

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
SECCIÓN SÉPTIMA
A U T O

Fecha Auto: 23/05/2014

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES *Num.:* 1

Recurso Nº: REC.ORDINARIO(c/a)-380/2014

Fallo: Auto no ha lugar Medida Cautelarísima

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 7A.

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Escrito por: FGG

ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO.
SOLICITUD DE MEDIDAS CUATELARÍSIMAS.
NO HA LUGAR.

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES *Num.:* 1

Recurso Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 380/ 2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Nicolás Maurandi Guillén

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SÉPTIMA

A U T O

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil catorce.

HECHOS

PRIMERO.- El actual recurso contencioso administrativo núm. 380/2014, interpuesto por la asociación "SOM LO QUE SEMBREM" por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos

fundamentales de la persona, se dirige contra el Acuerdo de 19 de mayo de 2014 de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL (JEC).

Este acuerdo, en los términos que más adelante se expondrán, se pronunció sobre la consulta que varias Juntas Electorales Provinciales de la Comunidad Autónoma de Cataluña le formularon sobre la posibilidad de que diversas organizaciones políticas y sociales pudiesen organizar mesas de votación para preguntar a los electores en las proximidades a los colegios electorales los días de reflexión y votación de las elecciones al Parlamento Europeo.

Y en su parte final resolvió literalmente lo siguiente:

"las entidades convocantes deberán abstenerse de realizar los días de reflexión y votación de las elecciones al Parlamento Europeo las actividades objeto de esta consulta. A partir del día siguiente al de la votación, la Junta Electoral Central, dentro del ámbito de sus competencias, no tiene nada que objetar en relación a la realización de esa actividad".

SEGUNDO.- En el escrito de interposición del recurso jurisdiccional, mediante "Otro sí", ha pedido la suspensión cautelarísima, *"inaudita parte"* de la ejecución del Acuerdo impugnado.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén,
Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La decisión de la medida cautelarísima *"inaudita parte"* solicitada por la asociación recurrente *"SOM LO QUE SEMBREM"* requiere tomar en consideración como datos relevantes, expresados en el propio

escrito de interposición del recurso jurisdiccional, los siguientes:

1.- La mencionada asociación, diciendo actuar en nombre de la comisión promotora del Multireferéndum 2014, solicitó de las Juntas Electorales Provinciales de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona la autorización de la celebración de una consulta ciudadana de carácter voluntario en la comunidad catalana, no oficial ni vinculante, para plantear cuatro preguntas generales y otras tres de ámbito local.

Según expresa el escrito de interposición, *"Se trataba de montar mesas de voto en diversos municipios de Catalunya, en las proximidades de los colegios electorales de las elecciones europeas, pero a distancia suficiente para no entorpecer ni interferir en el desarrollo de éstas"*.

Las preguntas que se pretendían plantear, consignadas en el documento núm. 2 que se acompaña al escrito de interposición, eran éstas:

"Preguntas sometidas a votación en la Comunidad Autónoma de Catalunya:

- *¿Qué tipo de agricultura quiere que haya en Catalunya?
Con transgénicos
Sin transgénicos*

- *¿Desea que el gobierno de la Generalitat deje de pagar la deuda y los intereses que la ciudadanía declare ilegítimos?
Sí
No*

- *¿Desea que la ciudadanía de Catalunya establezca un control democrático directo sobre el sector energético?
Sí
No*

- *¿Desea que el grupo promotor de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) pueda someter su propuesta a un referéndum vinculante?
Sí
No*

Preguntas de ámbito local

¿Desea que el proyecto BCN Word siga su desarrollo? (se vota en las comarcas del Tarragonés, Alt Camp i Baix Camp)

Sí

No

• ¿Desea que el servicio de abastecimiento de agua de Lleida sea gestionado directamente por el Ayuntamiento? (se vota en la ciudad de Lleida)

Sí

No

• ¿Desea que se construya la línea de Muy Alta tensión (MAT) de 400 Kv? (se vota en las comarcas de La Selva, Pla de L'Estany, Gironés, Alt Empordá i el Baix Empordá)

Sí

No".

2.- La Junta Electoral Provincial de Girona respondió a la solicitud con una comunicación fechada el 8 de mayo de 2014 que decía lo que continúa:

"PRESIDENT DE LA JUNTA ELECTORAL PROVINCIAL DE GIRONA

A

COMISSIÓ PROMOTORA DE MULTIREFÉRENDUM 2014

Ates el vostre escrit, aquesta Junta Electoral Provincial autoritza la celebració de la consulta sol·licitada, sempre que no es faci cap acte que impliqui directament o indirectament actes de campanya electoral a favor, o en contra d'un partit polític, d'una opció política, o d'algun candidat a les eleccions.

Això suposa que no es poden portar o utilitzar llegendes, símbols, emblemes o temes que directament o indirectament puguin ser constitutius de propaganda electoral.

La consulta esmentada no es podrà realitzar prop dels col·legis electorals, per la qual cosa la situació serà a més de 100 metres dels col·legis esmentats.

En cas d'incompliment, els agents de l'autoritat procediran a dissoldre la consulta i identificar les persones per ser els fets constitutius d'un delicte típic en l'article 144 de la LOREG.

Girona, 8 de maig de 2014".

3.- Las otras Juntas Electorales Provinciales de Catalunya formularon consulta a la Junta Electoral Central sobre la posibilidad de que diversas organizaciones políticas y sociales pudiesen organizar mesas de votación para preguntar a los electores en las proximidades a los colegios electorales los días de reflexión y votación de las elecciones al Parlamento Europeo.

4.- La JUNTA ELECTORAL CENTRAL, en relación con esa consulta, dictó el 19 de mayo de 2014 el siguiente ACUERDO:

"1º.- La competencia de la Junta Electoral Central en relación a determinadas actividades denominadas por sus promotores como multireferéndum" debe limitarse a considerar si resultan compatibles con nuestro ordenamiento jurídico electoral, en la medida en que pretenden realizarse durante el periodo electoral, y en concreto durante las jornadas de reflexión y de votación de las elecciones al Parlamento Europeo de 25 de mayo de 2014.

Debe advertirse que los referidos actos no pueden ser considerados como referéndum ni como consulta popular, en la medida en que para recibir tal calificación es necesario que sean convocados por las autoridades públicas competentes conforme al ordenamiento vigente. En consecuencia tampoco resulta aplicable la doctrina de la Junta Electoral Central sobre consultas populares.

2º.- El art. 53 de la LOREG señala que no puede difundirse propaganda electoral, ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado, sin perjuicio de la libertad de expresión reconocida en el art. 20 de la Constitución. La campaña electoral termina, de acuerdo con el art. 51.3 de la LOREG a las 0 horas del día inmediatamente anterior a la votación.

Por otra parte, el art. 93 de la LOREG establece que "ni en los locales de las Secciones ni en las inmediaciones de los mismos se podrá realizar propaganda electoral de ningún género. Tampoco podrán formarse grupos susceptibles de entorpecer, de cualquier manera que sea, el acceso a los locales, ni se admitirá la presencia en las proximidades de quién o quienes puedan dificultar o coaccionar el libre ejercicio del derecho al voto".

Sobre dichos preceptos, la Junta Electoral Central tiene declarado, en su Acuerdo de 29 de abril de 1991, que "la finalidad de esta disposición es restringir la influencia o injerencia en el sentido del voto", una vez concluida la campaña electoral. Así mismo, en su Acuerdo de 10 de marzo de 2005 ha sostenido que los principios de reflexión y regularidad que deben presidir al acto de la votación impiden que el día señalado para dicho acto puedan celebrarse actos públicos o llevarse a cabo actividades públicas de consulta o encuesta a la población que pueda afectar a los citados principios".

3º.- En el presente caso, esta Junta considera que "montar mesas de voto en distintos municipios de Cataluña, en las proximidades de los colegios electorales" el día de la votación de las elecciones al Parlamento Europeo para plantear preguntas como las enunciadas constituye una actividad de naturaleza política susceptible de ejercer influencia en los electores, que afecta a los principios de reflexión y regularidad que deben presidir el acto de la votación, y que resulta contraria a lo dispuesto en los arts. 53 y 93 de la LOREG.

Este criterio tiene en cuenta los siguientes hechos: en primer lugar, que uno de los convocantes sea un partido político con representación en el Parlamento de Cataluña -Candidatura d'Unitat Popular (CUP)-, formación que legítimamente ha optado por no presentarse a las elecciones al Parlamento Europeo, pero sin que esta opción le permita soslayar la prohibición absoluta de realizar el día de la votación seto alguno de campaña o propaganda electoral establecida en el art. 53 de la LOREG.

En segundo lugar, tiene especial relevancia la circunstancia de que las preguntas que se quieren plantear a los ciudadanos tengan una indudable naturaleza política y se encuentren en el debate político en esa Comunidad Autónoma -como las cuestiones referidas o la política agrícola o energética, al pago de la deuda pública, o la vinculación de las Iniciativas legislativas populares-, o en las localidades afectadas -proyectos locales de parques temáticos, de abastecimiento de aguas o construcción de líneas de alta tensión-. Por ello cabe entender que esa actividad puede suponer una influencia en los electores de forma contraria a lo previsto en el artículo 53 de la LOREG.

Finalmente, un indicio que confirma la naturaleza polémica de estas cuestiones es que los representantes de diversas candidaturas electorales (PP, PSOE, UPyD, Vox y Cílus) se hayan manifestado contrarios a permitir este tipo de acto.

Por ello, las entidades convocantes deberán abstenerse de realizar los días

de reflexión y votación de las elecciones al Parlamento Europeo las actividades objeto de esta consulta. A partir del día siguiente al de la votación, la Junta Electoral Central, dentro del ámbito de sus competencias, no tiene nada que objetar en relación a la realización de esa actividad".

SEGUNDO.- La exposición que realiza la asociación recurrente "**SOM LO QUE SEMBREM**" con el fin de intentar justificar la procedencia de la medida cautelarísima que solicita consta de (I) unas iniciales consideraciones, en las que rebate o critica los argumentos aducidos por la Junta Electoral Central para apoyar la decisión final de su Acuerdo; y de (II) unas posteriores alegaciones en las que viene a invocar la jurisprudencia de esta Sala sobre los criterios que deben presidir la medida de suspensión cautelar.

I.- Esas consideraciones iniciales comienzan con una invocación de la jurisprudencia constitucional sobre la excepcionalidad de los casos en que se debe admitir que un mensaje puede tener capacidad para forzar o desviar la voluntad de los votantes (se cita la STC 136/1999, de 20 de julio); y sobre el criterio restrictivo que se debe seguir en orden a extender el carácter de acto de campaña electoral en orden a las manifestaciones realizadas durante la misma (en este caso la que se cita es la STC de 9 de febrero de 2009). Y, desde ese presupuesto, se arguye, primero, que resulta necesario demostrar la afectación de la democracia participativa preconizada por la JEC más allá de la mera sospecha y, más adelante, que se está ante una sociedad cuya ciudadanía está manifestado sentirse en déficit democrático.

Se completa lo anterior con unas afirmaciones que defienden que la preeminencia de la democracia indirecta o representativa, así como la centralidad de los partidos políticos, debe conjugarse con otras previsiones constitucionales para, de esta manera, dar forma al preámbulo constitucional consistente en establecer una sociedad democrática avanzada; y, caminado por esta línea de pensamiento, se sostiene que, en un sistema institucional en que la delegación abarca la práctica totalidad de las decisiones políticas, el

derecho de participación directa que ampara el art. 23.1 de la Constitución (CE), así como las libertades de expresión e información, deben reforzar las formas de incidencia ciudadana en la conformación de una opinión pública sustentada en el pluralismo político.

Después esas mismas consideraciones rebaten la presencia del partido CUP que la JEC toma en consideración para justificar esa naturaleza política que atribuye al Multireferéndum y, a partir de este dato, apreciar un elemento de influencia sobre los electores. Y para ello se replica, tanto que el apoyo de la CUP a la convocatoria del Multireferéndum es irrelevante o invisible, como que este partido no concurre a las elecciones.

Estas consideraciones iniciales terminan haciendo referencia a que la oposición de los diversos partidos a la consulta objeto de controversia no es de recibo, porque no son ellos sino la JEC la que ha de decidir la procedencia de esa polémica consulta y ha de hacerlo con criterios jurídicos; y mencionando también las consultas populares en Torrelodones y Alcoy efectivamente autorizadas por la JEC.

II.- Las posteriores alegaciones, como ya se ha adelantado, invocan la jurisprudencia de esta Sala sobre los criterios que deben presidir la medida de suspensión cautelar; y se enuncian como tales, con la cita de la STS de 28 de abril de 1999, tanto los referidos al "*periculum in mora*" y al "*fumus boni iuris*", como el que subraya la necesidad de ponderar el perjuicio que para el interés general acarrearía la medida cautelar solicitada.

TERCERO.- El planteamiento de la asociación recurrente que ha quedado expuesto revela que su solicitud de medida cautelarísima se viene a basar en estas tres principales razones que siguen.

La primera es que el déficit que conlleva la democracia representativa o indirecta requiere dar especial virtualidad a los mecanismos de democracia

directa que son inherentes a las libertades de expresión e información, para ampliar de esta manera el pluralismo político que debe contribuir a la conformación de la opinión pública. Y esto a lo que conduce es que la mayor cota que así se alcanzaría, respecto del designio del preámbulo constitucional de establecer sociedad democrática avanzada, representa o encarna el criterio que encierra la fórmula del "*fumus boni iuris*".

La segunda es que en el caso presente es de apreciar también el elemento del "*periculum in mora*", pues de no accederse a la medida cautelar solicitada el actual recurso jurisdiccional perdería su finalidad legítima ya que su estimación no daría debida satisfacción al derecho perseguido por la parte recurrente.

Y la tercera es que no hay un interés público o general con relevancia suficiente que impida u obstaculice la medida cautelarísima reclamada.

CUARTO.- Esta Sala considera que es acertado el planteamiento teórico de la asociación recurrente sobre los criterios que han de ser ponderados para la medida de suspensión cautelar, pero no comparte que esos criterios concurren en el presente caso en el sentido favorable a la medida que dicha recurrente preconiza.

Lo primero que debe decirse es que la debida observancia del período de reflexión representa un interés de suma importancia para la defensa de la democracia que materializa el sufragio universal, como viene a proclamar el postulado de sufragio libre que contiene el art. 68 CE; que esa debida observancia lo que exige es que, después del pluralismo que es inherente a la campaña electoral, el acto esencial del sufragio se vea necesariamente precedido de un mínimo lapso temporal en el que quede garantizado un contexto de serenidad y neutralidad para que el elector pueda formar libre y espontáneamente su definitiva convicción política sin influencias con entidad bastante para alterarla; y que el logro de que de esa manera aflore sin

interferencias la auténtica voluntad del elector es la mayor garantía para que el acto formal de la votación haga realidad una verdadera democracia.

Esta primera premisa hace que sean inicialmente de compartir las afirmaciones de la JEC sobre que las preguntas que pretendía plantear la asociación recurrente constituyen una actividad de naturaleza política susceptible de influir en los electores y de afectar a los principios de reflexión y regularidad que deben presidir el acto de votación; y sobre que así debe ser considerado porque dichas preguntas se encuentran en directa conexión con el debate político existente en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Lo segundo a señalar es que la eficacia del debate social pretendido con esa iniciativa de la asociación recurrente que aquí es objeto de discusión no exige inexcusablemente su coincidencia con el acto de votación, pues aún en el hipotético caso de que aquélla no fuera ilícita podría realizarse en circunstancias y momentos distintos sin que por ello perdiera su utilidad como elemento de conformación del pluralismo político; y dicho lo que antecede exclusivamente desde la óptica del "*periculum in mora*", sin entrar por tanto ni en la calificación jurídica de la iniciativa de la asociación recurrente ni en su ilicitud, por no considerarlo necesario para el pronunciamiento de justicia tutelar que en el actual momento procesal se decide.

Y lo tercero a subrayar es que en el actual momento procesal no hay datos bastantes que de manera inequívoca o bastante probable justifiquen calificar como jurídicamente incorrecto el acuerdo de la JEC que aquí se recurre.

Todo lo cual se resume, como ya ha sido adelantado, en que no son de apreciar en el actual caso ninguno de los criterios que la asociación recurrente invoca para justificar su petición de suspensión cautelarísima; esto es, que no hay razones para advertir el perjuicio de imposible o difícil reparación que constituye el elemento del "*periculum in mora*", tampoco es de apreciar el "*fumus boni iuris*" y, finalmente, que sí hay indiciariamente razones de interés general que aconsejan no suspender la inmediata

ejecución del acto recurrido.

LA SALA ACUERDA:

1.- No haber lugar a la suspensión cautelarísima "*inaudita parte*" que ha sido solicitada en las presentes actuaciones por la asociación "*SOM LO QUE SEMBREM*" de los efectos del Acuerdo de 19 de mayo de 2014 de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL (dictado en el Expediente 299/95).

2.- Disponer que continúe la tramitación del incidente cautelar con la formación de la correspondiente pieza separada

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:23/05/2014

**VOTO PARTICULAR QUE EFECTÚA LA EXCMA SRA
MAGISTRADA DOÑA CELSA PICO LORENZO AL AUTO de fecha 23 de
mayo de 2014 en el recurso 380/2014.**

PRIMERO.- No existe discrepancia con lo consignado en los razonamientos primero, segundo y tercero, relativos al acto impugnado, la posición de la asociación recurrente y los criterios que rigen la adopción de medidas cautelares, en este caso cautelarísima, art. 135 LJCA, en razón de lo dispuesto en los arts. 129-130 LJCA y su interpretación jurisprudencial.

SEGUNDO.- La divergencia surge en la parte dispositiva del auto como consecuencia de lo vertido en el razonamiento cuarto, al entender debería haberse accedido a la pretensión de suspensión solicitada.

Las razones que conducen, en la respetuosa opinión, de la suscribiente son las que se van a exponer.

La solicitante en su escrito de demanda de protección de los derechos fundamentales hace mención a la lesión de los derechos de libertad de expresión, art. 20 CE, y de participación directa en asuntos públicos, art. 23. CE.

No es el ámbito de la pieza cautelarísima el adecuado para pronunciarse sobre el fondo de ambos si bien es preciso realizar unas consideraciones a fin de poder hacer el pronunciamiento sobre la medida cautelar.

TERCERO.-Entiendo que no está concernido el derecho de sufragio, art. 23, CE, aunque sí el art. 20, CE.

La referencia a que no está vinculado el art. 23 CE es necesario hacerla para poner de relieve que no estamos frente a una consulta popular realizada, en este caso al tratarse de actividades en la Comunidad Autónoma de Cataluña, al amparo de la Ley 4/2010, de 17 de marzo, sino frente a una “suerte de voto informal”, (el subrayado es nuestro) tal como expresó esta Sala, Sección Cuarta en su Sentencia de 27 de enero de 2005, recurso de casación 163/2004, F.J. 1º.

En tal recurso, invocando el derecho de reunión, art. 21 CE, se examinó una actividad consistente en la instalación de mesas en la proximidad de los Colegios electorales y la invitación a pronunciarse (el subrayado es nuestro) sobre diversos temas relativos a democracia, guerra y violencia, ecología, medio ambiente y economía.

La antedicha naturaleza queda clara en el Acuerdo de la Junta, cuya suspensión se insta, al poner de relieve faltan los elementos para calificarla de referendium o de consulta popular, independientemente de cómo la denominen los solicitantes.

Ese “voto informal” viene a ser, una especie de encuesta, aprovechando la concentración de ciudadanos en los colegios electorales lo que se integra con la libertad de expresión.

CUARTO.- Sentado lo anterior entiendo que el derecho a la libertad de expresión manifestada a través del antedicho voto informal no debería ser

cercenada.

Mediante la iniciativa se trata de pulsar la opinión sobre cuestiones que, en general, carecen de proyección sobre las competencias del Parlamento europeo, según el Tratado de la Unión Europea, que son las materias sobre las que gira, o debe girar, la difusión de propaganda electoral y que el art. 93 de la LOREG protege.

No se vislumbra que las preguntas sobre las que se pretende ejercitar la actividad objeto de impugnación –consignadas en el razonamiento primero de este auto- sean materias de puro ámbito de competencia de la Unión Europea que obstaculicen la reflexión del día de la votación de la única consulta de rango legal, con todos sus efectos, convocada para el día 25 de mayo. Tampoco que las preguntas tengan capacidad de influir en la convocatoria de elecciones al Parlamento europeo.

Procede traer a colación lo vertido en el FJ Cuarto de la Sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 2000, recurso de casación 4533/1996 recordando la doctrina constitucional acerca de que las medidas limitadoras de un derecho fundamental, en tal supuesto el de libertad de expresión, habrá de ser necesarias al fin perseguido. Se había cambiado de día de programación un programa televisivo de una organización sindical en atención a la posible interferencia que el mismo podría comportar sobre la formación de intención de votos de los ciudadanos. La Sala entendió que había motivación insuficiente para limitar derechos fundamentales.

En la precitada Sentencia de 13 de diciembre de 2000 se dijo, FJ Cuarto, que no había *"ningún dato que permita sostener que el programa trasladado iba a sobrepasar el marco del ámbito propiamente sindical para desembocar en un programa de orientación al voto en un determinado sentido"*.

QUINTO.- Tras lo expuesto entiendo que si se da un "periculum in

mora”, pues de no accederse a la pretensión, resulta difícil para la asociación recurrente tener a su disposición un elevado número de ciudadanos a los que poder formular distintas preguntas.

También considero que, a partir de las consideraciones de este Tribunal en Sentencia de 27 de enero de 2005, sobre el “voto informal” no existe una “apariencia de buen derecho” en la actuación de la Junta Electoral.

Finalmente no pienso que existan razones de interés general que veden el ejercicio de la libertad de expresión, que no de participación política, en los términos solicitados.

Debería pues haberse acordado declarar Haber lugar a la suspensión cautelarísima “inaudita parte” solicita por “Som lo que sembren”, de los efectos del Acuerdo de 19 de mayo de la Junta Electoral Central.

Fdo.: D^a Celsa Pico Lorenzo