo de llegar tarde, de que las resoluciones de las juntas electorales, como el caso de la Junta Electoral Central, en este caso, que entendió, en contra de la Junta electoral

tual de las modificaciones introducidas en las normas administrativas a que se remite la Ley electoral. De hecho, buena parte de las cuestiones que serán objeto de análisis tienen su origen en instrumentos previstos para la defensa de los ciudadanos ante la Administración ordinaria, en considerar su utilidad ante la Administración electoral.

Se trata, pues, de confrontar dos grupos normativos, el electoral y el administrativo, configurados como paralelos, pero con muchas concomitancias y diferencias.

Naturalmente, dicha confrontación se realizará eligiendo algunas instituciones o medios de uso frecuente en el procedimiento administrativo y en la vía contencioso-administrativa, pues cualquier otra posibilidad excede con mucho el propósito del trabajo.

Hoy está fuera de discusión el encaje del procedimiento electoral en el administrativo y la atribución de la resolución de los conflictos que ello ocasione al Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo.

Hasta qué punto para llegar ahí ha sido necesario crear una Administración electoral o la ficción de que la organización electoral es una organización administrativa, que ha sido ideada para poder justificar que los conflictos se resuelven ante la jurisdicción contencioso administrativa, es problema del que se ocupa en esta misma revista el profesor Juan Climent Barberá, lo que justifica que las referencias a esta cuestión sean las imprescindibles.

En todo caso, quede constancia de que la línea seguida, la judicialización de lo electoral, constituye una muestra más de un fenómeno generalizado en la transición política española, que no es sino una de las posibilidades <sup>2</sup>, generalmente no muy bien recibidas en su momento <sup>3</sup>, incluso con cierta sorpresa <sup>4</sup>.

autonómica, que si que existían ciertas conexiones entre la campaña institucional y la campaña del partido hubieran justificado, si temporalmente hubiese sido posible, la paralización o suspensión de la campaña institucional.

<sup>2</sup> El legislador podía haber optado, como resulta del derecho comparado y de la propia historia electoral española, por fórmulas distintas, como la atribución a los Tribunales civiles o el sistema de autodikia o autojurisdicción, seguido en distintos países, incluso en España, hasta la Constitución de 1978. También se podría haber optado por la creación de órganos cuasi jurisdiccionales especiales. Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. «Curso de derecho administrativo II» Quinta edición Madrid 1999, págs. 579-581.

<sup>3</sup> Vid. «El recurso contencioso-electoral: naturaleza y objetivo», de ENTRENA CUESTA, RAMÓ N., en «IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral». Enero 1993.

<sup>4</sup> LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «Evolución reciente del contencioso-administrativo» RAP n° 95, 1991, p. 7, afirma, analizando las «incorporaciones» materiales al enjuiciamiento por parte de la Jurisdicción contencioso administrativa, que la incorporación a su ámbito jurisdiccional de la materia electoral, constituye una «ampliación destacadísima» así como una situación «difícilmente imaginable cuando en 1956 se promulgó la Ley» (p. 22).

Pero lo cierto es que actualmente el enfoque debe ser en qué medida son aplicables a, o deben influir la Ley de Procedimiento Común y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el procedimiento electoral.

Estas reflexiones que, en general, sirven para asentar una primera toma de postura, el relativo acierto de la remisión, puesto que hay que ver el Estado actual de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto al despacho de asuntos ordinarios, de la resolución de los conflictos por la vía administrativa al órgano jurisdiccional contencioso administrativo, deja, sin embargo, algunos problemas que podrían haber sido fácilmente resueltos con ocasión de la modificación de las normas administrativas y contencioso administrativa; es decir y en síntesis ¿ Porqué el recurso contencioso electoral no está en la Ley 29/98?

Tal vez pueda parecer una cuestión baladí, pero la inclusión probablemente, habría despejado alguna cuestión como, por ejemplo, la aplicabilidad de las medidas cautelares a estos procesos, los plazos, el propio concepto de recurso contencioso electoral, su especialidad, la subsistencia del proceso civil de protección de derechos fundamentales, etc.

Lo propio cabe decir (con una técnica completamente distinta) de las Leyes procedimentales de 1992 y 1999, en las que temas como la actuación de oficio, el silencio administrativo, el cómputo de los plazos o la suspensión de los efectos del acto administrativo, parece que quedaron en el tintero de legislador electoral, sin que ello deba implicar su olvido definitivo o, a lo mejor sí, pero justificadamente. Este es también el objeto del trabajo.

## II EL PROCEDIMIENTO Y LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Se parte del régimen contenido en la Sección 17ª del Capítulo VI de la Ley de la Ley electoral, que comprende los arts. 118 a 120.

De ellos nos interesa especialmente el último, en la medida que dispone que «En todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo».

Naturalmente, adonde primero nos conduce este precepto es a la supletoriedad.

#### 1. LA SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIONAL, RESPECTO DE LA ELECTORAL

En los manuales de derecho administrativo no se da excesiva importancia a la supletoriedad y, especialmente, no se le da prácticamente ninguna cuando se trata de establecer el orden de prelación de fuentes provenientes de un mismo origen, en este caso, el Estado; así se dice que «principio de supletoriedad, que determina que en caso de que un ordenamiento no tenga norma aplicable a un determinado supuesto se aplicará otro ordenamiento..., dejando así a salvo la finalidad de plenitud reguladora que tiene el derecho»<sup>5</sup> naturalmente hay quien se detiene algo más en las relaciones de supletoriedad entre normas, pero siempre considerando la problemática que suscita la aplicación ora del derecho autonómico, ora del derecho estatal.

De este modo, cabe deducir que la supletoriedad tiene por finalidad asegurar el funcionamiento del ordenamiento como una totalidad, ya que, como indican García Enterría y Fernández Rodríguez, los ordenamientos son necesariamente fragmentarios o incompletos, necesitando del fondo común que les proporciona el derecho general. La supletoriedad implica la entrada en juego del ordenamiento general, siempre y cuando se den una serie de requisitos, como es, fundamentalmente, para el caso que nos ocupa, que quien tiene competencia legislativa sobre la materia principal, en este caso, la electoral, haya regulado acabadamente esa materia y posteriormente se planteen dificultades interpretativas o aparezcan contradicciones o lagunas necesitadas de colmar.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad, está, naturalmente, orientada por el tipo de conflictos que resuelve, naturalmente entre Estado y las Comunidades Autóno-

5 COSCULLUELA MUNTANER, L.: «Manual de Derecho Administrativo», Civitas Madrid 1998, p.55.

mas, por ello la línea interpretativa del alto Tribunal tiene cierto carácter cautelar, preventivo. De acuerdo con ella, no es legítimamente deducible apreciar una laguna, mientras sea plausible que el ordenamiento competente haya querido «excluir» una determinada hipótesis. De este modo una laguna sólo existe cuando una vez interpretada sistemáticamente la ordenación aplicable, su aplicación provocase un vuelco normativo contrario o disconforme con el contexto del sistema en el que se inserta.

También forma parte de esta doctrina impedir que a cuenta de la supletoriedad se puedan dictar normas generales; esta ha sido la línea plasmada en las Sentencias 118/96 y 61/97; la supletoriedad es del ordenamiento general, que da cobertura al especial <sup>6</sup>. Desde estas perspectivas se ha de tomar en consideración la interpretación del art. 120 de la Ley electoral que predica la supletoriedad de la norma general procedimental, respecto de la especial electoral.

Por otro lado, aunque la supletoriedad conflictiva surge en las relaciones de cooperación entre los ordenamientos jurídicos estatal y autonómico, también cuando interrelacionamos normas de un mismo origen, estatal en este caso, en que la Ley especial se remite expresamente a la general, hay notas que deben subrayarse para precisar el momento en que se activa la supletoriedad.

De acuerdo con esto, parece que lo más oportuno sería seguir un criterio «constitucional» y ya que estamos en el ámbito de lo procedimental, habrá que seguir como criterio determinante el que se deriva del art. 149,1.18ª de la Constitución, cuando establece la necesidad de que existan unas «...bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas... que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común...».

Si las Juntas electorales son administraciones, o actúan como tales, aquellos aspectos esenciales para su relación con los particulares, no contenidos en la Ley electoral, deberán regirse por la Ley de procedimiento <sup>7</sup> o por la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

6 PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «Manual de Derecho Administrativo» I, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 216

7 Debe entenderse, que se habla de la vigente en cada momento, pese a que la alteración de la denominación pudiese dar lugar a otras conclusiones.

Aplicando esto a la Ley electoral, encontramos una serie de cuestiones en las que pensar.

Se trata de situaciones sencillas, de razonar respecto a una Administración convencional, que siga las normas generales de procedimiento, pero, referidas a la Administración y procedimiento electoral, pueden resultar, incluso, exóticas.

## 2. LA ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Se incluye esta cuestión por haberse dado en la realidad más reciente <sup>8</sup>, no es pura teoría, pero tal vez podría haber dado lugar a resoluciones diferentes, igual no en cuanto al fondo, pero sí en lo que se refiere al fundamento de la resolución.

Son escasas, casi inexistentes, las referencias a la actividad «ordinaria» de las Juntas electorales.

En general, la Ley electoral se refiere a ellas rigiendo actuaciones específicas, concretas, lo que implica una actuación casi exhaustivamente reglada.

Pero constituye un lugar común en Derecho Administrativo la imposibilidad de sujetar absolutamente, de prever y regular sin dejar resquicio a la propia iniciativa, la actividad de una Administración, hasta cierto punto, la carencia de iniciativa las inutilizaría.

Cuando esta situación se lleva al régimen procedimental, la Ley de Procedimiento Común contiene una previsión general y otras más específicas, pues, dice el art. 68, los procedimientos se inician de oficio o instancia de persona interesada.

8 Efectivamente, por lo que se refieren a la posible actuación de oficio de la administración electoral, también se ha dado el supuesto en las recientes elecciones locales y autonómicas en la Comunidad Valenciana, dado que la Junta electoral provincial de Castellón, acordó, de oficio, requerir al Consell, para que, contra lo que estaba previsto, no inaugurarse unos locales, en los que iba a tener su sede ciertos Juzgados, por entender que podrían constituir un acto propagandístico, decisión que, posteriormente, ratificó, entendiendo que dicha inauguración no era imprescindible para que pudieran comenzar a funcionar los Juzgados. La Junta electoral autonómica acordó anular dicho acuerdo, por entender que la administración electoral no puede actuar más que a instancia de los legitimados en el procedimiento electoral, decisión ésta que luego dio lugar a una consulta a la Junta electoral Central, que, fundándose en el artículo 8 de la LOREG, considero, al igual que había hecho la Junta autonómica, que la administración electoral no puede llevar a cabo una actuación de oficio, criterio con el que, como se verá continuación, no se está de acuerdo.

Este precepto tiene correlatos en las referencias normativas a la actividad administrativa <sup>9</sup>.

La Ley electoral, art. 8,1, no establece ninguna limitación conceptual (sino todo lo contrario) en la configuración de la actividad de la Administración electoral.

Previendo las particulares limitaciones de medios de las Juntas electorales, el art. 13 determina que ese posible déficit sea suplido por otras entidades o instituciones <sup>10</sup>.

Ciertamente, la caracterización como Administración de las Juntas electorales padece por la continuidad y permanencia que como notas implícitas acompañan a la noción, incluso vulgar, de Administración Pública, salvo cuando se habla de la Central, que es la única permanente, pero esta particularidad nunca alcanza en la LOREG carácter conceptual, nada distingue en ese plano a la Junta Central de las restantes, nada impide considerar que todas las Juntas electorales, son órganos de la Administración electoral y, en cuanto tales, deben tener semejantes poderes de oficio que las restantes administraciones públicas, posibilidades de actuar que habrá que adecuar a sus medios, características, etc. Pero eso ya son simples modulaciones del principio.

Se deja claro, por ende, que el art. 68 de la Ley de procedimiento, sirve de fundamento jurídico suficiente para que una Junta pueda iniciar un procedimiento de oficio.

Naturalmente, este razonamiento hay que confrontarlo, las referencias que pudiesen hallarse en la Ley electoral, que no son generales, que no figuran en los arts. 118 a 120, que en este aspecto, son preceptos neutros o planos, inútiles para sustentar cualquier opción interpretativa.

El único vestigio que en sede de la norma electoral <sup>11</sup> se ha encontrado, es el examen «de oficio» que las Juntas competentes han de llevar a cabo de las posibles irregularidades que presenten las candidaturas <sup>12</sup>. Determinar si esta referencia normativa puede ser empleada para justificar que sólo en ese caso las Juntas pueden actuar de oficio, o si se trata de una mención indicativa de que las Juntas deben, en este específico caso, poner especial atención en ejercer sus iniciati-

<sup>9</sup> Arts. 8,1; 9,1; 23,1, de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, Ley 6/97; art. 2 de la Ley de Régimen Local, Ley 7/85 y, con una terminología no tan expresiva, el art. 65 de la Ley del Gobierno Valenciano, Ley 5/83.

<sup>10</sup> Ello puede ser considerado como un acierto, caso del art. 13,18 y no de esa forma, en el caso del apartado 2 de dicho precepto.

<sup>11</sup> Cuestión distinta es la revisión de oficio del art. 19.

<sup>12</sup> Arts. 30,d); 38,apdos. 1 y 4; 39, apdos. 1 y 5 y 47,2 de la Ley electoral.

vas en unas circunstancias que también podrían llevar a pensar que las irregularidades son susceptibles de denuncia<sup>13</sup> pero no apreciación de oficio, lo que cabría en una dinámica competitiva, como por naturaleza son las elecciones, en las que la apreciación de irregularidades — vicios menores subsanables— es un cometido a llevar a cabo únicamente si fuese denunciado.

Pero esto no es así; con el tiempo se ha ido poniendo de relieve que esa actuación oficiosa es una obligación que podemos relacionar fácilmente con el cometido general de la Administración electoral en su conjunto, tal y como se configura en el art. 8,1 y que, tanto se considera la actuación de oficio como elemento indispensable para la subsanación de irregularidades, como si se quiere considerar a la revelación de estas irregularidades como objetivo mismo de la actuación administrativa, su ejercicio, lo cierto es que tras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo ha considerado alternativamente como una garantía del ejercicio del derecho fundamental electoral y una obligación de las Juntas electorales<sup>14</sup>.

En conclusión, no se ve inconveniente, más bien lo contrario, a que la supletoriedad de la Ley de procedimiento alcance a considerar que la Administración electoral disfruta del derecho-deber de iniciar procedimientos de oficio, en aquellos supuestos que lo requieran, pero la responsabilidad que comporta este reconocimiento, ha de ser matizada casuísticamente, tanto en función de las circunstancias, como, sobre todo, teniendo en cuenta los medios y la temporalidad de la existencia de las Juntas, excepción hecha de la Central.

### 3 EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Esta cuestión presenta, al menos, dos rasgos distintivos respecto de la examinada anteriormente.

El silencio administrativo es una de las figuras más alteradas en los últimos tiempos, tanto en su configuración legal, como en la apreciación doctrinal y jurisprudencial de esta figura. Por tanto, si tomamos como referencia el art. 120 de la Ley electoral, debe destacarse que el régi-

<sup>13</sup> Término, por cierto, que el art. 69,1 de la Ley procedimental incluye entre las modalidades de iniciación de oficio.

<sup>14</sup> Sentencia 175/92

men del silencio administrativo ha experimentado mutaciones normativas de importancia con la Ley de Procedimiento Común de 1992, así como con su reforma de 1999.

Por otra parte, a diferencia de lo que se ha visto o ocurre, con los poderes de oficio de la Administración electoral, en el caso del silencio administrativo aparece haber un «asidero normativo» en la Ley electoral, que admitía que las decisiones administrativas-electorales, puedan producirse sin que medie una declaración de voluntad expresa y formalizada.

Quizá el mayor inconveniente para «pensar» en el silencio administrativo en el seno de la actividad jurídica de las Juntas electorales, sea la fugacidad o rapidez con que han de adoptarse las decisiones <sup>15</sup>.

En fin, el papel que juega el silencio administrativo en el ejercicio de los derechos ciudadanos, impide descartar su interés en el procedimiento electoral. Por ello, aunque sobre todo con la finalidad de recoger los perfiles actuales de la figura, alterados, como se ha indicado, desde que el art. 120 de la Ley electoral hizo esa remisión genérica, que ya se ha examinado a la Ley de procedimiento administrativo.

Sintetizando la evolución legal desde 1985, momento en que estaba vigente la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 <sup>16</sup>, en aquél momento, cuando la Administración no contestase a la petición de un particular, había que entender que desestimaba esa petición o la resolvía de negativamente.

Esa situación varió con la muy ambiciosa Ley de Procedimiento Común, que en sus arts. 42 a 44 alteró drásticamente el régimen anterior, hasta el punto de hacer incluso desaparecer esa denominación tradicional, sustituyéndola por la más técnica, pero menos expresiva de «acto presunto». Sucede sin embargo que se ha constatado una abierta discrepancia entre las pretensiones del legislador de 1992, que prácticamente pretendía dar rienda suelta a un acto presunto estimatorio, en la exposición de motivos, pero no en el texto articulado, donde los apartados 3

<sup>15</sup> Esta no es una objeción formal, pues también sucede que el recurso contencioso electoral, que no es calificado como sumario ó abreviado, y sin embargo tales notas se deducen de la brevedad de los plazos.

<sup>16</sup> Que complementaba el art. 38 de la LJCA de 1956.

y 5 del art. 43, así como la confusa mecánica del art. 44, hacían desvanecerse la impresión de que cualquier resolución administrativa, mejor dicho, cualquier omisión o falta de decisión de la Administración pública ante una solicitud o recurso, iba a dar lugar a la estimación de lo pretendido, aunque hubiera supuestos un tanto chocantes <sup>17</sup>.

La Ley 30/92, ha sido profundamente reformada por la Ley 4/1999, en el aspecto que nos ocupa.

Aunque no es momento, ni lugar, para formular una crítica al nuevo régimen legal, puede decirse, no obstante, que las modificaciones experimentadas introducidas por la Ley de 1999 pueden ser consideradas, en general, positivas, desde el punto de vista del amparo a las posibilidades del ciudadano de reaccionar frente a la Administración <sup>18</sup> lo que sin embargo choca con la consideración que esas mismas modificaciones pueden merecer desde el punto de vista conceptual jurídico-administrativo, dado que el significado genuino del silencio administrativo es no sólo permitir que el ciudadano pueda reaccionar a frente a la falta de respuesta administrativa a una petición, sino también, «producir» actos administrativos y, desde este punto de vista, habrá que convenir que ninguna diferencia puede haber entre el silencio administrativo positivo y negativo, a lo que da lugar una y otra previsión legal es a la producción de actos administrativos, cuyo contenido es diferente, pero no es menos cierto que este elemento del acto es justamente el más variable y contingente.

La reforma de 1999 ha generalizado el silencio positivo <sup>19</sup>, regla naturalmente compatible con las excepciones de rigor <sup>20</sup>; la más interesante sin embargo es la reforma introducida en el cómputo de plazos, aspecto éste que se tratará más tarde.

En todo caso, la alteración más sensible y llevada a cabo por el legislador de 1999 ha sido, precisamente, lo más emblemático de la reformada, la supresión de la certificación de la producción del acto presunto, certificado que debía extender la Administración para acreditar, la au-

<sup>17</sup> Como la estimación presunta de un recurso frente a un acto también presunto, art. 43,3 de la Ley de Procedimiento Común.

<sup>18</sup> En lo que juega un destacado papel la distinción conceptual introducida en la Ley entre silencio administrativo positivo y negativo.

<sup>19</sup> Es la propia exposición de motivos, apartado II, la que habla de generalización.

<sup>20</sup> Derecho de petición, revisión de actos y disposiciones generales, iniciación de oficio y supuestos de adquisición de facultades sobre dominio y servicios públicos.

tenticidad de la inactividad de la Administración y de las consecuencias que tal inactividad provocaba<sup>21</sup>. Sólo por esto puede considerarse acertada la reforma de la Ley.

Dejando esto al margen, hemos de considerar como elementos esenciales del silencio administrativo, auténticos pilares sin los cuales no podría concebirse esta institución, la obligación de resolver, la determinación de un plazo concreto para hacerlo y la atribución de un determinado significado «legal» a la falta de expresión formal de la resolución.

La Ley electoral carece de un mandato expreso resolver, abunda en la determinación de plazos para hacerlo y, desde luego, no fija un significado concreto a la falta de resolución, a la ausencia de comunicación de la resolución, como exige la Ley 4/99.

Hasta qué punto estas carencias inviabilizan la aplicación del silencio administrativo a la producción de actos electorales, es cuestión que cabe entender considerablemente alterada con la modificación de la normativa general procedimental.

El art. 42 de la LPC, en su apartado primero, determina que «La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación» este precepto, prácticamente inadmite excepciones a la obligación de resolver, puesto que en aquellos supuestos en los que cabría considerar natural que la Administración se viese en relevada de la obligación de resolver (prescripción, renuncia, caducidad, etcétera), también hay que hacerlo, aunque sea constatando la producción de esa anomalía, en tanto que las auténticas excepciones resultan insignificantes<sup>22</sup>.

A la luz de lo anterior, no cabe considerar como determinante en esta interpretación que la Ley electoral carezca de mandato expreso o de imposición concreta a la Administración electoral, de la obligación de resolver<sup>23</sup>, máxime considerando que es difícil pensar que la Administración carezca de esa obligación; desde el art. 103 de la Constitución, hay que entender abiertamente inconciliable con el servicio a los intereses generales y con la actuación conforme al principio

21 Entre ellas, la responsabilidad del encargado del procedimiento.

22 Véase el párrafo tercero del art. 42.1 de la LPC.

23 Con carácter general, por supuesto, ya que alguna referencia aislada hay, por ejemplo art. 20, 4º párf. LOREG.

de eficacia y, la configuración normativa de una Administración que careciese de la obligación expresa de resolver las peticiones de los interesados, ya que en ese caso, habría que pensar en la inutilidad constitucional de la Administración así configurada. En consecuencia, aunque la Ley electoral no proclame expresamente la obligación de resolver, no es menos cierto que cuando se refiere a estas cuestiones, resulta innegable la simplicidad de su enlace con la Ley procedimental, desde un punto de vista jurídico; en otras palabras, no resulta forzada la supletoriedad de la Ley procedimental.

Enfoque completamente diferente merece, la ausencia del plazo para la producción del silencio administrativo. Si bien no hay problema la fijación de plazos por parte de la Ley electoral, plazos que pueden servir perfectamente para entender producido el silencio administrativo, no es menos cierto que la configuración de los plazos también ha sido alterado por la Ley de 1999.

La nueva Ley no exige a la Administración en ese periodo únicamente que resuelva, como la Ley de 1992<sup>24</sup>. Por consiguiente, en el plazo que la Ley fija, la Administración no sólo ha de resolver sino también notificar, comunicar su decisión al interesado.

Hay preceptos en la normativa electoral que imponen la obligación de resolver y notificar en un plazo concreto<sup>25</sup>, pero son realmente escasos, además, estos plazos son muy breves, muy cortos, lo que hace especialmente difícil que se dicte la resolución y que se haga llegar al interesado. Esta circunstancia no tenía influencia hasta que la Ley de 1999 añade a la obligación de resolver, la de notificar, solución muy acertada, pero difícil de llevar a la práctica en plazos como los de la Ley electoral.

Por tanto, para aplicar el régimen general del silencio administrativo al procedimiento electoral, es preciso tener en consideración que el plazo para entender producida la decisión presunta, será el establecido en cada caso por la Ley (Art. 42,3 Ley 4/99), teniendo en cuenta que en ese plazo la Administración no sólo tendrá que adoptar su decisión y, además, notificársela al interesado, de otro modo, este podrá entender producida la resolución de mareas.

24 Para que pueda apreciarse correctamente la diferencia, el art. 42.1 de la Ley 30/92 decía «La Administración está obligada a dictar resolución expresa...» La reforma de 1999, hace que la redacción vigente sea: «La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarlo cualquiera que sea su forma de iniciación.»

25 Como el art. 39.4: «La delegación provincial de la Oficina del Censo Electoral, en un plazo de tres días, resolverá las reclamaciones presentadas... asimismo notificará la resolución adoptada a cada uno de los reclamantes, Ayuntamientos y Consulados correspondientes».

El tercer elemento de producción del silencio administrativo, la atribución por Ley de un contenido concreto a la decisión no comunicada por la Administración, plantea menos problemas, puesto que la naturaleza de las intervenciones de la Administración electoral, fundamentalmente se producen ante peticiones o reclamaciones.

A las reclamaciones habría que aplicarles el art. 43.2, LPC, inciso final, que se exceptúa del silencio positivo «los procedimientos de impugnación de actos».

En los restantes casos, el silencio, la falta de notificación, equivale a la estimación de lo solicitado por el interesado.

En todo caso para que realmente pudiera jugar el silencio administrativo en el procedimiento electoral, resultaría importante que se ejercitase por parte de la Administración electoral, la Junta Electoral Central, en este caso, la previsión legal contenida en el art. 42,4 de la LPC, conforme al cual las Administraciones Públicas han de publicar y mantener actualizadas las relaciones de procedimientos que de ellas dependan, con indicación de los plazos máximos duración y de los efectos que habrán de atribuirse al silencio administrativo.

En ausencia de tales previsiones, hay que concluir que teóricamente, el silencio administrativo cabe perfectamente en el procedimiento electoral, pero las dificultades prácticas de su aplicación lo convierten en un instrumento casi inútil, a pesar de lo cual, parece imprescindible que los ciudadanos involucrados en el procedimiento electoral, dispongan de un mecanismo como el silencio administrativo, entendido de una forma algo más amplia que la estrictamente negativa, que les habilite para reaccionar, pero para ello y por seguridad jurídica, resulta imprescindible que se concreten no tanto los plazos, que figuran en la Ley electoral, como los efectos y contenido que hay que dar cuando la Administración no notifique su resolución al interesado dentro del plazo previsto en la Ley.

#### 4 LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL

Se ha insistido en las líneas precedentes en las abundantes referencias que la normativa electoral contiene a los plazos para actuar, sea la Administración, sea los interesados.

En razón de ello la intensidad con la que ha de hacerse referencia a este tema es mucho menor, aunque muy concreta.

El art. 119 de la Ley electoral, determina, con carácter general, que los plazos que contiene esa Ley se entienden referidos siempre «en días naturales».

Con ello se establece en una primera excepción al régimen general de la LPC, cuyos arts. 47 y 48, que regulan con carácter general las cuestiones referidas a los plazos, comienza expresando tajantemente que los plazos serán, cuando se señale en por días, entendidos como hábiles «siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa...».

La anterior implica que en esta ocasión no haya que volver al origen de siempre, el art. 120 de la Ley electoral, la remisión que éste hace, requiere ser precisada en términos simples y claros, tal y como exige un tema como éste, que puede parecer menor, pero resulta determinante el ejercicio de cualquier tipo de acción.

Lo que deja por resolver el régimen electoral en punto a los plazos, se refiere de un lado, a la regla general del art. 119, cuestión que hay que resolver exclusivamente con la Ley electoral en la mano y, por otro lado, a la forma de computar los plazos, es decir cuando se inicia y cuando concluye cualquiera de los plazos fijados en la Ley electoral, una vez sabido que los plazos que se fijan en días abarcan exclusivamente los días naturales, es decir, siguiendo la terminología que hoy recoge el art. 481 de la Ley de procedimiento, incluyendo en el cómputo «Los domingos y los declarados festivos».

Por lo que se refiere al alcance del art. 119 de la LOREG, existe alguna excepción a la remisión que desde el mismo habría que hacer a la Ley de procedimiento. Mientras que no hemos visto que los preceptos contienen plazos determinen el momento en que ha de iniciarse el cómputo de ellos, el art. 49,2 de la Ley electoral, al referirse a la interposición del recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos determina que «El plazo para interponer el recurso previsto en el párrafo anterior discurre a partir de la publicación de los candidatos proclamados, sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante...».

Así pues, Ley electoral en mano podría deducir dos interpretaciones diferentes; la primera que todos los recursos o actuaciones a efectuar en el procedimiento electoral, si tienen un plazo establecido y viene fijado en días, se entenderán días naturales y, sea cual sea la medida de tiempo que se emplee, su cómputo se iniciará en momento en que interesado tenga conocimiento de la decisión, por el medio que en cada caso se establezca <sup>26</sup>. La otra posibilidad consiste en entender que únicamente en el caso del art. 49 se fija una regla de cómputo del plazo y que en los restantes habrá que estar a lo dispuesto en el art. 120 de la LOREG, es decir al criterio de cómputo que se fije en la legislación procedimental.

El régimen actualmente establecido en esta Ley, también ha sido reformado desde la Ley 30/1992.

Por lo que se refiere a los plazos fijados en días, dado que no tenemos el problema de concretar en qué términos define la Ley los días hábiles e inhábiles, debemos limitarnos a indicar dos reglas legales: el art. 48.4 determina que el cómputo se iniciará a partir del día siguiente al que tenga lugar la notificación o publicación, o bien al que se haya producido el silencio administrativo. La conclusión del plazo se tendrá que calcular teniendo en cuenta (art. 48,3 LPC), que si el último día del plazo es inhábil se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente, lo que únicamente tiene interés, claro es, cuando los plazos no estén fijados en días.

La única cuestión que podría suscitarse es si la Ley electoral, su art. 49 ha de interpretarse extensivamente o, por el contrario, que únicamente rige para ese supuesto.

En mi opinión, debe seguirse esta segunda posibilidad, puesto que resulta la más favorable para ejercicio de los derechos de defensa, incluso también para el fomento de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, criterio que por otra parte expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/91 <sup>27</sup>.

Tema diferente es el de los plazos que se fijan en horas, supuesto el que el enlace entre las dos

<sup>26</sup> Que en el caso del art. 49 y que es, como se ha visto, la publicación de los candidatos proclamados.

<sup>27</sup> Que interpretando el art. 49 razona: «...por lo que entendemos que resulta congruente con el principio pro actione inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y con el ejercicio de los derechos fundamentales, en general, el declarar la viabilidad procesal de la pretensión impugnatoria de recursos», criterio que se aplica a un supuesto en el que se utilizó el cauce del art. 49 para impugnar una actuación no directamente derivada del mismo, debiendo entenderse que si esa es la hermenéutica, la misma puede ser extendida al cómputo de los plazos.

Leyes parece más complejo, la Ley procedimental no contiene criterios para computar plazos fijados en horas, pero no parece haber razón alguna para no distinguir entre fijación de plazo y criterios de cómputo del mismo.

## 5 LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ELECTORALES

Hablar de revisión de oficio en procedimientos como el electoral, caracterizado por la rapidez y agilidad consustancial a su propia naturaleza y a la seguridad que debe desprender la actuación administrativa, parece un tanto contradictorio, al estar prevista aquella, en principio, para situaciones subsidiarias del procedimiento impugnatorio ordinario <sup>28</sup>. De hecho el art. 102 de la Ley procedimental, permite ejercitar la revisión, si se trata de actos nulos, «en cualquier momento», todavía más, con anterioridad a la reforma legal llevada a cabo en 1999, a pesar de que se ha eliminado la potestad revisora de la Administración, para actos anulables, lo puede suponer una generalización del recurso de lesividad, si bien ésta es otra cuestión, lo cierto es que se ha confirmado esta naturaleza impugnatoria.

A pesar de estos inconvenientes, ha habido algún autor tan respetable como Meilán Gil <sup>29</sup>, que ha analizado la aplicabilidad de la revisión de oficio a las actuaciones electorales, lo que hace interesante una breve referencia a esta cuestión, particularmente por que algunas de las objeciones que se podían oponer al criterio seguido por el citado profesor, en virtud de que su análisis lo efectuó con la Ley de procedimiento administrativo de 1958, hoy día deberían ser examinadas de manera diferente a, dado que la legislación se ha modificado sustancialmente, tanto en 1992 como en 1999.

Desde luego, el punto de partida de Meilán, resulta incontestable; la Ley electoral juridificó los actos electorales y puso de relieve la posibilidad de que fuesen controlados, lo que comporta

28 MEILÁN GIL, J. L.: «Revisión de oficio en materia electoral», Revista Española de Derecho Constitucional, nº 21, 1987, p. 32. El Dictamen del Consejo de Estado de 6 de mayo de 1999, cita una Sentencia de 4 de marzo de 1997, de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJC de Madrid, interpretativa del art. 102 de la Ley 30/1992, como una norma que «...establece una auténtica acción de nulidad, ejercitada y sin limitación de plazo por interesado y cuyo ejercicio impone Administración la obligación de dictar un pronunciamiento expreso sobre la misma...». En la tesitura de discernir si la revisión de oficio da paso a la impugnación de la actuación administrativa o solamente aquí el juez pueda comprobar ejercicio que la Administración ha llevado a cabo de la potestad revisora, el Consejo de Estado, está vez, citando varias Sentencias del Tribunal Supremo que reiteran la definida como clásica de 14 de mayo de 1965, rechaza la segunda posibilidad de modo tajante.

29 Ob. Cit. Nota anterior.

que alguno o de esos actos, como la inelegibilidad, sea particularmente susceptible de un análisis no limitado por el tiempo, como el que posibilita la revisión de oficio.

Naturalmente, este autor, analiza los inconvenientes u objeciones que comporta la inserción de la revisión de oficio entre los medios de corrección de las posibles ilegalidades de los actos electorales<sup>30</sup>, citando incluso la sentencia del Tribunal constitucional 21/84, que sin embargo, no resulta tan significativa como a primera vista pudiera parecer en el art. de Meilán y a la que el propio autor no da la importancia suficiente como para considerarla un inconveniente absoluto, afirmando «...no parece que exista obstáculo insalvable para admitir la revisión de oficio directamente iniciada por la Administración electoral o a petición del particular».

Aunque no ofrezca una explicación nítida que fundamente su opinión, debe considerarse que la cita concreta que hace<sup>31</sup>, no lo es directamente del razonamiento del Tribunal constitucional, sino de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1983, que dio paso al recurso de amparo; en definitiva, la valoración que hace el Tribunal constitucional de la utilización de los procedimientos revisorios, no parece tan determinante de la exclusión de los mismos en el proceso electoral: «La denuncia se articula — ya lo hemos dicho— por vías procesales atípicas, pero es que, además, ni tiene el antecedente de la reclamación o protesta en el escrutinio de las secciones o en el general ni los intervinientes en el proceso electoral con las tareas en orden a velar por la pureza de la elección que la Ley establece han detectado en los momentos del proceso electoral irregularidades que revistan de alguna consistencia a la acusación que el ahora demandante injertó en el proceso contencioso-electoral con propósitos neutralizadores de los efectos de la demanda ejercitada<sup>32</sup>».

Algunos los argumentos en pro de la utilización de la revisión de oficio de los actos electorales, como la insubsanabilidad, también se han alterado con las reformas legales de carácter procedimental, los actos nulos no se podrían subsanar con la Ley de 1958, pero si posteriormente. Esto no obstante, también es verdad a que la insubsanabilidad de los actos electorales habría

30 MEILÁN GIL, Ob. Cit. p. 34

31 «Que el esquema de la revisión de oficio de los actos administrativos de los arts. 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo no es, en principio, trasladable a la actuación concreta de la Junta Electoral Provincial en su función de proclamación de candidatos electos, por la alteración de resultados electorales y la grave repercusión que en la composición de los órganos legisladores podría entrañar dicha revisión de oficio, lo que en el propio seno de la institución viene impedido por el art. 112 de la misma Ley, que obstaculizaría dicha revisión...».

32 S.T.C. 21/84, F.J. 4.

que examinarla más bien en su dimensión material, es decir en las dificultades que ocasionarían la subsanación o modificación de aquellas decisiones que producen efectos inmediatos, de la magnitud de la proclamación como electos o de las candidaturas y candidatos, dado que la realización inmediata de las elecciones, difícilmente permitiría corregir, modificar las bases sobre las que se han producido o se ha pronunciado el cuerpo electoral. En todo caso, es relevante tener en consideración que un vicio detectado en un acto electoral, se transmitiría a los posteriores de segundo grado, como la elección de alcaldes, presidentes de diputaciones provinciales, incluso, podría dar lugar a consecuencias más trascendentales en el orden político, como la elección de presidentes del Gobierno o de la Comunidad Autónoma, cuando el voto del proclamado en un acto viciado, pudiera resultar determinante <sup>33</sup>.

En fin, la revisión de oficio de los actos electorales, encajaría con mayor sencillez tras la modificación de 1999, dado que actualmente no parece correrse el riesgo de que la utilización de este procedimiento de impugnación genere unas posibilidades extraordinarias de recurrir para los particulares <sup>34</sup>, ni tampoco una ampliación a cualquier ilegalidad que pudiera plantearse, que únicamente sería susceptible de la pertinente declaración de lesividad <sup>35</sup>, lo que comporta que si cuando Meilán se planteo la incorporación de la revisión de oficio al elenco de posibilidades impugnatorias contra los actos electorales, podía oponerse que comportaba «rescatar del olvido» posibles irregularidades cuya «resurrección» no tendría sentido por contraposición a los reducidos plazos de impugnación ordinaria, desaparecen los obstáculos que razonablemente impedirían incardinar la revisión de oficio entre los recursos electorales.

En conclusión, la admisión de la revisión de oficio el procedimiento electoral, debe estar en relación con la actuación de la Administración electoral y, concretamente, con las posibilidades de desarrollo de la misma en el seno de la Ley electoral, pudiendo incluirse dentro de estas el art. 47,2, ya antes citado y referido a la posibilidad de que las Juntas electorales aprecien de oficio las irregularidades que puedan presentar las candidaturas, teniendo en cuenta que si se rei-

33 A este respecto es muy interesante la opinión de MARTÍNEZ CORRAL, J. A.: «Consideraciones sobre la suspensión de la ejecutoriedad del acto impugnado los recursos contencioso-administrativos interpuestos en materia electoral», Anuario de Derecho Parlamentario, Cortes Valencianas, 1996.2, pág. 307, según el cual «la regulación de las sesiones constitutivas de las cámaras en el congreso, el senado y en los parlamentos de las comunidades Autónomas, parece obviar la posibilidad de que en algún caso puede existir una suspensión de la proclamación de candidatos electos, pues se establece que el Presidente de la Mesa de edad dará lectura «a la relación de diputados electos y los recursos contencioso-electorales interpuestos, con indicación de los diputados electos que pudieran quedar afectados por la resolución de los mismos».

34 Art. 102.3, L.P.C.

35 Art. 103, L.P.C.

tera su mención se debe, en parte, a que dicho precepto aparece involucrado también en la sentencia 21/84, importante en este análisis.

Junto a este precepto, el art. 19,3,c, de la Ley electoral, determina que las Juntas electorales provinciales podrán «Revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada, dentro de los plazos previstos en el art. 21 de esta Ley, las decisiones de las Juntas electorales de zona cuando se opongan a la interpretación realizada por la junta electoral provincial.»

Estas referencias normativas, cabe entender que soslayan las dificultades examinadas, de la aplicación supletoria de la legislación procedimental, que, de todos modos, también analiza Meilán

<sup>36</sup>.

Las condiciones del ejercicio de la potestad de revisión de oficio, cabe entender que están definidas en el art. 19,3, c; pero hay que precisar que la denegación presunta o silencio administrativo ante la solicitud de revisión, habrá de valorarse en los términos que actualmente lo hace el art. 102,3 de la Ley de procedimiento, en relación, además, con lo dispuesto en los arts. 42,3 y 43,2 de la misma, siendo los plazos, naturalmente, los del art. 21 de la Ley electoral.

Además de las anteriores condiciones, dadas las precauciones con que puede entenderse admisible esta posibilidad, debería quedar reducida a los supuestos de nulidad de pleno derecho y, más concretamente, a los enunciados en el art. 62,1, a, de la Ley de procedimiento, es decir, a «Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», lo que equivale a afirmar que cualquier irregularidad, incluso, ilegalidad, no debería dar lugar a la revisión de oficio, particularmente a la instada por un particular, a pesar de que, como señala Meilán <sup>37</sup> «ha de verse más que como la expresión de interés contrapuesto, como la colaboración a un interés común, aunque de su reconocimiento resulte beneficiado individualmente».

Estas son, por consiguiente, las particularidades que debería presentar ejercicio de la revisión de oficio de los actos electorales.

<sup>36</sup> Ob. Cit. P. 32.

<sup>37</sup> Ob. Cit. P. 34.

## 6 LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La referencia a los recursos administrativos tiene que ser necesariamente breve, incluso debe estar precedida de una mínima justificación; realmente, hablar de recursos administrativos contra decisiones electorales supone rememorar lo antes referido respecto de la revisión de oficio.

Un matiz diferenciador con esa reflexión, consiste en que el régimen de suspensión de efectos del acto sometido a revisión es distinto del establecido para los actos recurridos, régimen este que presenta muchas similitudes con la suspensión en vía judicial contencioso administrativa, al que luego se hará referencia.

Dicho lo anterior, traer a colación los recursos administrativos interesa en la medida que imponen las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999 en la Ley 30/1992, lo que es tanto como decir que el sistema recién instaurado supone un serio correctivo al anterior, caracteriza -do justamente por la eliminación de los recursos administrativos, que habían dejado reducidos a los supuestos de control jerárquico (recurso administrativo ordinario) o al extraordinario de revisión, para supuestos considerados como anómalos.

La nueva Ley, junto a aquellos, ha incorporado el recurso de reposición <sup>38</sup>, que ahora configura como potestativo, de modo que el interesado «puede» recurrir cualquier decisión que ponga fin a la vía administrativa, impugnándola ante el autor de la decisión.

Cuestión diferente es la consideración doctrinal sobre este recurso potestativo. Para García Enterría y Fernández Rodríguez <sup>39</sup> es una figura «sin ninguna justificación material» «..En realidad, no añade nada de sistema de garantías». Le atribuyen que contribuye a complicar el sistema y consideran, en definitiva, que su subsistencia, se insiste, en vía económico administrativa, tiene una utilidad discutible, que estos autores limitan a las cuestiones evidentes y materiales, como la corrección de errores.

No obstante en, debe tenerse en cuenta que esta opinión es, en cierto modo, consecuente con la posición mantenida por estos autores frente a los recursos administrativos en general, que en

<sup>38</sup> Arts. 116 y 117

<sup>39</sup> «Curso de Derecho Administrativo II», Civitas, Madrid, 1998, pág. 542.

buena medida está en el origen de su práctica eliminación como ordinarios y previos a la vía judicial, llevada a cabo por la Ley 30/1992, por considerarse, entonces, que los recursos administrativos entorpecían el acceso al disfrute del derecho a la efectividad de la tutela judicial.

Si por esto fuera, probablemente, plantear teóricamente la impugnación de decisiones electorales mediante el recurso potestativo de reposición no suscitaría grandes problemas; sin embargo, el régimen de este recurso lo hace conflictivo en su hipotética inserción en el procedimiento electoral, por dos razones: no se puede acudir a la vía judicial hasta tanto se haya resuelto — expresa o presuntamente— el recurso de reposición <sup>40</sup>; la segunda, es el tema de los plazos <sup>41</sup>, de un mes para recurrir <sup>42</sup>; para resolver, incluida la notificación, el plazo también es de un mes <sup>43</sup>.

Ambas circunstancias matizan considerablemente la utilización de este recurso contra decisiones electorales; en todo caso esta afirmación se hace con carácter general y sin perjuicio del mínimo análisis de los casos en los que podría proceder el recurso potestativo de reposición, pero, adelantando, en todo caso, que la imposición legal de aguardar a la resolución, desvirtúa completamente el interés que, en general, pueda presentar este medio impugnatorio <sup>44</sup>.

Los casos en los que se podría considerar la posibilidad de emplear el recurso potestativo de reposición, son los que antes se han caracterizado como decisiones de la Administración electoral no susceptibles del recurso contencioso electoral.

En primer lugar, siguiendo un criterio topográfico, están los conflictos encuadrados en el seno del art. 21 de la Ley electoral. Este precepto prevé un recurso administrativo que puede calificarse dealzada, contra los acuerdos de las Juntas electorales provinciales o autonómicas. Se interpone en las 24 horas siguientes a la notificación del acuerdo y se resuelve en el plazo de cinco días, a contar desde la interposición del mismo.

40 Art. 116.2.

41 Art. 117.

42 Se da por supuesto que el acto es expreso, porque si fuese presunto el plazo sería de tres meses, art. 117,1 de la Ley de Procedimiento.

43 Art. 117.2.

44 Con ello no quiere decirse, naturalmente, que la solución legal no sea acertada, sino que dificulta el empleo del recurso en sede electoral.

El precepto también dispuso, ya se ha comentado, que contra la resolución de ese recurso no cabe recurso administrativo o judicial alguno.

Si el Tribunal Constitucional interpretó que tal determinación no excluía la posibilidad de interponer recurso de amparo judicial (el regulado anteriormente en la Ley 62/1978), puede interpretarse que la exclusión de recursos administrativos, está en línea con el régimen de la Ley de procedimiento administrativo de 1958<sup>45</sup>. Además, el recurso preceptivo y el potestativo sólo comparten el nombre<sup>46</sup>, por lo que no cabe aplicarle a este lo dispuesto para aquél.

En conclusión, el actual recurso de reposición potestativo, cabría, oportunidad al margen, contra las resoluciones dictadas respecto de recursos de alzada previstos en el art. 21 de la Ley electoral.

Los restantes supuestos plantean muchas menos cuestiones.

Pese a la atipicidad del supuesto impugnatorio diseñado por el art. 40 de la Ley electoral, cabe entender, salvando el problema de los plazos, procedente el recurso potestativo reposición contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral en los casos previstos en el art. 39, rectificaciones del censo en el período electoral.

Lo propio cabe afirmar del recurso previsto en el art. 69,6 de la Ley electoral, es decir, las resoluciones de la Junta electoral central respecto de encuestas y sondeos, y que, susceptibles de recurso contencioso administrativo ordinario, también deben serlo - quizá éste sea el supuesto más claro - de recurso potestativo de reposición, ante la utilidad que puede revestir este medio impugnatorio, para resolver cuestiones que, específicamente en este ámbito, no admitan fácilmente soluciones judiciales.

<sup>45</sup> Conforme a la cual contra la resolución del recurso administrativo no era posible interponer otro. No obstante, la Ley efectuaba esta prescripción respecto del recurso de reposición (art. 126.3), entonces configurado como preceptivo y previo a la vía judicial, pero no respecto del recurso de alzada (arts. 122 a 125), que, por determinarse legalmente que su resolución agotaba la vía administrativa (art. 122.2), dejaba expedita la vía impugnatoria procedente (art. 125.1), lo que conducía a los arts. 38,52 y 58 de la Ley jurisdiccional de 1956, relación de la que se deducía que frente a las resoluciones de los recursos de alzada cabía interponer potestativamente recurso de reposición.

<sup>46</sup> Véase ENTRENA CUESTA, RAFAEL: «Curso de Derecho Administrativo», Tecnos, Madrid, 1976, pág. 590. También GARCÍA ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R.: «Curso de Derecho Administrativo II», Civitas, Madrid, 1998, pág. 542, en este caso por referencia al recurso de reposición potestativo económico administrativo. Normativamente, la distinción entre el recurso potestativo y el preceptivo se evidencia en que este fue expresamente derogado por la Ley 30/1992, que, sin embargo, D.A. Quinta, mantuvo expresamente en el recurso potestativo establecido por los reales decretos 2244, digo/79, modificado por el 448/95, reguladores del recurso de reposición potestativo previo al económico-administrativo estatal o al contencioso-administrativo, respecto de los actos locales.

### III LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACTOS ELECTORALES

#### 1 EL CONTENIDO PROCESAL DE LA LEY ELECTORAL

Al margen de la referencia al procedimiento administrativo, en la parte dedicada al contencioso, la Ley electoral tiene una deficiente sistematización, deficiencia que puede ejemplificarse fácilmente: el Capítulo VI, del Título I, se rotula «procedimiento electoral», ese procedimiento es administrativo, pero sistemáticamente excluye lo más puramente administrativo de toda la materia, al menos orgánicamente, lo relativo a la formación del censo electoral; tanto o más curioso es que el art. 21 configure un régimen residual de impugnación, previo a los procedimientos administrativos judiciales que se recogen más tarde, en fin, tanto la Sección XVI, como el art. 109 hablan del «contencioso electoral», como si fuera el único contencioso suscitable a partir de decisiones de la llamada Administración electoral, cuando no es cierto, al margen de que la propia Sección incluye en el art. 114 el recurso de amparo electoral, que cabe denominar así en la medida en que es distinto del regulado en la LOTC, tanto por su objeto, como por los plazos en que debe ser tramitado y resuelto.

#### 2 MEDIOS DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL

Sistematizando el régimen de los litigios contencioso electorales se concluye que la aparente homogeneidad lleva, sin embargo a una relativamente rica variedad.

Exponiéndolo de una forma breve podemos distinguir hasta cuatro niveles diferentes de procedimientos impugnatorios:

A. El recurso contencioso electoral propiamente dicho, recogido en la Ley de modo disperso, arts. 49 y 109 a 117, que incluye:

- a) Acuerdos de proclamación de candidaturas y candidatos por las Juntas electorales. El art. 49 de la Ley electoral admite la posibilidad de recurrir estos actos a través del procedimiento que el propio precepto regula, siendo supletorio del régimen general del recurso

contencioso administrativo <sup>47</sup>. Por tanto, es recurso contencioso electoral.

b) Acuerdos de las Juntas electorales sobre proclamación de electos y actos de elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales (art. 109 de la Ley electoral). Es posible la interposición del recurso regulado en los arts. 109 a 117 de la Ley electoral, aplicándose supletoriamente la Ley jurisdiccional (art. 116,2 de la Ley electoral). Por tanto, es recurso contencioso electoral.

B. El recurso contencioso administrativo ordinario contra la resoluciones de la Junta Electoral Central sobre encuestas y sondeos. El art. 69,6 de la Ley electoral, admite la interposición del recurso, que podrá ser tramitado a través del régimen previsto en la Ley 62/78, en función de las reglas generales de utilización de este proceso <sup>48</sup>. En consecuencia, no hay recurso contencioso electoral.

No hay, en principio, referencia alguna a la impugnabilidad de los restantes acuerdos y decisiones de las Juntas electorales.

C. Recursos en materia de censo electoral. Aquí la originalidad radica en que a la vía procedimental administrativa le sigue otra judicial ordinaria, ante el Juez de Primera Instancia <sup>49</sup>. Por tanto, es un recurso contencioso electoral.

Decisiones de las delegaciones de la oficina del censo electoral, art. 38 de la Ley electoral <sup>50</sup>. Se configura como un acto impugnabile en vía contencioso administrativa, a través del proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona, Ley 62/78 <sup>51</sup>. Por tanto, no es recurso contencioso electoral.

D. El último de los cauces impugnatorios, son los recursos ante las Juntas electorales, previstos con carácter residual en el art. 21 de la Ley y de los que originó algún problema — hoy su-

47 Ver Disposición Derogatoria LOREG.

48 Dicho proceso está incluido actualmente, como procedimiento especial en la LJCA, Ley 29/98, arts. 114 a 122.

49 Que habrá de sustanciarse por la vía de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por supuesto como procedimiento civil.

50 Tras la modificación de 1995.

51 Vid. Nota 48.

perado— su apartado 2º, que impedía el acceso al control judicial de estas decisiones de las Juntas<sup>52</sup>. En estos casos, que, salvo error u omisión, deben ser todos los demás de la Administración electoral, no hay recurso contencioso electoral, aunque sí, naturalmente, contencioso-administrativo.

Así delimitado el ámbito del contencioso-electoral, es interesante destacar una serie de cuestiones que parecen de particular interés, desde la perspectiva que guía este trabajo, de modo que en la medida en que el recurso contencioso electoral, cumple tanto la función de depurar de posibles ilegalidades las decisiones de la Administración electoral, como la de ser un recurso que sirve para agotar el control judicial, que será previo a la fiscalización del Tribunal Constitucional, tiene unos objetivos idénticos o muy parecidos a los del recurso contencioso administrativo ordinario, lo que permite analizar algunas cuestiones como las partes en el proceso; la legitimación de los intervinientes, y la adopción de medidas cautelares frente al acto impugnado.

Previamente, hay que tener en consideración que la peculiaridad de la Ley electoral comporta la inclusión entre los actos impugnables de decisiones que son estrictamente hablando, propias de la Administración electoral, pero también de otros actos, en concreto, de Ayuntamientos y Diputaciones, es decir de Administraciones Públicas en sentido estricto, si bien hay que reconocer que tales decisiones se limitan a «completan» el proceso electoral.

El objeto del proceso contencioso electoral, es difícilmente conciliable con una configuración rígida del mismo, que lleve a convertirlo en un proceso abstracto, en el que no puedan dilucidarse más que cuestiones estrictamente relacionadas con el proceso electoral. Ello ha llevado a considerar o afirmar su carácter especial, respecto de lo que existido alguna polémica doctrinal, que parece hoy día debe dirimirse admitiendo la especialidad de este recurso.

52 El Auto del Tribunal Constitucional 40/86, afirma sobre la procedencia de recursos judiciales frente los que resuelvan los interpuestos ante las Juntas: «Ello no quiere decir que tal sistema (el de la Ley) de Resoluciones de la Junta electoral resolviendo los recursos de alzada recogidos en el art. 21 de la Ley electoral, para supuestos definidos por el propio precepto como «fuera de los casos en que esta Ley prevea un procedimiento específico de revisión judicial...». Lo conflictivo de este precepto figura en su apartado segundo, conforme al cual «contra la resolución de esta última (la junta que deba resolver) no cabe recurso administrativo o judicial alguno». Recoge MARTÍNEZ CORRAL que el auto del Tribunal Constitucional ni el 40/86 expuso la tesis de que no todos los actos dictados en materia electoral, distintos de los específicamente establecidos por aquella Ley, no puedan ser sometidos al régimen general de control contencioso administrativo, porque ello supondría crear «un sector de inmunidad a administrativa, que es en todo punto incompatible con el principio de universalidad de la jurisdicción contenciosa y con las normas constitucionales que configuran el sometimiento de la Administración al control de los Tribunales».

Sea porque se admita la especialidad del recurso contencioso electoral, sea porque se llegue a la conclusión de que este tipo de recurso únicamente es útil para revisar decisiones del Administración electoral (incluyendo Ayuntamientos y Diputaciones), interesa sondear la medida en que puede producirse una aplicación lineal de los criterios contenidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a aquellas cuestiones también reguladas en la Ley electoral y en que otra medida es posible incorporar al recurso contencioso electoral instituciones específicas del recurso contencioso administrativo general.

### 3 LAS PARTES EN EL RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL

Hay que comenzar precisando que las presentes reflexiones vienen orientadas por el art. 43 de la LOREG, que determina que los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones, habrán de designar a quienes deban representarlos, representantes que actuarán en nombre de aquellas ante la Administración electoral y que, al serlo de las candidaturas, lo son también de los candidatos incluidos en ellas, apoderamiento que carece de límites o condiciones legalmente establecidas, por lo que les permite actuar con efectos jurídicos plenos <sup>53</sup>.

Los Arts. 110 y 111 de la Ley electoral parecen definir la legitimación en el recurso contencioso-electoral, sin embargo, tienen un contenido mas amplio, se refieren, realmente, además de a la legitimación, a la determinación de las partes del proceso y a la representación de dichas partes. Estos arts. regulan lo que la actual LJCA recoge en los tres Capítulos de su Título II, arts. 18 a 24 y ello puede darnos idea de que necesariamente la norma electoral debe ser objeto de alguna referencia.

Sin embargo, cabe considerar esta situación como debida a que la Ley electoral sigue una técnica distinta de la Jurisdiccional y no define en abstracto la legitimación para actuar en el recurso, sino que se refiere directamente a quienes pueden intervenir interponiendo un recurso u oponiéndose al mismo, cuestiones que también se tratarán, con independencia de considerar que

53 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1994, que atribuye validez a la renuncia efectuada por el representante.

este precepto sea, en cierto modo, innecesario para determinar la legitimación activa, al lado del correspondiente de la LJCA, cuya técnica parece bastante más adecuada, incluso teniendo en consideración la especificidad de esta materia.

La cuestión más interesante de las que sugiere este régimen al analizarlo desde el del recurso contencioso administrativo ordinario, es la ausencia de representación de la Administración electoral, pese a que es la demandada.

Aparentemente no existe quien mantenga la decisión o acto recurrido, lo que resulta bastante discutible, pues en la economía del proceso, debe haber una entidad, en este caso pública, que sustente la opinión, el criterio de lo que constituye el interés público, tal y como aparece plasmado en un acto o decisión, la recurrida.

Fernández Segado <sup>54</sup> no entra claramente en el tema, algo parecido ocurre con la posición de Entrena <sup>55</sup>.

El primero mantiene que no existe una entidad administrativa con interés en mantener el acto; afirma que «el interés prioritario, el único realmente hipersensible, ha de ser el que... refleje la auténtica voluntad del cuerpo electoral, su opción política prioritaria».

Entrena considera que no existe, propiamente hablando, Administración demandada, negando que la Junta electoral pueda ser considerada así, incluso en la elección del Alcalde <sup>56</sup>.

Estas opiniones son discutibles, la resolución de la Administración electoral, implica que esta sustenta una determinada opinión o criterio o determinación <sup>57</sup> de lo constituye el interés públi-

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El recurso contencioso electoral», Revista de las Cortes Generales, nº 33, 1994, pág. 90.

<sup>55</sup> «El recurso contencioso-electoral...» cit. Pag. 479.

<sup>56</sup> Fernández discrepa de Entrena al incluir entre los actos impugnables, los de ayuntamientos y diputaciones. El art. 50 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, da pie a esta interpretación, aunque del art. 40.1 de ese cuerpo reglamentario no se deduce esa conclusión y mucho menos del art. 19.2 de la Ley 7/1985, ni del art. 22.2 de la misma norma; aunque, por el contrario, el art. 22.3, relativo a la moción de censura, sin que considere esta determinación como una decisión de la Administración local.

<sup>57</sup> De hecho, el propio FERNÁNDEZ SEGADO, p. 101, al analizar el procedimiento a seguir tras la interposición del recurso, dado que este se presenta ante la Junta electoral, está ha de remitirlo al (juzgado o) sala de lo contencioso administrativo, junto al recurso ha de remitir el expediente electoral, como un informe de la propia junta en el que se consigne lo procedente como fundamento del acuerdo impugnado. Lo que refuerza la razonabilidad de que ante el juzgado o Tribunal compareciese el defensor de la Administración, es decir, en este caso, de la Administración electoral.

co; que Fernández Segado la identifique con la voluntad del cuerpo electoral, es irrelevante, pues el interés público, siempre ha de estar en la base de las decisiones administrativas. Esta es una idea luminosamente expresada por Boquera <sup>58</sup>.

Por ello que este argumento no puede justificar la ausencia en el proceso de un «defensor de la Administración», aunque esta Administración sea tan peculiar como la electoral.

La comparación fácil la encontramos en los procesos de protección de derechos fundamentales de la persona, en los comparece el Ministerio Fiscal <sup>59</sup>, pero también la defensa de la Administración, sea el Abogado del Estado, sea el letrado de cualquier otra Administración Pública.

Por consiguiente, cuando se afirma que la Ley electoral atribuye la defensa de la legalidad en el recurso contencioso-electoral al Ministerio Fiscal, situación que se reclama coherente con el art. 124,1 de la Constitución, no deja resuelta la duda que suscita, la exclusión de la posibilidad de que exista un defensor de la Administración electoral, que será el defensor del interés público, de la versión del mismo que se haya plasmado en el acto impugnado.

En todo caso ello no debe entrar en contradicción con la conveniencia de que intervenga el Ministerio Fiscal en el proceso contencioso electoral y sería también compatible con el hecho de que la Administración electoral no pudiese recurrir las sentencias de instancia (aunque si el Ministerio Fiscal), o al menos, no pueda acudir al Recurso de Amparo constitucional.

58 BOQUERA OLIVER: «Derecho Administrativo» 1996, Cívitas, Madrid, pág. 72 «La declaración de que un fin es de interés público significa colarlo sobre los fines de interés privado, o, si se prefiere, subordinar estos fines a aquél ... Con ese propósito, el legislador crea y dota de poder público a algunos sujetos. Éstos harán efectiva la subordinación de los fines privados a los fines públicos». Este mismo autor también explica: «La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa... No regula una jurisdicción para la Administración pública, sino para «los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo» (art. 1,1)» «La sistematización del derecho administrativo desde la personalidad jurídica de la Administración del Estado, pág. 846, en «Administración instrumental» Madrid 1994.

59 CORDÓ N MORENO, F.: «El proceso Contencioso-Administrativo», Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 110, precisamente a este respecto, concreta la razón de la intervención del Ministerio Fiscal, como expresión de la desvinculación de la tutela de los derechos fundamentales y su titularidad, incluso el interés legítimo en su protección.

#### 4. LA LEGITIMACIÓN EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

Parecidos problemas, se aprecian al examinar la forma en que la Ley determina los criterios de legitimación de las partes <sup>60</sup>.

Cuando el art. 110 de la Ley electoral se refiere a la legitimación, no parece estar guiándose por los mismos criterios que la Ley jurisdiccional; parece, más bien, que confunde la legitimación con la representación.

Si la legitimación quedase resuelta en los mismos términos que en la LJCA, únicamente estarían legitimados para concurrir al proceso los titulares de derechos e intereses legítimos que estuviesen en juego en cada momento; en otras palabras quien se hubiese presentado al proceso electoral, será quien pueda recurrir o quien pueda comparecer como codemandado; si el art. 110 se refiere como legitimados a los candidatos y a los partidos políticos, asociaciones, federaciones etcétera, sólo resulta enteramente conforme a la LJCA, en la medida en que los partidos políticos en un caso y los individuos candidatos en otro, como concurrentes al proceso electoral son titulares de derechos o intereses legítimos.

No puede decirse lo propio, sin embargo, de los «representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción», puesto que, en la medida en que éstos son representantes, podrán representar, a quien esté legitimado, pero no pueden ser considerados ellos mismos legitimados para interponer un recurso o para oponerse al mismo.

Las determinaciones del art. 110, que, tal vez tengan origen en las rigideces jurisprudenciales interpretativas de la legitimación por interés directo del art. 28,1,A) de la Ley Jurisdiccional de 1956 <sup>61</sup>, ya hace tiempo que fueron olvidadas, dejaron de ser un obstáculo <sup>62</sup> y no justifican ac-

60 FERNÁNDEZ SEGADO, F.: Ob. Cit. también critica el régimen legal, desde otro punto de vista. Considera que la legitimación activa de los partidos (art. 110, c), resulta superflua, al considerarla «la innecesariedad de esta legitimación, dado que esas fuerzas políticas ya están en cierto modo representadas por representantes de las candidaturas» (pág. 90). Por lo que se refiere a las relaciones entre los apartados a) y b) del art. 110, no se muestra tan opuesto, porque considera 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, con lo que la legitimación de representantes no puede considerarse como indirecta por vía de representación, sino una auténtica legitimación directa» (página 87).

61 VER NIETO GARCÍA, A.: «La discutible supervivencia del interés directo» REDA nº 12, 1977, p. 39.

62 Como puede comprobarse en MUÑOZ MACHADO, S.: «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», REDA nº 26, 1980, p.496, o, también en CORDÓN MORENO, F.: «El proceso contencioso-administrativo», Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 101 y ss.

tualmente un precepto que únicamente conduce a desordenar el proceso, da lugar a que pueda concurrir como recurrente tanto el candidato, como su partido, como el representante del mismo, lo que incluso puede ser tachado de fraude procesal, tal y como ha sucedido en alguna ocasión <sup>63</sup>.

Con la Ley Jurisdiccional únicamente debería poder actuar el representante de la candidatura en la calidad antes indicada, de representante del titular (físico o jurídico) de un derecho o interés.

Excepcionalmente, se podría aceptar la concurrencia del candidato para recurrir, siempre que con carácter inmediato el recurso fuese ratificado por el representantes de la candidatura.

La legitimación pasiva, comporta la necesaria <sup>64</sup> participación en el proceso. Sin embargo, en

63 Como hizo la Sentencia Tribunal Supremo de 9-7-1993. R.5628, cuya larga cita que sigue lo es en razón de que explica perfectamente lo que se trata de exponer: " SEGUNDO.- Doña..., candidata núm. 1 de la lista...en las elecciones..., formula recurso contencioso-electoral contra el acuerdo de la Junta Electoral Provincial...de proclamación de electos, habiendo comparecido en el proceso el Partido..., representante de la Candidatura del Partido Aragonés Regionalista en la provincia de Huesca y el Partido Aragonés Regionalista, aparte de la intervención institucional del Ministerio Fiscal.

De dichos comparecientes, distintos de la recurrente, el Partido Socialista Obrero Español ha adoptado una posición procesal de oposición al recurso, mientras que las del representante de la candidatura del PAR, y la de éste son de adhesión al recurso de doña Trinidad A. A..., limitándose el del representante del PAR a hacer suyas las alegaciones de la recurrente y las del representante de la candidatura, culminando los dos escritos de las partes referidas con una petición exactamente coincidente, y con idéntica formulación literal, a su vez de sentido coincidente con el del suplico del escrito de recurso....

Debe significarse además que el representante de la candidatura del PAR en Huesca formuló en su momento «reclamaciones y protestas, referidas a las incidencias recogidas en las Actas de sesión de las Mesas electorales y en el Acta de la sesión de escrutinio» de la Junta Electoral Provincial de Huesca, que fueron desestimados por ésta, interponiendo aquél el recurso previsto en el art. 108.3 de la Ley Orgánica Electoral General (LOREG en lo sucesivo), que fue desestimado.

Expuesta la estructura subjetiva del proceso, y puesto que la recurrente se individualiza con propio protagonismo respecto del representante de la candidatura en que se integró y del partido que la incluyó en su candidatura, quienes a su vez asumen en el plano formal papeles asimismo individualizados, es necesario, con carácter previo, examinar la regularidad procesal del papel que estas dos últimas partes han asumido en el proceso en el marco del ordenamiento aplicable.

Al respecto debe observarse lo dispuesto en el art. 110 de la LOREG sobre legitimación en el recurso contencioso-electoral, que se inicia con la siguiente expresión: «Están legitimados para interponer el recurso contencioso-electoral o para oponerse a los que se interpongan», a continuación de la que se enumeran los legitimados; y que en el caso del PAR, han agotado en su intervención en el proceso todas las previsiones de la Ley, al recurrir la candidata no proclamada e intervenir, del modo en que lo hacen, el representante de la candidatura y el partido.

Por otra parte debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 116.2 de la LOREG, según el cual «en todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia contencioso-electoral será de aplicación la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en la que, a su vez, en su art. 30 se prevé la posibilidad del coadyuvante del demandado pero no la del coadyuvante del recurrente, que es papel que, por el contenido de su intervención, pretenden desempeñar en este proceso el representante de la candidatura del PAR en Huesca, y el representante del PAR....

Es evidente por tanto que las dos partes a que nos referimos carecen de legitimación para el papel procesal que se han arrogado, lo que impide que demos entrada en el proceso, como temática de fondo a examinar y decidir, la que introducen en sus alegaciones, ...

Si admitiéramos el papel que individualizadamente se ha atribuido en este proceso el representante de la candidatura del PAR en la provincia de Huesca, que, como se dejó referido, interpuso un recurso administrativo ante la Junta Electoral Central, que le fue rechazado, le estaríamos admitiendo de hecho un recurso contencioso-electoral extemporáneo; y lo mismo en cuanto al representante del PAR, cuyo recurso además adolecería de la falta del presupuesto procesal necesario de la reclamación previa (STC 169/1991, FJ 1.º).

Hemos de estimar, por tanto, que la opción procesal de las dos partes a que nos referimos incurre en un claro fraude procesal, en el sentido de tal expresión en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que merece el rechazo establecido en dicha norma.

64 Necesaria, para mantener una actitud ante el proceso que pueda ser considerada diligente, en términos de la efectividad de la tutela judicial.

este caso y de forma más clara que en el anterior, resulta excesiva la legitimación prevista por legislador, pudiendo confrontarse los Arts. 110 y 49 de la Ley electoral.

Fernández Segado y Entrena no entran en este tema por las razones expuestas al tratar de la personación; al mantener que no existe interés en mantener el acto, es razonable que esta cuestión tampoco se plantee.

La idea más sugerente de las que suscita la legitimación en el recurso electoral es la de quien defiende el derecho de sufragio activo, es decir si podría comparecer un elector, como recurrente o codemandado, en defensa de su derecho de sufragio, puesto que estamos ante un proceso que, como indica Fernández Segado, debe «velar por la pureza del resultado electoral»<sup>65</sup>, lo que obliga a no descartar esta hipótesis, que ignoro si habrá tenido relevancia práctica, pero que al nivel que aquí se plantea debe tener una respuesta similar a la antes dada a la ausencia de la Administración electoral del proceso; aunque la Ley electoral atribuya la defensa de la legalidad al Ministerio Fiscal, ello no implica, automáticamente, la exclusión de la posibilidad de que un elector quiera actuar procesalmente, cuando considere vulnerado su derecho, dicho esto con independencia de los problemas prácticos que hubiese que superar para hacer efectiva esta posibilidad.

Por fin, como cuestión de detalle, al relacionar los Arts. 109 y 110, a), parece obligado interpretar el segundo añadiéndole la palabra «electos», lo que tiene diferentes justificaciones<sup>66</sup>, pero desde el criterio de este estudio, es decir, la Ley Jurisdiccional, una interpretación literal de estos Arts. llevaría a una situación de carencia de legitimación activa ad causam.

## 5 EL DESARROLLO DEL PROCESO, ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES

Se trata de una fase poco conflictiva, en la medida en que el régimen legal ha ido adecuándose al contencioso-administrativo de protección de derechos fundamentales, por lo que plantea únicamente cuestiones muy concretas.

<sup>65</sup> Ob. Cit., p. 73.

<sup>66</sup> Ver FERNÁNDEZ SEGADO, F.: Ob. Cit. p. 86

Hay que exceptuar, sin embargo, un aspecto cuya importancia en el contencioso-administrativo ordinario y en el de protección de derechos fundamentales, ha adquirido singular trascendencia y sobre la que, sin embargo, apenas se pronuncia la doctrina; son las medidas cautelares<sup>67</sup>, de las que la más conocida es la suspensión de los efectos del acto administrativo, que también ha experimentado importantes modificaciones legales, en la vía administrativa y en la judicial.

De entrada, siguiendo la distinción antes realizada de los casos en que nos encontramos ante recursos contencioso-administrativos y contencioso-electorales, este examen se refiere solamente a las actuaciones que se desarrollen a partir de los Arts. 49 y 109 siguientes de la Ley electoral, en tanto que la única posibilidad de referirnos a las medidas cautelares es hacerlo a través de los preceptos de la Ley jurisdiccional.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, la alteración que ha supuesto la derogación de la Ley Jurisdiccional de 1956, afecta poco a la materia de que hablamos, puesto que tanto la vieja ley como la nueva<sup>68</sup>, se refieren al procedimiento general y a los procedimientos especiales, entre los que se incluye el de protección de los derechos fundamentales de la persona, que sustituye al antiguo de la ley 62/1978.

La primera de las cuestiones es si cabe aplicar, si tienen interés, las medidas cautelares en el recurso contencioso electoral, interés práctico, se quiere decir, porque el teórico ya lo puso de relieve Martínez Corral<sup>69</sup>.

La Ley electoral no se refiere expresamente a este incidente, como constata Martínez Corral<sup>70</sup>, lo que lleva a una situación semejante a la de la revisión de oficio, a cuyo análisis previo me remito, que lleva a la aplicabilidad de las medidas cautelares a este proceso.

La suspensión de la ejecutoriedad del acto impugnado puede ser considerada un instrumento técnico-jurídico conectado, como medida cautelar, con el principio de tutela judicial efectiva

67 También han incrementado su importancia en el procedimiento administrativo, art. 111, LPC, donde están llamadas a jugar papeles importantes en los recursos administrativos, con su prolongación y enlace con la vía contencioso-administrativa, véase el apdo. 4, párrafo tercero del artículo citado

68 Las medidas cautelares figuran en el Capítulo II del Título VI, referido a las Disposiciones comunes a los Títulos IV y V.

69 Martínez Corral, J.A.: Ob. Cit.

70 Ob. Cit. P. 302.

proclamado por el art. 24 de la Constitución <sup>71</sup>, pero sólo en la medida en que la suspensión esté integrada en el régimen legal de un determinado proceso, si pensamos en uno del que esté ausente la suspensión, no cabe interpretar que las medidas cautelares deban formar parte del mismo en virtud de ese derecho fundamental.

Martínez Corral analiza la excepcionalidad de las medidas cautelares en el contexto de la presunción legal de la validez y conformidad a derecho de los actos administrativos, que le conduce a mantener una interpretación restrictiva de la adopción de estas medidas.

A esta línea argumental se oponía, cuando se efectuó ese análisis, que el régimen legal a tener en cuenta era el recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en el que la suspensión no puede ser considerada restrictivamente <sup>72</sup>. Actualmente, se ha unificado el régimen legal de adopción de medidas cautelares.

Por ello, resultan necesarias dos precisiones, es distinto considerar la aplicabilidad y la atención de las medidas cautelares del régimen general a estos procesos.

Por lo que se refiere al primer aspecto, las reflexiones antes efectuadas sobre la revisión de oficio, deben servir para marcar la posición que se sustenta sobre la aplicabilidad de las medidas cautelares en el recurso contencioso electoral; es decir, probablemente no tenga demasiado sentido práctico considerar esta circunstancia, pues es mucho más sencillo pensar que difícilmente va a tener lugar una solicitud de estas características; ahora bien, esto no parece razón suficiente para descartar una respuesta favorable en y, en definitiva, concluir que la supletoriedad de la Ley jurisdiccional respecto de la Ley electoral es suficiente para admitir que una petición de medidas cautelares hubiera de ser atendida de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 129 a 136 de la Ley 29/98.

La segunda cuestión, despejada la anterior, es si los actos electorales deben disfrutar de una interpretación diferenciada de los restantes actos administrativos, que refuerce o limite la posibilidad de suspenderlos.

71 MARTÍNEZ CORRAL: Ob. Cit. confrontar numerosos apoyos a este criterio en las Sentencias y Autos del Tribunal Supremo que cita en la nota 8 de su art.

72 Véase el art. 7.6 de la Ley 62/78, que lo impide.

Esta cuestión en realidad, podía tener más trascendencia en el pasado que actualmente, como se acaba de indicar, hasta la Ley 29/98 existía un régimen legal para la suspensión de los actos administrativos, digamos ordinarios, distinto del previsto para aquellos actos administrativos que pudieran vulnerar derechos fundamentales y que fuesen impugnados por tal motivo, en cuyo caso, en lugar de aplicarse Ley de 1956, se aplicaba la Ley 62/78, con unas normas mucho más proclives a la suspensión de los efectos de esos actos.

En consecuencia, con anterioridad a la normativa vigente era más fácil obtener la suspensión de un acto administrativo al que se de imputarse la vulneración de un derecho fundamental, que la del acto administrativo que fuese tachado de ilegal.

La conclusión obligada es que como en el proceso contencioso-electoral, lo normal es que los actos recurridos los sean por vulnerar derechos fundamentales, la adopción de medidas cautelares, debiera regirse por la proclividad a la adopción de dichas medidas.

Esta es una posición diferente a la mantenida por Martínez Corral, que resulta muy convincente, aludiendo al interés reforzado del mantenimiento de los actos electorales (apartado a) a la especial protección que del art. 8.1 de la Ley electoral, se deriva en el mantenimiento de estos actos (ver apartado b),.

Ello le lleva a considerar que sólo analizando y ponderando las consecuencias y circunstancias, así como los intereses afectados, se podría decidir la adopción de la medida cautelar, posición con la que se coincide plenamente, sin perjuicio de la enorme que dificultad práctica que comportan estas determinaciones.

Para Martínez Corral existe un interés general prevalente de salvaguardar la pureza del proceso electoral, tal interés es palmario en la doctrina del Tribunal constitucional <sup>73</sup> y también halla res-

<sup>73</sup> Sentencia 24/90,FJ 5º.

<sup>74</sup> «La Administración electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley, la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.»

paldo en el art. 8.1 de la Ley electoral <sup>75</sup>: «cabría incluso afirmar, a nuestro entender, que existe una coincidencia entre el interés público al que debe servir la Administración electoral cuando actúa y el sentido que debe guiar la actuación de los Tribunales que conozcan de recursos interpuestos contra las decisiones de aquella» <sup>75</sup>.

Todo ello justifica el especial régimen de protección de los actos electorales, que se concreta en la presunción de legalidad, en la exclusividad de relevancia constitucional para las infracciones de normas procedimentales que comporten una lesión material a al derecho de que se trate, incluso a la definición del contenido esencial del derecho de sufragio pasivo que, según la sentencia del Tribunal 71/89, fundamento cuarto, es: «...asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quien él 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».

La lógica conclusión es la inconveniencia de admitir la suspensión como accesoria a la interposición del recurso contencioso administrativo, conclusión matizada en términos que la desdibujan <sup>76</sup>, puesto que la adopción de la suspensión es siempre una determinación casuística, lo que lleva al disenso, que se acentúa al constatar que su razonamiento conlleva que hay que analizar el fondo del asunto para decidir si se aplica una medida cautelar, lo que plantea el problema, de la imposibilidad de examinar el fondo en el incidente de adopción de medidas cautelares.

En mi opinión, en la medida en que los plazos se cumplan, la suspensión resulta innecesaria, lo que puede afirmarse mucho más doctrinalmente, si se considera que las medidas cautelares de la Ley 29/98, tienen como hilo conductor el *periculum in mora*.

Además, que no formen parte del recurso contencioso electoral <sup>77</sup> no comporta ninguna vulneración al derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, dado que este derecho, al tener una dimensión legal y no haberse establecido la suspensión en el régimen legal del recurso contencioso-electoral, no podría entrañar lesión constitucional alguna, aunque pueda resultar contradictorio, con el hecho de que los actos «electorales», pero excluidos del contencioso elec-

<sup>75</sup> Ob. Cit. P. 304.

<sup>76</sup> El matiz, inmediato (p. 305), es que habría de procederse en cada supuesto a una ponderación de las circunstancias que intereses afectados, lo que, es consustancial a la suspensión.

<sup>77</sup> Ver Sentencia Tribunal Constitucional 85/87.

toral y remitidos al contencioso administrativo ordinario, o al especial de protección de derechos fundamentales, sí podrían ser objeto de medidas cautelares.

Pormenorizando la materias incluídas en el contencioso electoral, se concluye que en el caso del art. 49 es innecesaria la suspensión, pero que podría ser más peliaguda la cuestión en el caso del art. 109 y siguientes. respecto de estos, Martínez Corral, aunque considera lógica la invocación de la especial protección que merecen los actos electorales, destaca la regulación de las sesiones constitutivas del congreso, el senado y los parlamentos autonómicos, que, conforme afirma y es preciso coincidir con el, parece obviar la posibilidad de suspensión de la proclamación, al establecer que el presidente de la mesa de edad, dará lectura «a la relación de diputados electos y a los recursos contencioso-electorales y interpuestos, con indicación de los diputados electos que pudieran quedar afectados por la resolución de los mismos».

En cambio, en las materias objeto de recurso contencioso-administrativo ordinario o de protección de derechos fundamentales<sup>78</sup>, regirá la procedencia de la suspensión, realmente, de la adopción de cualquier medida cautelar, en virtud de la normativa aplicable que comporta, si el recurrente lo solicita, lo justifica y el juez de lo contencioso administrativo considera necesaria para la integridad de la sentencia que haya de recaer, su aplicación.

78 Arts. 21,2;38 y 69,6, de la Ley electoral.