

# Régimen electoral municipal

ISABEL CASTELL SOLÀ

## DICTAMEN

De 15 de mayo de 1998

Dictamen solicitado por un grupo de vecinos del municipio de La Sénia (Tarragona), previo a la interposición de una impugnación o una reclamación contra la elección del alcalde de las pasadas elecciones municipales, en relación a la normativa vigente en material electoral; la Constitución Española de 1978, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) y la Ley 7/95, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

El aludido grupo de vecinos se siente en desacuerdo con lo ocurrido en las pasadas elecciones municipales (año 1995), que tras los resultados de las votaciones, en donde se observaba que ningún partido había obtenido la mayoría absoluta, siendo un partido de izquierdas el partido más votado con un 31'2% del total, llegado el día de la elección del alcalde (17 de junio) los dos partidos siguientes en número de votos (PSOE-PSC- y PP), que ideológicamente se colocan uno a cada extremo, desataron de forma inesperada un pacto político entre ambos, que les permitió obtener la alcaldía, encontrándose el partido con más votos (aunque sin la

mayoría) en la oposición, y, sin ni siquiera disponer de un despacho en el Ayuntamiento.

## FUNDAMENTOS

### I

Antes de proceder al examen formal de si es viable la presentación de un recurso contencioso-electoral o cualquier otro medio de impugnación o reclamación, abordo el tema de la **naturaleza del objeto que se pretende impugnar**.

1. El objeto que se pretende impugnar es la elección y proclamación del alcalde.

Se trata, a mi parecer, de un **ACTO POLÍTICO** por contraposición a acto administrativo, entendido éste como aquel acto jurídico realizado por la Administración con arreglo al Derecho Administrativo.

La elección se realiza en la sesión constitutiva de la correspondiente Corporación, con lo que no existe propiamente acto de la Administración Electoral.

El concepto de "acto político del Gobierno" y, por tanto, impugnabile en sede jurisdiccional, tal y como estaba regulado en el artículo 2 b) de la LJCA,

y tal y como fue dibujado por la jurisprudencia, debe ser hoy revisado a la luz de los preceptos constitucionales.

El artículo 2 b) decía:

*"No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa:*

*b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interna del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa".*

El administrativista PARADA VÁZQUEZ dice que "tras la Constitución Española de 1978, y dada la terminante amplitud con que se declara la justiciaabilidad de los actos y disposiciones de la Administración en sus artículos 24, 103 y 106, no queda más espacio para el acto político que aquel que es expresión de la función gubernamental propiamente dicha, es decir, los actos de relaciones internacionales y los actos constitucionales de relaciones entre los poderes públicos".

2. Además, estamos ante un **ACTO DISCRECIONAL**, en contraposición a acto reglado. Los actos discrecionales son aquellos actos que han estado dictados en el ejercicio de potestades discrecionales.

Se señala que el control que han de ejercitar los tribunales es un control de legalidad, no de oportunidad.

El Tribunal Supremo ha defendido la potestad discrecional como "la capacidad de opción, sin posibilidad de control jurisdiccional, entre diversas soluciones, todas válidas igualmente porque la ley las permite".

En cualquier caso se advierte que aquella libertad de determinar no es ab-

soluta, sino que exige un proceso de razonamiento, y que la discrecionalidad nunca equivale a la arbitrariedad.

3. Dentro de los actos discrecionales hay **elementos reglados** que sí pueden someterse al control judicial.

Sobre la base de esta afirmación, atiendo a los elementos reglados que tiene el acto de elección de alcalde para ver si se han cumplido.

Acudo, para ello, a la normativa vigente, en concreto, a la Constitución Española de 1978, a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) y a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

La Constitución Española establece, tanto entre sus normas de organización y procedimiento como en las de contenido, una serie de principios que determinan rigurosamente lo electoral.

La Constitución Española marcó una ruptura con nuestra tradición constitucional. (Hay en el proceso de transición a la democracia y en la propia Constitución de 1978 una voluntad de ruptura, no sólo con el pasado autoritario franquista sino también con la escasa democracia del período de la Restauración.).

En primer lugar, constitucionalizó por primera vez el marco global de las diferentes elecciones; en segundo lugar, estableció por primera vez el sistema de representación proporcional como sistema usual, y por último, reconoció la pluralidad de fuentes de leyes electorales acorde con el sistema plural de poder político que se reconoce con la creación constitucional de las Comunidades autónomas. La finalidad última era crear gobiernos estables y, asegurar la representatividad a través esencialmente de partidos políticos. El fundamento del sistema electoral se establece en el **artículo 1.2 de la Constitución Española**:

*"La soberanía nacional reside en el*

pueblo español, del que emana los poderes del Estado”.

Esta redacción señala el carácter democrático del sistema político español y, se establece el derecho al sufragio activo y pasivo (art.23) como base del sistema político:

*“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.*

Se posibilita el derecho a la participación directa, y se instituye la **democracia representativa como forma de Estado, anulando cualquier posibilidad de retorno al pasado de lo que el franquismo llamó “democracia orgánica”.**

Partiendo de la Constitución Española se puede definir el Derecho electoral como aquellas disposiciones constitucionales de carácter orgánico-procedimental que fijan las reglas y establecen los procedimientos de naturaleza jurídica mediante los cuales cabe dilucidar la provisión de los órganos y cargos públicos representativos, y de donde se deriva un conjunto de normas jurídicas positivas, actos administrativos y resoluciones judiciales, que regulan y garantizan tanto los procesos electivos como el derecho de los ciudadanos a influir activa y pasivamente en ellos.

La Constitución Española permite el desarrollo legislativo del Derecho electoral, entendiéndose la **ley electoral como la “norma primaria de un E. democrático** en cuanto que constituye un marco garantizador de la libre competencia por el poder entre las fuerzas políticas en presencia, cuya articulación procedimental es la elección (método especial de selección de los dirigentes, de creación de los órganos representativos)”.

Las elecciones tienen un carácter político (se materializan en el espacio público estatal) y obtienen su fuente de legitimidad del principio de representa-

ción democrática que se articula mediante el ejercicio de derechos políticos, en concreto, mediante derechos de participación.

En materia de elecciones municipales la Constitución Española únicamente dedica el artículo 140, cuando dice que *“Los Concejales (órganos de la Administración local) serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos”.*

En cambio, establece de manera bastante precisa, el marco del sistema electoral para las elecciones a Cortes Generales y de forma más genérica para los demás escalones electorales.

La Constitución Española encorseta la composición de ambas cámaras (marco rígido para el Parlamento español). Se ha pretendido crear la base para instaurar un Gobierno que, al menos, a nivel institucional, se configure fuerte y estable.

Se establece respecto a la constitución del Congreso de los Diputados (art. 68 CE) el número mínimo y máximo de diputados (300 y 400 diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establece la ley), también se establece la obligación de otorgar una mínima representación oficial a cada circunscripción, la circunscripción electoral, que es la provincia, y el criterio de representación que es el proporcional.

La voluntad del constituyente ha sido la creación de una cámara poco fragmentada con un refuerzo considerable a los partidos grandes.

El número de escaños que establece la Constitución Española configura una cámara baja pequeña.

Sobre la constitución del Senado (cámara de representación territorial) está el artículo 69 de la Constitución Espa-

ñola, que no señala ningún modelo de Cámara Alta.

El Derecho electoral puede establecerse en la propia Constitución, o bien derivarlo hacia una regulación legislativa. La distinción no deja de tener relevancia. Si la normativa electoral es de rango legislativo, cualquier mayoría parlamentaria puede modificarla sin mayores dificultades. En cambio, si se sitúa en el plano constitucional, su modificación es más dificultosa.

En el caso español, como en muchos otros, el Derecho Electoral se derivó hacia una regulación legislativa, apareciendo la Constitución Española como límite a la ulterior positivación. Así que la normativa general y específica en materia electoral es la LOREG y sus leyes de desarrollo, que dan vida a un sistema fundamental único para regular todos los procedimientos electorales que prevé nuestro ordenamiento, frente al cual ceden las demás normas particulares. En la LOREG, Título III, se contienen las disposiciones especiales para las elecciones municipales, y concretamente la elección de alcalde se regula en los artículos 196 a 200 de la misma.

Según el artículo 196:

*En la misma sesión de constitución de la Corporación se procede a la elección del Alcalde, de acuerdo con el siguiente procedimiento:*

*Pueden ser candidatos todos los Concejales que encabezen sus correspondientes listas.*

*Si alguno de ellos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo.*

*Si ninguno de ellos obtiene dicha mayoría es proclamado Alcalde el Concejale que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente Municipio. En caso de empate se resolverá por sorteo.*

*En los Municipios comprendidos entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a Alcalde todos los concejales; si alguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales, es proclamado electo; si alguno no obtuviese dicha mayoría, será proclamado Alcalde el Concejale que hubiere obtenido más votos populares en las elecciones de Concejales.*

Artículo 197:

*El Alcalde puede ser desistuido de su cargo mediante moción de censura adoptada por la mayoría absoluta del número de Concejales.*

*La moción debe ser suscrita, al menos, por la mayoría absoluta de los Concejales e incluir el nombre del candidato propuesto para Alcalde, quien quedará proclamado como tal en caso de que prospere la moción. La moción debe ser discutida y votada en el plazo de quince días desde su presentación, en un pleno convocado al efecto. Ningún Concejale puede suscribir durante su mandato más de una moción de censura.*

*A los efectos previstos en el presente artículo, todos los Concejales pueden ser candidatos.*

Artículo 198:

*Salvo en el supuesto regulado en el artículo anterior, la vacante en la Alcaldía se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 196, considerándose a estos efectos que encabeza de liste en que figuraba el Alcalde, el siguiente de la misma, a no ser que renuncia a la candidatura.*

Artículo 199:

*El régimen electoral de los órganos de las entidades locales de ámbito territorial inferior al Municipio será el que establezcan las leyes de las Comunidades Autónomas que las instituyan y reconozcan, que en todo caso, deberán respetar lo dispuesto en la Ley*

reguladora de las bases del régimen local, en su defecto, será el previsto en los números siguientes de este artículo.

Los Alcaldes Pedáneos son elegidos directamente por los vecinos de la correspondiente entidad local por sistema mayoritario mediante la presentación de candidatos por los distintos partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores.

Las Juntas Vecinales de las Entidades locales menores están formadas por el Alcalde Pedáneo que las preside y dos Vocales en los núcleos de población inferior a 250 residentes y por cuatro en los de población superior a dicha cifra, siempre que el número de Vocales no supere el tercio del de Concejales que integran el Ayuntamiento, en cuyo caso el número de vocales será de dos.

La designación de estos vocales se hará de conformidad con los resultados de las elecciones para el Ayuntamiento de la Sección o Secciones constitutivas de la entidad local menor.

La Junta Electoral de Zona, determinará, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 163, el número de vocales que corresponde a cada partido, federación, coalición o agrupación.

Realizada la operación anterior, el representante de cada candidatura designará entre los electores de la entidad local menor a quienes hayan de ser vocales.

Si las Juntas Vecinales no hubiesen de constituirse, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre régimen local, por haberse establecido el funcionamiento de la entidad en régimen de Consejo Abierto, se elegirá en todo caso, un Alcalde Pedáneo en los términos del número 2 de este artículo.

Artículo 200:

Las Juntas Electorales Provinciales adoptarán las resoluciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto

en el artículo 179.2 de esta Ley, con el fin de que sea elegido el Alcalde de los Municipios que funcionen en régimen de Consejo Abierto.

8. La Ley reguladora de las Bases del Régimen Local en su capítulo de organización dedica el artículo 19 a las elecciones municipales, donde hay una remisión a la legislación electoral general.

El artículo 19 establece:

*El gobierno y la administración municipal, salvo en aquellos Municipios que legalmente funcionen en régimen de Consejo Abierto, corresponde al ayuntamiento, integrado por el Alcalde y los Concejales.*

*Los Concejales son elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y el Alcalde es elegido por los Concejales o por los vecinos; todo ello en los términos que establezcan la legislación electoral general.*

Según la normativa actual, los elementos básicos del sistema electoral municipal son:

La circunscripción que está constituida por la totalidad del municipio.

Los concejales que son elegidos directamente por los ciudadanos, mientras que el alcalde es elegido sólo de modo indirecto, por los concejales.

El número de concejales por municipio que varía con la población, aunque no de modo proporcional. (En los municipios con un número de residentes de 5.001 a 10.000, el número de concejales es de 13.)

La fórmula electoral es proporcional, mediante el sistema D'Hont, con listas cerradas y bloqueadas, y con un umbral mínimo de 5 por 100 de los votos emitidos.

Lo que aquí interesa es que el alcalde es elegido entre los primeros de la lista por mayoría absoluta de los votos de los

concejales; si ningún concejal obtiene esta mayoría, será proclamado alcalde el cabeza de la lista más votada, y en caso de empate se resuelve por sorteo.

En los municipios de 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a alcaldes todos los concejales; si alguno obtiene la mayoría absoluta de votos de los concejales será proclamado electo; si ninguno obtuviera esta mayoría será proclamado alcalde el concejal que hubiera obtenido más votos populares en las elecciones de concejales.

La Sénia, que es un municipio de más de 250 habitantes, en concreto tiene más de 5.000 habitantes, la elección de alcalde se debe llevar a cabo por parte de los concejales que forman el pleno municipal en sesión pública, el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los concejales electos, en cuyo supuesto se llevará a cabo el cuadragésimo día posterior a las elecciones.

En el supuesto concreto, se ha seguido el procedimiento legalmente establecido.

Si se concibe la elección y proclamación de alcalde como un acto político y discrecional, y no se ha infringido el elemento reglado del mismo como es el cauce para tomar la alcaldía, resultaría, a priori, banal, que los tribunales entraran a conocer el caso.

## II

La solicitud de este dictamen se hace con la pretensión de impugnar la elección de alcalde y, como materia de Derecho electoral, examino su posible sujeción al control jurisdiccional y a un sistema de garantías. En concreto, procedo a analizar la posibilidad de que por medio de ello, se pueda impugnar el acto que es centro de nuestra atención.

Atiendo a ver cuáles son éstas garantías en materia electoral (recogi-

das en la LOREG), y si es posible que por medio de alguna de ellas, se pueda impugnar la elección del alcalde.

1. Si consideramos la doble dimensión del **Derecho electoral**, apreciamos en un sentido amplio, que responde a un conjunto de normas jurídicas que regulan la elección de los miembros de los órganos representativos, y que en su sentido estricto, son aquellas normas en las que contienen las determinaciones legales que afectan al derecho del individuo a influir en la designación de los órganos representativos y que condicionan la capacidad electoral de los ciudadanos, es decir, en este sentido, el Derecho electoral es la regulación del derecho al sufragio, cuyo contenido esencial se limita a establecer las condiciones jurídico-subjetivas que determinan la participación política de los ciudadanos, y de ahí, que el Derecho electoral configure el carácter democrático del Estado y determine el grado de legitimidad que alcanzan los órganos constitucionales y las instituciones políticas de carácter representativo que lo integran (al Estado).

Los fines objetivos del Derecho electoral son: la organización de las elecciones y el procedimiento electoral político.

Se dice que el objetivo final y específico del Derecho electoral radica en asegurar jurídicamente el ejercicio de la soberanía popular y la legitimación democrática del sistema político. "España se constituye en Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1 CE).

El primer artículo de nuestro Texto fundamental dispone la forma de Estado, señala tres realidades superpuestas: el carácter "social", que se refiere a la conexión entre la organización y el funcionamiento del Estado y la estructura y dinámica de la sociedad; el carácter "democrático", en tanto que el Estado ha de ser la expresión del pueblo (es el carácter que nos interesa); y el carácter de "estado de derecho", en el sentido

que su funcionamiento y su realidad orgánica han de estar sometidos a un ordenamiento jurídico creado, desarrollado y aplicado de acuerdo con la Constitución como norma suprema.

Haciendo una breve referencia histórica señaló que la democracia no ha acompañado al constitucionalismo hasta finales del siglo XIX y comienzos del XX, cuando se expanden los derechos de participación en amplios sectores de la sociedad que hasta la fecha habían sido apartados de los órganos de poder. Es a partir de la II Guerra Mundial cuando se incorpora la definición democrática del Estado a los textos constitucionales. En la historia del constitucionalismo español, tenemos un único precedente de la actual Constitución de 1978 que incorpora el adjetivo "democrático", es la Constitución española de 1931.

#### **Se considera la democracia como un principio de convivencia.**

La forma específica de concebir el poder en un Estado democrático es en atención al principio de la soberanía popular, donde el referente último tiene que ser la voluntad del pueblo. (La Constitución Española organiza los poderes estatales de manera que su configuración proceda de la voluntad popular; así en el ámbito de los órganos locales, según el artículo 140 de la Constitución Española, la Administración municipal corresponde a los Ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales que son elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida en la Ley).

**Estructuralmente la democracia se vincula tanto al pluralismo social como al principio participativo;** concepción pluralista de la realidad social, frente al unitarismo que preside la visión social propia de los regímenes autoritarios, y participación como principio rector de la vida social y política.

La democracia supone una comprensión de la sociedad como entramado,

como trama plural en la que se interrelacionan los distintos grupos sociales, reconocidos de este modo en su autonomía y en la legitimidad de su propia diversidad.

La constitución Española ya en su artículo 1.1 considera el pluralismo político como un valor superior del ordenamiento jurídico. Pero, incluso se puede decir que va más allá de su proyección política, puesto que dicho criterio queda referido a la totalidad de las estructuras básicas.

La manifestación señera de este pluralismo se dice que se encuentra en la constitucionalización por el Título Preliminar de las instituciones sociales como son los partidos políticos, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales que simbolizan el pluralismo político.

El artículo 6 de la Constitución Española sube al máximo rango normativo (por primera vez en nuestra historia constitucional) a los partidos políticos; éstos expresan el pluralismo político, ayudan en la formación y manifestación de la voluntad popular y son el instrumento fundamental para la participación política (discutible).

El principio de participación es la consecuencia obligada de la atribución al pueblo (español) de la soberanía nacional. El artículo 1.2 de la Constitución Española introduce el concepto de soberanía nacional, concretando que ésta reside en el pueblo español, de donde emanan los poderes del Estado; si del pueblo emanan todos los poderes del Estado, resulta lógico que el proceso político se asiente en la participación de todos los ciudadanos.

El proceso de poder en una sociedad democrática supone no sólo una comprensión plural de ésta, sino que se exige de la competencia entre los diferentes individuos y grupos, necesario, para ello, la previa participación de todos.

El artículo 23 de la Constitución Española reconoce que los ciudadanos tie-

nen el derecho a participar en los asuntos políticos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Este artículo alude a los cauces a través de los cuales puede institucionalizarse el principio de participación: participación directa y la indirecta. (Hoy en día se da predominio absoluto a las funciones de participación representativa, frente el carácter limitado de los mecanismos de participación directa).

Siendo así, la manifestación de la capacidad política de los ciudadanos sólo puede verificarse, en lo que se refiere al proceso electoral, mediante una legitimación activa específica que transforma aquélla en una capacidad jurídica concreta, eficiente y positiva. Las normas electorales definen tanto positiva como negativamente las condiciones requeridas para disfrutar de la capacidad de ser elector y/o candidato a cargos representativos, así como las situaciones subjetivas a las que se aplican limitaciones por incapacitación civil o penal.

Todos los ciudadanos poseen la capacidad objetiva para concurrir a la formación de la voluntad estatal, sin otras limitaciones que las expresamente determinadas por Ley.

**Nuestra democracia pretende ser una democracia representativa** que implica el carácter derivado de toda autoridad política y, por tanto, la necesidad de establecer el mecanismo de elección de los representantes y de los gobernantes.

**Se reconoce que el mecanismo más conveniente consiste en la participación popular por medio de las elecciones como método principal de designación de las personas a quien se ha de confiar el gobierno.** Las elecciones son un mecanismo social para sumar preferencias particulares que atribuye a un grupo reducido la función de ocupar temporalmente cargos representativos de autoridad.

Según la doctrina constitucionalista clásica, el sufragio no es sólo la operación para elegir a los titulares de los cargos de responsabilidad pública, sino que también es un medio que permite que los electores manifiesten delante de una propuesta determinada, de forma que participen directa y colectivamente en la orientación y definición de la política nacional.

El sufragio universal es el medio de comunicación principal entre la sociedad y el gobierno por medio del elemento individual (los ciudadanos) y el territorio (las circunscripciones) para expresar y traducir la "voluntad general".

Las elecciones tienen que ser disputadas o competitivas: libres, pluralistas y periódicas, como rasgo fundamental que define los regímenes democrático-participativos.

En los sistemas pluralistas la representación política no está encarnada por el soberano absoluto, el dictador carismático o el partido único que se autoproclaman representantes de los intereses del pueblo. La representación tiene que estar sujeta a controles institucionales y a garantías jurídicas que caracterizan decisivamente el tipo de régimen basado en equilibrios sistemáticos. Es, pues, el electorado, previamente delimitado, quien vota de una manera individual. A continuación, estos votos se computan y, de acuerdo con un procedimiento técnico establecido, se distribuyen los cargos. La elección se tiene que hacer, al menos, entre dos ofertas, ya que este es uno de los factores principales que diferencian las elecciones competitivas de las no competitivas.

En las elecciones competitivas tiene que haber libertad de propuestas, competencia entre diversos candidatos, igualdad de oportunidades, voto secreto, procedimiento electoral regulado y periodicidad. Este es el esquema liberal-pluralista.

Las principales funciones de las elecciones se pueden agrupar en tres bloques:

Producir representación: las elecciones son, desde este punto de vista, una técnica para articular la confianza política de la sociedad que se transfiere a los partidos, los cuales actúan, en cierta manera, como elementos de sustitución de la participación directa, ya que reciben la confianza popular.

Producir gobernabilidad: las elecciones permiten la transferencia pacífica de los cargos representativos y regulan así la rotación del poder. Los gobiernos están limitados por las elecciones, ya que pueden ser desplazados del poder. Éste es uno de los elementos fundamentales de la democracia. Al crearse oposición, se prepara un posible cambio del personal dirigente para el futuro.

Producir legitimación: significa reforzar el consenso social hacia el sistema político. Las elecciones permiten canalizar en buena medida el conflicto y las demandas, son, en definitiva, un elemento importante de movilización de los ciudadanos para reforzar su lealtad al sistema y, paralelamente, inducen una determinada forma de conciencia política-colectiva.

Respecto a la organización de las elecciones hay que distinguir entre los actores jurídicos subjetivos (electores y partidos) y los actores jurídicos público-estatales (titulares de la potestad de decidir sobre y proceder al control de la totalidad del proceso electoral, donde se encuentra la Administración electoral).

La ejecución activa debe realizarse de manera personal, igual, libre y secretamente, quedando a criterio del legislador ordinario las causas por las que puede suspenderse individualmente su disfrute, así como las medidas procesales para su tutela efectiva.

En lo que concierne a la ejecución pasiva, la normativa electoral específica detalladamente las condiciones necesarias para su ejercicio, diferenciando los requisitos concretos para acceder a la condición de elegible para los distintos órganos, así como indicando

los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad.

## 2. Respecto al **procedimiento electoral** señalo lo siguiente:

Si las elecciones se resuelven mediante el acto electivo, éste al ser el fin último de las mismas, implica la existencia de un cauce jurídico que permita su logro. El cauce jurídico (procedimiento electoral) positiva un método y unas técnicas electorales que el constituyente entendió eficientes y eficaces; eficientes por cuanto son capaces de aproximar en la medida de lo posible las expresiones de la voluntad general a la representación política que resulta de la elección y, eficaces en tanto integran procedimentalmente los diferentes elementos del acto electoral, a la vez que contienen las **garantías jurisdiccionales** necesarias para proteger el acto electivo.

3. Por lo general, las constituciones modernas suelen contener una serie de previsiones en orden a conferir la tutela y la garantía del procedimiento electoral a ciertos órganos colegiados, cuya composición y naturaleza los diferencia de la Administración Electoral. (En España ello se encuentra en la LOREG).

La Administración Electoral es aquella específica estructura organizativa, pública, titular de relaciones jurídico-administrativas de carácter singular que tiene como finalidad primordial asegurar la licitud, la certeza y la seguridad jurídica de los actos electorales cuya gestión integral y plena jurisdicción le atribuye el ordenamiento positivo.

La Administración Electoral atiende a la regulación formal del procedimiento, mientras que es competencia de los órganos de tutela y garantía la resolución de toda cuestión litigiosa que afecte a sus resultados.

La tendencia general respecto a la naturaleza de tales órganos apunta hacia los de carácter judicial, de tal manera que los actuales ordenamientos bien se proveen de jurisdicciones electorales ad

hoc o bien atribuyen tales competencias a la ordinaria, configurándose lo contencioso electoral como un ámbito jurisdiccional específico (caso español).

De este modo, en España, la jurisdicción competente para conocer de lo contencioso electoral es la ordinaria, encomendándose tal acción a las salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en lo que se refiere a elecciones locales o autonómicas y en lo tocante a la proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales, y se acude por medio del recurso contencioso-electoral.

Una primera garantía, con la que nos encontramos, es el **recurso contencioso-electoral**.

4. ¿Es posible acudir a esta primera garantía jurídica electoral en el supuesto concreto?

La especificidad del recurso contencioso-electoral se contiene en lo dispuesto por la LOREG en los artículos 109 a 116, donde se concretan el objeto, la legitimación, el desarrollo del proceso y los efectos de su resolución. Subsidiariamente se acude a la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El objeto del recurso contencioso-electoral radica en posibilitar una plena tutela judicial de los derechos político-electorales de los ciudadanos, permitiendo la acción frente a los tribunales para resolver cualquier conflicto derivado de los acuerdos de la Administración Electoral, relativos a la proclamación de candidaturas y de representantes electos de los órganos legislativos y de las Corporaciones Locales, así como de los Presidentes de estas últimas entidades.

Según el artículo 109:

*Pueden ser objeto de recurso electoral los acuerdos de las Juntas electorales*

*sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.*

Ya tenemos un primer obstáculo: no estamos ante un acto administrativo.

En materia contencioso-electoral, la pretensión sólo será idónea si se solicita del tribunal uno de los siguientes fallos:

Declaración de nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos que se piense corresponda, y/o

Declaración de nulidad de la elección y de la necesidad de efectuar una nueva convocatoria en la circunscripción, o de proceder a nueva elección del Presidente de la corporación local de que se trate. (En este último supuesto se podría incluir la petición que pretendía hacer el grupo de vecinos).

Pero, según la LOREG (art. 110), están legitimados para interponer el recurso contencioso-electoral (o para oponerse a los que se interpongan):

Los candidatos proclamados o no proclamados.

Los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción.

Los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidatura en la circunscripción.

En ningún supuesto se incluye a los electores (a los vecinos que muestran su disconformidad), puesto que el único requisito exigible para apreciar legitimación suficiente radica en haber participado efectivamente en el proceso electoral, presentando candidaturas y concurriendo al mismo, de tal manera que se satisfaga la apreciación del interés directo de la parte.

En cuanto al plazo de interposición, se establece el de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos.

El recurso contencioso-electoral entendido como aquel proceso jurisdiccional mediante el que se intenta garantizar y controlar la legalidad del derecho de sufragio y del procedimiento electoral, en el caso concreto, no podrá utilizarse por cuanto:

1º Es inadmisibile, ya a priori, sin entrar a analizar el fondo de la pretensión, porque no se tiene la legitimación activa correspondiente,

2º Y, además, su finalidad última radica en impugnar actos administrativos dimanantes de los órganos de la Administración Electoral, y en tal supuesto no estamos ante un acto administrativo, como ya advertí en el razonamiento anterior.

### III

En la normativa de la LOREG también se regula el recurso de amparo electoral que se presenta como un supuesto no específico del recurso de amparo constitucional.

Se introduce este procedimiento singularmente abreviado y sumario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con el fin de que las resoluciones en materia decisiva para el total sistema democrático puedan obtenerse en un plazo razonablemente corto de tiempo.

Los requisitos procesales que afectan este recurso son:

Respecto a la legitimación, dispone el artículo 49.1 LOREG que están legitimados exclusivamente cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas y los de las denegadas.

Según el aludido artículo:

*A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiere sido denegada, disponen de un plazo de dos*

*días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos.*

Como otro requisito, la necesidad de agotamiento en vía previa: es una exigencia que, con carácter previo a la interposición del recurso de amparo, se hayan agotado tanto la vía administrativa ante las Juntas Electorales como la correspondiente ante la jurisdicción contenciosa.

**Este recurso tampoco puede plantearse, ya en base a que no se cumplen los requisitos procesales en el caso concreto, ya en base a que no es un recurso claramente aceptado.**

Sobre este recurso hay una polémica: "doctrina versus jurisprudencia" que ni es pacífica ni parece en vías de solución, por cuanto el Tribunal Constitucional siendo consciente de su responsabilidad en materia electoral (se atribuye el conocimiento de los litigios electorales a los tribunales ordinarios), se resuelve sobre discrepancias electorales cuando de aquéllas se deriven lesiones a los derechos fundamentales.

A tenor de la STC 113/1991, el recurso de amparo electoral es un procedimiento que permite remediar las presuntas violaciones de los derechos fundamentales derivadas de la vulneración del artículo 23 de la Constitución Española, y, de esta forma, el objeto del recurso se extiende al conocimiento de cualquier irregularidad o infracción de la legislación electoral que, efectivamente, redunde en una violación de aquél.

El artículo 23 de la Constitución Española recoge como derecho fundamental el derecho de participación:

*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representan-*

tes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

*Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*

(En el supuesto que se me plantea no se produce violación del precepto, como luego expongo).

#### IV

En el Capítulo VIII del Título I, de las Disposiciones comunes para las Elecciones por sufragio universal directo, de la LOREG se contienen los **delitos e infracciones electorales** (artículos 135 a 153), considerándose delitos aquellas acciones que tienden a menoscabar los derechos de los ciudadanos para la expresión libre del sufragio, los tendientes a dificultar la campaña electoral y la igualdad entre los candidatos, y la falsedad o tergiversación en los resultados electorales o en las actas en las que se expresan estos resultados.

El caso concreto no constituye delito electoral y, por tanto, se descarta la posibilidad de acudir al procedimiento judicial que se prevé en los artículos 151 y 152 de la LOREG.

#### V

1. Ante la ausencia de fundamentación para poder plantear alguno de los recursos de impugnación contenidos en la LOREG, y tampoco una moción de censura para destituir al alcalde, puesto que para ser destituido por este mecanismo se exige que la misma sea adoptada por la mayoría absoluta del número de los concejales, **procedo a cuestionarme si desde otros enfoques normativos (fuera de la LOREG) puede impugnarse la correspondiente elección de alcalde.**

2. Como se aprecia, y es más, en atención, también a la doctrina del Tribunal Constitucional, los ciudadanos

prácticamente carecen de legitimación activa para sostener recurso alguno en relación a las elecciones.

El Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

*"De la misma forma que en el momento inicial siguiente a la constitución del Ayuntamiento, el protagonismo de las elecciones corresponde esencialmente a las listas, en el supuesto de vacante, (por dimisión o fallecimiento) producida durante la legislatura, el protagonismo sólo puede corresponder a los grupos municipales que formaron las listas".*

(Un instrumento nuevo en la democracia municipal es el de los referendums municipales, que parece que son una puerta abierta para los vecinos, así la Ley catalana (Ley Orgánica 18-1-1980) en su artículo 144, obliga al alcalde a someter la petición de referéndum al pleno, cuando ésta vaya firmada por un número determinado de vecinos).

#### VI

1. En atención a la Ley 30/92, de noviembre, del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que como ya he señalado es de aplicación subsidiaria respecto los actos administrativos electorales, se establece en su artículo 62.1 a) que son nulos de pleno derecho los actos administrativos de las Administraciones Públicas que *"lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"*.

El citado artículo hace referencia a los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y susceptibles de amparo, y éstos, son, de momento, los reconocidos por los artículos 14 a 29 de la Constitución Española, incluida la objeción de conciencia.

2. Hay que descartar totalmente la aplicación de este artículo y, por consiguiente, la vía del recurso de amparo ordinario, en atención a lo siguiente:

**Como ya he señalado repetidamente, no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político, y, además,** este artículo establece como primer elemento para la entrada en juego de esta causa de nulidad, la existencia de una lesión (acción) respecto de un determinado objeto (el contenido esencial de un derecho o libertad fundamental susceptible de amparo).

Se podría pensar que la elección de alcalde ha vulnerado el mandato representativo que tienen los elegidos directos con los electores, pero, realmente, no se ha vulnerado, por cuanto una parte de la población no quería que la mayoría absoluta fuera para el partido que obtuvo el mayor número de votos.

3. Algunos autores sostienen que no sólo se infringe el derecho o libertad fundamental cuando la disposición o el acto, por su contenido, atenta contra el mismo, sino cuando se les afecta sin haber seguido el procedimiento establecido para ello, es decir, se produce una infracción de las normas procedimentales.

Esta tesis de que la infracción procesal puede constituir una violación de un derecho fundamental está respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán.

Pero, de todas formas, tampoco tiene peso alguno, puesto que la elección del alcalde se hizo siguiendo el procedimiento legalmente establecido, y el pacto post-electoral está recogido por el Derecho electoral.

4. Respecto al pacto electoral argumento lo siguiente:

En el supuesto concreto se estableció una coalición política.

La legislación electoral municipal tiene una clara relevancia como marco definitorio de las posibilidades de actuación post-electoral de los partidos políticos: la legislación define las "reglas del juego".

La elección indirecta de los alcaldes posibilita e incentiva la formación de coaliciones y de pactos post-electorales para obtener mayoría estable de gobierno o la formación de acuerdos políticos para la designación "automática" en minoría de los alcaldes. ¿Es esto democrático? A mi parecer no; no se respeta la voluntad popular por cuanto se deja en último término en manos de los partidos políticos, la elección del alcalde, siendo éste la pieza clave del gobierno municipal.

(La unidad municipal forma la célula más típica del régimen local. De acuerdo con el principio de generalidad, todo el territorio español está formado por municipios de cuya administración se encarga un Ayuntamiento, dirigido por el respectivo alcalde. (En términos comparativos, España es un país con elevado número de municipios (cerca de nueve mil))-

Hay que tener en cuenta la naturaleza esencialmente administrativa de la corporación local, puesto que es una institución destinada a ofrecer servicios y atención a los miembros de la comunidad, que tiene como pieza fundamental la del alcalde: él sintetiza y concreta el poder ejecutivo dentro de los ayuntamientos, reuniendo un triple carácter: representativo, cabeza de gobierno municipal y de la administración, y titular residual de las competencias no atribuidas.

Como consecuencia, el gobierno municipal que está al servicio de la gestión de los intereses específicamente locales, también tiene su dimensión política.

Los criterios para la formación de gobiernos hacen referencia a aquellas situaciones en que ninguna formación política obtiene la mayoría absoluta necesaria para asumir la alcaldía en el proceso indirecto de la elección del alcalde. Los criterios teóricos más significativos con los que los partidos pueden discernir entre coaliciones vencedoras alternativas son: el de la coalición mínima vencedora y el de la coalición vencedora conectada mínima, que consiste en que los partidos

políticos tenderán a la formación de unas coaliciones mínimas vencedoras, pero conectadas ideológicamente; coaliciones políticas entre unos partidos que presentan una posición adyacente en el continuo ideológico.

En el caso que nos ocupa no se siguió este último criterio, que en la práctica parece el más lógico.

La legislación electoral establece la elección del alcalde por parte de los concejales que forman el pleno municipal. Esta forma de elección indirecta, que agudiza el protagonismo de los partidos políticos con representación, provoca que el resultado final de la elección dependa en muchos casos de las coaliciones y pactos post-electorales que acuerdan las diferentes fuerzas políticas.

De esta forma, la correlación entre el partido más votado y el partido que obtiene finalmente la alcaldía no es directa.

La obtención, después de unas elecciones, de una mayoría relativa de votos por parte de un partido político no implica automáticamente que este mismo partido asuma la alcaldía. Sólo en el caso que un partido político obtenga una mayoría absoluta de los concejales de un ayuntamiento determinado, puede hacer pensar que este partido seguro que asumirá la alcaldía; si el partido obtiene una mayoría relativa, hace falta esperar el proceso que, de manera indirecta, determinará la elección del alcalde. (Lo que sucedió en esas elecciones).

Este proceso se define por unas negociaciones entre unos partidos políticos que intentan llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio para superar una sesión de investidura que les permitiría la obtención de la alcaldía y/o de los cargos que suponen las delegaciones del alcalde.

**En este caso, la coalición mínima vencedora no está conectada ideológicamente, sino todo lo contrario, son ideologías totalmente opuestas y enfrentadas a nivel del Estado. Estas**

**coaliciones que se dan en la realidad político-social se han calificado de "pactos antinaturales", pero están legalmente aceptadas.**

5. Una de las marcas que caracteriza las elecciones locales del Estado español es el tipo de motivación de los electores a la hora de decidir el sentido de su voto. A pesar de que la participación en este tipo electoral es inferior al nivel de participación de las elecciones estatales, podemos decir que los electores que deciden ir a votar ponderan más la personalidad de los diferentes candidatos y la relevancia de los temas locales que no su posible identificación partidista. Los electores efectúan su voto de premio o castigo que evalúa la gestión que el Ayuntamiento, y especialmente el alcalde, haya realizado durante la anterior legislatura.

El sentido del voto local tiene su origen en la pretensión que una determinada fuerza política asuma la alcaldía. Este razonamiento conecta de manera directa con nuestro concepto de representatividad.

En este sentido, entiendo que un proceso de elección de un alcalde por parte de los concejales de un ayuntamiento es representativo si la lista más votada, es decir, si el candidato del partido político que un mayor número de ciudadanos prefiere que asuma la alcaldía, obtiene este cargo. Evidentemente, el proceso post-electoral que provoque que un candidato de una lista que no sea la más votada obtenga la alcaldía, puede ser considerado como un no representativo de la voluntad de los electores. La voluntad de los electores queda en un segundo término: serán los pactos post-electorales los que determinarán el grado de representatividad, que como pactos post-electorales están permitidos por la legislación que hace referencia a la elección de los alcaldes.

Las coaliciones que se forman después de las elecciones deberían permitir reforzar o compensar los apoyos electorales que han obtenido los diferentes partidos

políticos. De esta forma, los partidos que forman coaliciones vencedoras en el proceso de elección de alcaldes pueden conseguir el "poder municipal" (concepto que entiendo esencialmente asociado con el poder que juegan los Alcaldes y sus equipos de gobierno).

En atención a lo señalado, el pacto político entre el PSOE-PSC y el PP está legalmente tutelado, sin que pueda burlar de facto, en el momento presente, el sentimiento social manifiestamente contrario. Pero hago la siguiente matización: el divorcio entre la ley y la norma social puede propiciar una reforma futura de la regulación legal.

## VII

1. Con lo expuesto hasta ahora, llego a la conclusión de que no es viable la impugnación de la elección de alcalde en cuanto a tal acto, pero, ¿podría ser impugnado el pacto político por el que se consigue la alcaldía si atendemos al cómo y por qué se ha llegado a este pacto y sus consecuencias en los electores?.

Concretando un poco más me planteo las siguientes preguntas:

¿Se ha actuado de buena fe y con la transparencia pública que en el ámbito de las instituciones exige nuestro Derecho?

¿Se ha afectado derechos políticos de los electores?

¿Se ha causado daño moral, que como consecuencia conllevará responsabilidad extracontractual?.

2. Respecto a la actuación de los dos partidos políticos, ha sido una actuación claramente partidista (aunque detrás haya ciertos intereses personales) y ello forma parte de las reglas políticas: los partidos políticos se mueven en base a intereses partidistas. Y hoy por hoy, estas conductas sólo son susceptibles de control "político" y con instrumentos

políticos, como es la moción de censura y el replanteamiento del apoyo electoral en sucesivas consultas.

3. El pacto ha producido efectos "externos", en el sentido que ha causado discrepancia entre la opinión pública, ya no sólo efectos internos en sede de la constitución del Ayuntamiento, pero, no por ello, se puede alegar violación a los derechos políticos.

La doctrina define los derechos políticos como aquellos derechos subjetivos, ajenos a la persona legitimada como ciudadano, que son ejercidos frente al Gobierno y en el ámbito del Estado, cuyo orden fundamental los reconoce, ampara y promueve, en tanto que derechos de participación son los que se refieren a los derechos electorales activos y pasivos.

El electorado es titular de un derecho público-subjetivo y está investido de ciertas funciones que lo legitiman para ejercer el poder de votar, de elegir y, en su caso, ser elegido, es decir, posee la competencia constitucional de ejercer una concreta actividad pública desde su condición de sujeto con suficiente legitimación activa y/o pasiva.

La Constitución Española en su artículo 23 contiene la declaración genérica y formal del derecho a la participación, y en el artículo 9.2, establece que los poderes públicos asuman la responsabilidad de hacer real este derecho, es decir, corresponde a los poderes públicos hacer cuanto sea preciso para que el derecho a la participación sea real, efectivo y material, en variedad de esferas, siendo una de ellas, la política.

Los derechos políticos son aquellos que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política, a través del ejercicio, que es a la vez, derecho y deber, de determinadas funciones públicas. Se trata de derechos que hallan su fundamento en el principio de la soberanía popular, a cuyo desarrollo y concreción se dirigen.

Entre los derechos políticos que actúan como cauce articulador de la democracia representativa, nuestra Constitución Española reconoce: el derecho a la participación política a través de los partidos políticos (art.6) y el derecho de sufragio activo y pasivo.

**En atención a lo dicho, todos los que han querido manifestar su voto lo han hecho, no han sido privados de su derecho de sufragio, y si hay disconformidad por parte de un grupo de electores, no la hay en todo el electorado, hay unos electores que han depositado confianza en los partidos que asumen la alcaldía.**

3. Aunque ustedes mismos como grupo de vecinos sientan que han sufrido un daño moral, no puede decirse que haya responsables ante la justicia, en todo caso es el propio sistema electoral el que falla, en base a lo cual se podría pensar en una revisión de la legislación electoral, en concreto reformas a nivel local.

## CONCLUSIÓN

Atendidos los razonamientos contenidos en los fundamentos precedentes, opino que no tiene ninguna viabilidad pretender impugnar la elección del alcalde. Dentro de nuestro marco

político-legal, los dos partidos actuaron correctamente.

No obstante, hago las siguientes matizaciones:

Podemos y debemos cuestionarnos si es idóneo que los llamados "pactos políticos" del Ejecutivo queden al margen del enjuiciamiento judicial.

Y si según la legislación vigente (ustedes) el grupo de vecinos no puede hacer nada contra el resultado final de la elección de alcalde, ¿dónde está la materialización de la soberanía popular que propugna nuestro texto fundamental?

En el supuesto concreto se han respetado las "reglas del juego", que mientras no se alteren deben ser cumplidas. Pero, desde mi punto de vista, no permiten dar una respuesta representativa que propugna nuestro modelo de Estado: un Estado social y democrático de Derecho.

Éste es mi Dictamen, que pronuncio, emito y firmo en el lugar y fecha indicados.

Barcelona, 15 de mayo de 1998

La abogada,

Isabel CASTELL SOLÁ