



Fiscalía Provincial de Madrid

Su ref: Procedimiento Electoral 207/19

A L J U Z G A D O DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

NÚMERO 2 DE LOS DE MADRID

EL MINISTERIO FISCAL, evacuando el traslado conferido, dice:

Por la candidatura denominada en su propio escrito "LLIURES PER EUROPA (JUNTS)" se interpone al amparo de lo prevenido en los arts. 49 y ss de la LOREG, recurso contra el Acuerdo de proclamación de su candidatura con exclusión de los candidatos 1, 2 y 3 de la lista, siendo éstos Carles Puigdemont i Casamajó, Antoni Comín Olivares y Clara Ponsatí i Obiols, efectuada por la Junta Electoral Central, publicadas en el BOE de 30 de abril de 2019.

Solicita el actor que se dicte sentencia en los siguientes términos:

- Reconocer el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad de los tres candidatos.
- Anular el Acuerdo de la JEC que excluye a los tres candidatos.
- Anular la Resolución de la Presidenta de la LEC de proclamación de candidaturas en lo que a la coalición recurrente se refiere.
- Retrotraer las actuaciones al momento anterior a la adopción del Acuerdo de la JEC.
- Publicar en el BOE la candidatura de la coalición recurrente incluyendo a los tres candidatos.

Dada la desordenada exposición del escrito de recurso, con el fin de evitar inútiles reiteraciones y aclarar en la medida de lo posible la fundamentación jurídica de la posición procesal del Ministerio Fiscal, conviene establecer cierto orden sistemático en el tratamiento de las distintas cuestiones expuestas, en los términos siguientes:

Por lo que respecta a **los aspectos procesales** que se alegan por el recurrente:

1. No aprecia la Fiscalía ningún margen para la inseguridad jurídica en materia de competencia judicial que alega la parte actora. El texto del art. 49.1 LOREG es tan claro como la práctica a la que ha dado lugar su aplicación, y el hecho de que ocasionalmente el Tribunal Supremo se haya podido referir al recurso contra proclamación de candidaturas con el calificativo "contencioso electoral" no altera ni la letra ni el sentido de la norma, ni genera confusión alguna con el recurso contencioso-electoral regulado en el artículo 109. El propio recurrente reconoce de forma expresa que "no es técnicamente" un recurso de esa naturaleza. De hecho, el TS no se ha planteado nunca la asunción de competencia para conocer de este tipo de recursos. En consecuencia, la única apreciación posible acerca de la aplicación de dicha norma es la que se traduce en un claro abuso de derecho por parte de los recurrentes, que en lugar de atenerse a la carga procesal de presentar su recurso ante el órgano judicial que estimen competente, se apoyan en esa inexistente falta de seguridad jurídica para poner en juego una especie de *azar* competencial, dirigiendo el mismo escrito a distintos órganos judiciales, con riesgo cierto de generar resoluciones contradictorias o una situación jurídico-procesal innecesariamente compleja que, en un proceso sometido a plazos breves y perentorios, como reconocen los recurrentes, puede resultar, en términos desde luego poco compatibles con la buena fe procesal, gravemente perturbadora del correcto ejercicio de la Jurisdicción.

2. Por lo que se refiere al óbice basado en la falta de legitimación de los partidos políticos para impugnar el Acuerdo de la JEC, aunque dicho Acuerdo y la propia impugnación vinculen la validez de la candidatura presentada por los ahora recurrentes con la cuestión relativa a su inscripción en el censo electoral, en la resolución recurrida no aborda en modo alguno una impugnación del censo, sino de una candidatura, y en su parte dispositiva no se hace la más mínima mención a ninguna consecuencia jurídica que afecte al registro censal. Por tanto, no existe ninguna falta de competencia de la Junta Electoral Central. Cuestión distinta es que la Junta pueda valorar el contenido de los datos obrantes en el censo o su naturaleza jurídica, o incluso considerar que no responden a la realidad o a los efectos de apreciar un fraude de ley en la presentación de la candidatura. Nada de eso convierte este procedimiento en un recurso en materia censal.

Por otra parte, de la pretensión de los recurrentes se deduciría la idea de que la JEC –e incluso los Tribunales que revisan sus actos- habría de atenerse en todo caso al contenido formal del censo, lo que obviamente no puede aceptarse, máxime cuando la propia LOREG contempla la evidente posibilidad de que el censo no refleje la realidad exacta en cada momento (art. 33.2). La STC 154/1988, de 21 de julio distingue perfectamente entre ambos procedimientos, a partir de la afirmación –que será de importancia capital para resolver el presente recurso- de *"la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal , pues, dado*

que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo (...), la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. **Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta** -la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma-, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo". Por ello precisamente se justifica -prosigue la citada STC- "Que el art. 38.4 de la vigente Ley Orgánica electoral disponga la aplicación del procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 CE a los recursos jurisdiccionales que se deduzcan frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral, fuera del período electoral, en materia de listas electorales. Y que quepa también, por la vía configurada en el art. 43 LOTC, recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas, del mismo modo que respecto al sufragio pasivo aparece expresamente previsto en el art. 49 de aquella Ley Orgánica electoral".

En conclusión, la cuestión relativa a la inscripción en el censo puede tener relevancia en orden a permitir o no el ejercicio del derecho al voto, pero si precisamente de conformidad con la tesis que sostienen los recurrentes la inscripción en el censo no condiciona la posibilidad de reconocer la titularidad efectiva del derecho de sufragio activo (la condición de elector) a un ciudadano, es patentemente contradictorio pretender que el cauce procesal para cuestionar la condición de elector *al margen del contenido formal del censo* solo pueda llevarse a cabo precisamente, impugnando la inscripción censal. Negar sobre esa contradictoria base a los partidos políticos recurrentes la legitimación para impugnar la candidatura, constituiría una evidente denegación de su -inequívoco- derecho a impugnar las candidaturas e, indirectamente, a la tutela judicial efectiva.

3. Las quejas (alegación quinta del escrito de recurso) acerca de la extemporaneidad del trámite de subsanación resultan igualmente irrelevantes, y de hecho no se concreta por la coalición recurrente cuál es el objetivo concreto de sus alegaciones en este punto, puesto que si lo que cuestionan es la decisión de fondo -excluiros como candidatos- y los argumentos en los que se apoya la resolución de la JEC niegan directamente su condición de *elegibles* (en tanto que *electores*) en virtud de razones jurídicas que también son *de fondo* y resultan manifiestamente insubsanables, resulta ajena al objeto del presente procedimiento -y en particular al *petitum* del escrito de recurso- cualquier lesión de los derechos fundamentales o infracción de legalidad ordinaria que pudiera afectar a la amplitud de los plazos para llevar a cabo eventuales subsanaciones o el modo en que estas hubieran podido llevarse a cabo. La resolución impugnada en el presente procedimiento opera, como es obvio, más allá del ámbito objetivo de aplicación del artículo 47.2 LOREG. La efectividad de esta norma, en el contexto descrito, alcanzaba y alcanza únicamente a la posibilidad de sustituir a los candidatos no elegibles por otros que sí

lo sean, y en ese sentido está pública y notoriamente acreditado que la subsanación requerida hizo posible tal sustitución. No existiendo atisbo de vulneración alguna en este punto, la medida en que la decisión de la JEC afecta, no a la candidatura como tal, sino a la inclusión concreta de los recurrentes, opera al margen de cómo se llevó a cabo esa subsanación.

4. Tampoco existen razones objetivas (alegación sexta, *b*), para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

El acto recurrible es la resolución de la Junta electoral central, y el objeto de recurso viene dado única y exclusivamente por su contenido. El conocimiento de las actas de la Junta resulta absolutamente irrelevante a efectos de tutela judicial efectiva, puesto que cualquier dato, argumento o justificación legal que pudiera aparecer en ellas y no se haya reflejado en la motivación de la resolución que se impugna resultaría absolutamente inoponible tanto a los denunciantes como a los propios afectados por la resolución; y en el caso de que la motivación de dicha resolución pueda entenderse insuficiente o inidónea, el contenido de las actas, precisamente en la medida en que no forma parte de la motivación del acto administrativo impugnado, carece de todo efecto subsanador del mismo.

En cuanto al conocimiento de la identidad de los miembros de la JEC que han adoptado la resolución impugnada, *"en la medida que determinados vocales de la Junta Electoral Central se hallan incurso en causa de abstención que son, por lo demás, notorias"*, tampoco explica la parte actora cuál es la lesión efectiva que, en este punto, podría derivarse para su derecho a la tutela judicial efectiva. El hecho mismo de alegar sin problemas en este recurso esa circunstancia pone de manifiesto que no existe tal lesión, con independencia por tanto de que pueda estimarse o no el recurso mismo y que la falta de acreditación fehaciente de quiénes fueron los Vocales de la JEC firmantes de la resolución impugnada pudiera eventual valorarse –si el órgano judicial lo considera relevante– a los efectos de juzgar la imparcialidad de la resolución. A juicio de esta Fiscalía, la absoluta falta de concreción del recurrente acerca de la supuesta existencia de causas de abstención impide cualquier juicio de valor al respecto, que además resulta nuevamente irrelevante cuando lo que se cuestiona es el fondo de la resolución, y se pretende –basta con leer el *suplico* del escrito de recurso– la nulidad, por esas mismas razones de fondo y no de procedimiento, del acto impugnado.

Por lo que respecta a las **cuestiones de fondo**:

1. Las alegaciones relativas a la naturaleza representativa del cargo del parlamentario europeo son igualmente irrelevantes, en el sentido de que no se cuestionan en la resolución de la JEC y no aportan nada a la solución de la controversia aquí planteada, que en efecto debe

resolverse, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE que cita el recurrente, de acuerdo con el Derecho de cada Estado miembro dentro del respeto al Derecho de la Unión. El acuerdo impugnado no establece consideración alguna que niegue o distinga el carácter representativo directo a los parlamentarios de la Unión Europea, ni basa su decisión en ningún argumento del que quepa deducir alguna reticencia al respecto. Y propia parte actora reconoce, más allá de posibles interpretaciones o aspiraciones *de lege ferenda*, que la competencia y el procedimiento para la depuración de las candidaturas a las elecciones del Parlamento Europeo corresponde, hoy por hoy, a las Administraciones estatales. Desde el punto de vista de la Fiscalía, en este caso no existe colisión real entre ambos ordenamientos, por lo que no es preciso formular alegaciones en relación con este punto.

2. Del mismo modo, las alegaciones de la parte actora relativas a la naturaleza supuestamente "*política*" de la decisión adoptada por la JEC carecen absolutamente de encaje en el presente recurso, puesto que constituyen simples juicios subjetivos de valor –o, mejor dicho, juicios de intenciones– acerca de una supuesta orientación política de la actuación de la JEC, o de la influencia que puedan haber tenido en su decisión determinadas manifestaciones públicas de unas u otras personas. Evidentemente no corresponde al Fiscal ni a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa entrar en un debate acerca de las opiniones políticas o los planteamientos ideológicos que, desde su propio punto de vista, los recurrentes puedan presuponer, sospechar o imaginar, sino limitarse estrictamente al examen del contenido de la resolución impugnada para comprobar si la *motivación jurídica* que contiene es conforme a Derecho o no lo es. De serlo, o de no serlo, las interpretaciones subjetivas acerca de sus causas o sus efectos en el plano político o ideológico son absolutamente ajenos a este y a cualquier proceso judicial, y únicamente contribuyen a perturbar y oscurecer esa tarea de análisis jurídico. Nada cabe, por tanto, alegar al respecto.

3. Entrando precisamente en el aspecto técnico-jurídico de la cuestión planteada, con el fin de desbrozar en la medida de lo posible el objeto de controversia conviene señalar en primer lugar que, habida cuenta de que los recurrentes aparecen inscritos en el censo, sobra cualquier hipótesis o conjetura acerca de cómo habría de resolverse el conflicto jurídico derivado de su eventual falta de inscripción, y por tanto es igualmente irrelevante, a tal concreto efecto, la invocación del artículo 7.2 LOREG.

Sí hay que admitir, sin embargo, que esta norma ofrece un criterio hermenéutico valioso a la hora de cuestionar la relevancia que otorga a la inscripción censal la resolución de la JEC recurrida, en la medida en que, ciertamente, de ese art. 7.2 se desprende que la inscripción en el censo de electores, como acto estrictamente formal, no constituye un medio exclusivo de acreditación de la condición de elector (a los efectos de ser proclamado candidato) sino que la Ley permite medios de prueba alternativos –que no especifica, salvo en la

exigencia de que sean *fehacientes*- de que el interesado reúne "*todas las condiciones exigidas para ello*". Esta interpretación del citado precepto legal se corresponde con la tesis sostenida por el TC en la sentencia más arriba reseñada, al afirmar el carácter *declarativo* -no constitutivo, por tanto- del Censo electoral.

En este punto, conviene señalar que la referencia de la norma examinada a "*ello*" ("*todas las condiciones exigidas para ello*") puede referirse al derecho a ser inscrito en el censo, o, más probablemente, al derecho a ser proclamado candidato, pero a los efectos que aquí importan ambas posibilidades conducen a la misma conclusión, puesto que de acuerdo con el art. 31.1 LOREG "*el censo electoral contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio*".

Con lo que el análisis del problema vuelve al punto de partida: la cuestión determinante, por tanto, es la de si los interesados, *estén o no inscritos en el censo*, gozan de la condición legal de *elector* a los efectos de poder ser considerados *elegibles* (art. 6 LOREG).

4. De este modo se anticipa en realidad la posición del Fiscal en relación con el fondo del asunto. Ciertamente, en la línea apuntada por el Voto particular que acompaña al Acuerdo de la JEC, la identificación de la condición de elector con el hecho de hallarse inscrito en el Censo Electoral -o en qué medida esa inscripción obedece a la realidad- aboca en el presente caso a una solución restrictiva del derecho fundamental al sufragio pasivo (art. 23 CE) de los recurrentes, que resultaría contraria al «*principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, que ha sido afirmado por este Tribunal también en relación con el artículo 23.2 CE (SSTC 177/2002, FJ 3, y 40/2003, FJ 2)*» (por todas, STC 23/2015, de 16 de febrero, FJ 3)» (STC 47/2018, de 26 de abril, FJ 4).

En efecto, el Fiscal comparte con el Voto particular, a la luz de la doctrina establecida en la STC 154/1988 que se citó *supra*, la idea clave de que la condición de elector se identifica plenamente con la efectiva titularidad del derecho fundamental al sufragio activo, cuya única excepción legalmente prevista es, tras la reforma del art. 3 LOREG operada por L.O. 2/2018, a de "*los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento*". La ley no contempla ningún otro condicionante o supuesto de restricción de la titularidad o ejercicio ese derecho como tal *supuesto legal de exclusión*.

Partiendo de esa premisa, la inscripción censal (sin perjuicio de su vinculación al ejercicio del derecho fundamental de sufragio *activo*, por las razones que se exponen en la mentada STC) tiene en realidad un valor declarativo e instrumental que, precisamente en la medida en que resulta esencial para ese ejercicio efectivo del derecho, goza de un mecanismo de tutela similar al de la propia titularidad del derecho de sufragio.

Pero esta conexión no debe inducir a error sobre la naturaleza de ambas cuestiones.

A juicio del Fiscal, la expresada vinculación instrumental entre el sufragio activo y la inscripción censal no puede proyectarse sobre el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y no solo por razones formales como las que se vinculan a la letra del art. 7.2 LOREG, alegado por la parte actora (la norma no exige para ser candidato estar *inscrito en el censo*, sino reunir las condiciones para "ello"), sino por razones de fondo eminentemente ligadas a la propia naturaleza del derecho fundamental.

Como en términos sustanciales se desprende el repetidamente citado Voto particular, la función principal del censo electoral es *acreditar* con valor declarativo, no constitutivo, que los votantes lo son efectivamente –es decir, tienen comprobadamente la condición de *electores*- y, además, *ordenar* el ejercicio de ese derecho de sufragio *activo* determinando con exactitud *dónde* tiene que votar cada uno de ellos, con el evidente fin de evitar que puedan producirse duplicidades de voto y, sin duda, también con la finalidad de asegurar, a través de los sistemas de publicidad, comprobación e impugnación pertinentes, el efectivo ejercicio del derecho, de modo que el elector dispone de los medios para cerciorarse de que, en efecto, el día de las elecciones podrá votar si lo desea.

Todos esos factores instrumentales, por el contrario, carecen de sentido en el ámbito del ejercicio del sufragio pasivo, donde como queda expuesto la referencia a la inscripción censal de los candidatos se concibe y opera únicamente como medio de prueba fehaciente de la condición de *elector* (porque los ciudadanos, siendo electores, son *elegibles* si no se encuentran incurso en causa de ineligibilidad –art. 6.1 LOREG-), pero ni impide otras formas posibles de acreditación de "ello" ni, sobre todo, se condiciona expresamente esa condición de elegible en ningún momento a la *veracidad* o al *operatividad* de los datos del censo. Al contrario, en el contexto del derecho de sufragio pasivo la Ley contempla claramente la condición de *elector* -art. 6.1, *cit.*- como algo distinto del estatus de *elector censado* (art. 7.2), señalando como requisito para ser elegible la primera –*ser elector*- "*no obstante*" la posibilidad de que ni siquiera figuren incluidos en las listas del censo (lo que de facto impide el ejercicio del derecho de sufragio activo).

Precisamente por ello la interpretación que la JEC viene a realizar del artículo 6.1 LOREG, a partir de su pretendida vinculación con la exigencia de inscripción en el censo, no puede ser asumida a juicio del Fiscal.

De la misma manera que tampoco cabe asumir como argumento de refuerzo una afirmación de base exclusivamente fáctica y, en el fondo, especulativa, como es la de la inviabilidad del ejercicio efectivo del derecho al voto por parte de los recurrentes, al ser "notorio" que, pese a estar inscritos en el censo interior, residen fuera de España y no se han incorporado al censo de residentes en el extranjero. Esta Fiscalía entiende, por el contrario, que en la medida en que, estando

vigente su inscripción censal, no conste causa impeditiva explícita de su derecho de sufragio activo, no hay ninguna norma jurídica vigente que impida que puedan efectivamente (intentar) votar en la mesa electoral que les asigna el censo, sin perjuicio, como es natural, de que al intentar hacerlo y antes de conseguirlo son detenidos como consecuencia de su situación judicial de rebeldía, resulte *materialmente* imposible ese ejercicio de su derecho. No puede identificarse esa eventual imposibilidad material, consecuencia sin duda de la aplicación de la ley (procesal penal), con la existencia de una *expresa exclusión legal* de ejercicio del derecho de sufragio -que es lo que, como enseguida se verá, exige el art. 23 CE- para el ejercicio del derecho de sufragio. Otra conclusión obligaría -por elementales exigencias del principio de igualdad- a comprobar la situación procesal penal de todos los votantes censados antes de ejercer efectivamente el derecho al voto, posibilidad carente, al menos en la legislación vigente, de todo soporte normativo.

Partiendo de los precedentes razonamientos, que permiten constatar la inexistencia de un verdadero obstáculo *legal* expreso para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en relación con el contenido formal del censo electoral, se pone de manifiesto en la interpretación que realiza la JEC (entiéndase, el acuerdo mayoritario) un innegable punto de fricción con el tenor literal del artículo 23.2 CE, que proclama el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, "*con los requisitos que señalen las leyes*". Esta última referencia, como es sabido, cobra sentido concreto en relación con el artículo 53.1 de la misma Constitución, cuando advierte que el ejercicio de los derechos fundamentales que "*sólo*" podrá regularse "*por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*", exigencia que además se traduce en una reserva de ley orgánica cuando se trata del "*desarrollo de los derechos fundamentales*" y "*del régimen electoral general*" (art. 81.1 CE).

De modo que la deducción *implícita* de una restricción a la condición de elector (de la que la ley solo excluye a los condenados en sentencia firme, y no a los no inscritos en el censo) como requisito conceptual *previo* al examen de las causas de inelegibilidad, constituye a juicio del Ministerio Fiscal una interpretación sin base normativa suficientemente explícita que produce el efecto de restringir (de hecho, suprimir en el presente caso) el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Resultando, en consecuencia, incompatible con los citados preceptos constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional que impone, como se ha visto, el deber de optar por la interpretación más favorable a ese ejercicio.

Y con ello produce un efecto equivalente al de la creación *ex novo* de una causa de inelegibilidad no prevista en la ley, lo que por obvias razones resulta asimismo no solo incompatible con el texto del art. 6.1 LOREG, que limita taxativamente su aplicación a quienes "*se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad*", sino también con los preceptos constitucionales ya

invocados (arts. 23.2, 53 y 81) y con la doctrina del TC relativa al modo en que han de ser interpretadas las normas que regulan –y en especial las que restringen- los derechos fundamentales.

No hace obstáculo, en fin, a esa conclusión la invocación del artículo 384 bis LECrim, puesto que en él no se contempla en modo alguno la restricción o supresión del derecho de sufragio de los procesados. Este un hecho notorio que no requiere de más argumentación que la evidencia de cómo algunas de las personas actualmente enjuiciadas en el mismo procedimiento en que se hallan rebeldes los aquí recurrentes han podido ejercer su derecho a presentarse a las elecciones, sin objeción de la propia JEC. Y, desde luego, el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y las mismas normas citadas en materia de restricción legal de los derechos fundamentales, impiden absolutamente –huelga también mayor explicación- efectuar una interpretación analógica *in malam partem* que conduzca a equiparar a los *condenados por sentencia judicial firme* que menciona el art. 3 LOREG con los meramente procesados por un delito.

Por consiguiente, el Ministerio Fiscal entiende, de conformidad con los razonamientos expuestos en el Voto particular que acompaña a la resolución de la JEC recurrida, que dicha resolución no es ajustada a Derecho, en cuanto vulnera el derecho fundamental de sufragio pasivo de los recurrentes, en los términos que resultan de los artículos 23.2 CE y 6 LOREG.

Por ello y teniendo a la vista la documentación que nos ha sido remitida, **consideramos que debe estimarse el Recurso Contencioso Electoral interpuesto.**

Madrid a 3 de mayo de 2019

FDO. EL FISCAL

A. Díaz-Ambrona Medrano