

**Tribunal Constitucional** nº 2562/2012.  
**Fiscalía T. C.** nº 2588/2012.  
JSG/RMC.

## **A LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EL FISCAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, en el Recurso de Amparo con número 2562/2012, promovido por el PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso electoral número 343/2012 con fecha 27 de abril de 2012, evacuando el traslado conferido conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC en relación con el art. 3 del Acuerdo de ese Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2000, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la L. O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, formula las siguientes **ALEGACIONES**:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **I**

1.- Celebradas elecciones autonómicas en el Principado de Asturias el día 25 de marzo de 2012, procedió la Junta Electoral del Principado de Asturias, constituida en Mesa electoral, en fecha 28 de marzo de 2012, al escrutinio de los votos correspondientes al Censo de Electores Residentes Ausentes (CERA) en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias antes citadas.

Pero como quiera que la indicada Junta Electoral hubiera recibido, a través del servicio de correos, los sobres remitidos por esos electores unas veces directamente en la Junta Electoral y otras veces a través de las misiones diplomáticas y consulares de España en el extranjero, procedió dicha Junta a formular, en fecha 27 de marzo de 2012, consulta a la Junta Electoral Central sobre la validez de los votos de los electores inscritos en el CERA remitidos directamente a las Juntas Electorales Provinciales y sobre si en esas concretas elecciones autonómicas era aplicable, para el escrutinio de los votos del CERA, el acuerdo de la Junta Electoral Central de fecha 22 de mayo de 2011.

Tal consulta dio lugar a la Resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central de esa misma fecha 27 de marzo de 2012, que reiteró los acuerdos de esa Junta Electoral Central de fechas 22 de mayo de 2011 y de 20 de noviembre de 2011.

Recibida tal Resolución en la Junta Electoral del Principado de Asturias, procedió ésta a notificarla, en fecha 28 de marzo de 2012, a los representantes de las candidaturas acreditados, reiterándose el 29 de marzo de 2012 a la representación de la formación política Foro de Ciudadanos (FAC).

Así las cosas, a las 8:00 horas del día 28 de marzo de 2012 la Junta Electoral del Principado de Asturias comenzó el escrutinio de los votos correspondientes al CERA, haciéndose constar en el acta de constitución, a instancias de la formación política Foro de Ciudadanos, que el número de votos remitidos por correo certificado por electores del CERA directamente a esa Junta era de 351, de los cuales 332 tenían sello de registro de entrada en plazo y 19 se habían presentado fuera de plazo y/o carecían de sello de registro de entrada de correos, acordando en tal ocasión la Junta Electoral no acceder a mantener separados tales 332 votos, como había sido interesado, procediendo, por tanto, a su escrutinio.

El escrutinio del voto del CERA, respecto de la Circunscripción Occidental, arrojó el resultado que obra en el acta de escrutinio (folio 14 del expediente electoral).

Una vez realizadas todas las operaciones de escrutinio, sobre las 19:30 horas del día 28 de marzo de 2012, por la formación política Foro de Ciudadanos se hizo constar que se mantenía la incidencia consistente en haberse procedido al escrutinio de los votos de los residentes ausentes recibidos directamente por la Junta Electoral sin pasar por el consulado o embajada del país de residencia del votante, razón por la cual se formuló reclamación, impugnando todos y cada uno de los votos que constaban en la mesa de las tres Circunscripciones electorales (Central, Occidental y Oriental) correspondientes a residentes ausentes en el extranjero, ya que al haberse mezclado todos los votos no era posible determinar cuáles eran unos y cuáles eran otros, fundando tal impugnación en la inobservancia del procedimiento establecido en el art. 75 de la LOREG tanto por razones de tiempo como por razones de forma, fondo y competencia.

**2.-** Posteriormente, frente al acto de escrutinio general, la formación política Foro de Ciudadanos interpuso, con fecha 29 de marzo de 2012, la reclamación prevista en el art. 108.2 LOREG, interesando de nuevo la nulidad de todos los votos del CERA de las tres Circunscripciones electorales, reclamación que fue desestimada por la Junta Electoral mediante Acuerdo número 78, de 30 de marzo de 2003, sobre la base de que el escrutinio había sido llevado a cabo conforme a las prescripciones legales y según la Resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central de fecha 27 de marzo de 2012.

**3.-** Notificada tal desestimación, la formación política Foro de Ciudadanos interpuso el recurso previsto en el art. 108.3 LOREG, reiterando la pretensión de nulidad de todo el voto del CERA correspondiente a las tres Circunscripciones, procediendo entonces la Junta Electoral Central a dictar Acuerdo de fecha 9 de abril de 2012, que desestimó el recurso interpuesto sobre la base de las Resoluciones de la Junta Electoral Central de 22 de mayo de 2011 y 20 de noviembre de 2011 y de la Resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 2012, acuerdo que además dispuso que la Junta Electoral del Principado de Asturias procediera a efectuar la proclamación de electos conforme al resultado del escrutinio general realizado por dicha Junta, razón por la cual ésta, en fecha 10 de abril de 2012, llevó a cabo la proclamación de electos con arreglo al resultado del escrutinio general del día 28 de marzo de 2012.

## II

1.- Frente a este acuerdo de la Junta Electoral del Principado de Asturias de fecha 10 de abril de 2012 fue interpuesto por la formación política Foro de Ciudadanos recurso contencioso-electoral ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dando lugar al Recurso electoral número 343/2012, en el que con fecha 27 de abril de 2012 la Sala dictó sentencia estimatoria del recurso entablado, acordando la nulidad del escrutinio de la Mesa de electores del CERA y ordenando la repetición de la votación de la indicada mesa, que debería convocarse en el plazo de tres meses a partir de esa sentencia, manteniendo sin embargo como efectiva la proclamación de Diputados electos de los cinco a los que habían sido asignados los cinco primeros escaños correspondientes a la Circunscripción Occidental. Tal sentencia tiene, literalmente, la siguiente fundamentación jurídica:

<PRIMERO.- Por la vía del recurso contencioso-electoral que se regula en los artículos 109 y siguientes de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General impugna la representación de la formación política FORO DE CIUDADANOS (FAC) el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Asturias de fecha 10 de abril de 2.012, de proclamación de electos en las elecciones autonómicas de 25 de marzo de 2.012, en cuanto a la Circunscripción Occidental. Con la demanda presentada se solicita se dicte Sentencia por la que estimando el recurso contencioso-electoral:

1º Declare nula la votación en la Mesa de electores del CERA (Censo Electoral de Residentes Ausentes) anulando la proclamación de electos en la citada circunscripción, y realizando la atribución de escaños en función a los votos emitidos por los electores presentes con la consiguiente asignación de dos escaños al PSOE, dos escaños al PP y dos escaños a Foro de Ciudadanos.

2º En su defecto declare la nulidad de la elección en la citada MESA y ordene la repetición de la elección en la misma, manteniendo como efectiva la proclamación de Diputados electos de los cinco a los que han sido asignados los cinco primeros escaños correspondientes a la circunscripción occidental.

El motivo en que se basa el recurso es que a juicio de la actora, no debían de haberse computado 332 votos de electores inscritos en el Censo Electoral de Residentes Ausentes (CERA) por haber dirigido la documentación electoral directamente a la Junta Electoral Provincial de Asturias, en lugar de haberlo hecho por medio del correspondiente Consulado, conforme establece el artículo 75 de la LOREG, en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por lo que en la medida que la Junta Electoral Provincial de Asturias, no accedió a su solicitud de que fuesen apartados y no computados esos votos, no es posible determinar cuantos corresponden a cada circunscripción, solicitando la anulación de la votación en la Mesa Electoral del CERA y, anulando la proclamación de electos en la citada circunscripción, se realice la atribución de escaños en función de los votos emitidos por los electores presentes y subsidiariamente, para el supuesto de no ser acogida la petición anterior la declaración de nulidad y repetición de la votación en la Mesa del CERA

manteniendo como efectiva la proclamación de electos que no resultare afectada por la repetición de dicha Mesa, conservándose, como proclamados electos los titulares de los cinco primeros escaños asignados por la circunscripción occidental.

Los argumentos ofrecidos por la Junta Electoral Provincial de Asturias, tanto al resolver la reclamación efectuada sobre esta cuestión en el acta de escrutinio, como en el informe presentado en el presente recurso en observancia del trámite previsto en el artículo 112.3 de la LOREG, como los ofrecidos por la Junta Electoral Central sobre esta cuestión al resolver el recurso formulado contra el acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Asturias, se reiteran en este lugar. Por su parte el Ministerio Fiscal, “Izquierda Unida de Asturias”, el “Partido Socialista Obrero Español” y Don Francisco González Méndez, solicitaron la confirmación del recurso impugnado.

SEGUNDO.- El marco normativo viene constituido por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LO 5/1985 de 11 de junio, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, referido al ejercicio del voto por personas que viven en el extranjero, poniéndose de manifiesto en la exposición de motivos, que “Siguiendo las instrucciones de la Junta Electoral Central, se regula un procedimiento muy garantista que presenta la importante novedad de permitir a los españoles que viven en el extranjero depositar el voto en urna en el Consulado durante los tres últimos días de campaña, sin perjuicio de mantener el voto por correo para todos aquellos que no puedan desplazarse a votar en la dependencia habilitada al efecto”, así los españoles inscritos en el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero deberán formular mediante impreso oficial la solicitud de voto dirigido a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, señalando el mencionado precepto, en su número 2, que “Recibida la solicitud, las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral remitirán a la dirección de la inscripción del elector las papeletas y el sobre o sobres de votación, dos certificados idénticos de estar inscrito en el Censo de Residentes Ausentes, así como un sobre en el que debe figurar la Dirección de la Junta Electoral competente y otro con la dirección de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que están inscritos”, estableciendo el apartado 4 que “Los electores que opten por ejercer por correo su derecho de voto deberán incluir en el sobre dirigido a la Junta Electoral correspondiente, junto al sobre o sobres de votación y el certificado de estar inscrito en el censo, fotocopia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad expedidos por las autoridades españolas o, en su defecto, certificación de nacionalidad o certificación de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia y enviar todo ello en el sobre dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito, por correo certificado no mas tarde del quinto día anterior al día de la elección”.

La reforma regula igualmente el procedimiento del voto en urna (apartado 5) de los residentes ausentes estableciendo igualmente la necesidad de su realización en la Oficina Consular correspondiente, la cual debe remitir al Ministerio de Asuntos Exteriores los votos recibidos por correo junto con los depositados en urna (apartado 8).

Por otra parte, el apartado 12 del mencionado precepto legal establece que “El Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, puede regular los criterios y limitar los supuestos de aplicación de este artículo, así como establecer otros pronunciamientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no es practicable lo dispuesto en este artículo”; facultad de la que no se hizo uso para cambiar el sistema que ahora se invoca.

La cuestión litigiosa así planteada queda pues centrada en determinar el valor de los 332 votos de electores inscritos en el Censo Electoral de Residentes Ausentes dirigidos directamente a la Junta Electoral Provincial de Asturias en lugar de hacerlo por medio del correspondiente Consulado, toda vez que en el Acta se hizo constar que el número de sobres de votación recibidos directamente ascendía a 351, de los cuales 332 fueron remitidos con sello de registro de entrada en plazo y 19 fuera de plazo y/o sin sello de registro de entrada de correos. Siendo así que tanto en el acto de constitución de la Junta Electoral Provincial en Mesa Electoral, como en el acta de la sesión de escrutinio de dicha Mesa Electoral de residentes ausentes, como igualmente en el acta de escrutinio general, se formuló por los interventores de la formación política recurrente reclamación en el sentido de que no podrán considerarse, ni por ello computarse, los votos recibidos de forma directa por la Junta sin pasar por el Consulado o Embajada del país de residencia del votante, solicitando que, en caso de ser computados, se hiciese de forma separada a efectos de una posible impugnación; tal incidencia fue desestimada, considerando la Junta la validez de los votos así recibidos, procediendo a su mezcla con los recibidos por vía diplomática o consular antes de su apertura.

TERCERO.- Ahora bien, el resultado alcanzado en el cómputo por la Junta Electoral Provincial de Asturias, mezclando los votos recibidos directamente en la Junta con los recibidos por vía diplomática o consular, en cuanto puede alterar el resultado final de la elección, atenta a la exigencia garantista preconizada en la reforma de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2011, al haber faltado al principio de verdad material, arrojando un grado de confusión, frente al mantenimiento de los principios de objetividad y pureza del proceso electoral que a la Junta corresponde hacer efectivo.

En efecto, esta Sala en su sentencia nº 2/2007, de 29 de junio, referida a la proclamación de un candidato como concejal, en la que se impugnaba la validez de dos votos que tenían una cruz al lado del primer candidato, entendió que la normativa impugnada debía ser interpretada en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y de acuerdo con el principio de búsqueda de la verdad material manifestada en los mismos por los electores, y atendiendo a los principios hermenéuticos de conservación de los actos válidamente celebrados, y proporcionalidad e

interpretación más favorable a la plenitud del derecho fundamental. Por lo que de conformidad a lo manifestado tanto por la Junta Electoral Central, que quedaba reforzado por lo dispuesto en el Manual para los Miembros de las Mesas Electorales, en las Elecciones de 27 de mayo de 2007, estimó la validez de las papeletas impugnadas, afirmando no obstante el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo formulado contra la misma, que las resoluciones impugnadas, al conceder validez a esa papeleta que debió considerarse nula, ha infringido el artículo 96.2 de la LOREG, y, en la medida en que aquella decisión incide de manera determinante en el resultado final de la elección, al privar de su puesto de concejal a la candidatura presentada por la coalición electoral recurrente en amparo, en beneficio de la candidatura presentada, considera que resulta contrario al derecho previsto en el artículo 23.2 de la Constitución de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes; estableciendo el Alto Tribunal, que desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, más en concreto, desde el ámbito del artículo 23 CE, es premisa insoslayable de la conformidad a la Constitución que cualquier interpretación del artículo 96.2 LOREG, que la interpretación en cuestión, ha de efectuarse de tal modo que los contenidos, requisitos y límites que establece la Ley Orgánica del régimen electoral general no se vean enervados o alterados por aquella interpretación, pues si así fuera quedaría en manos del intérprete y no del legislador la fijación de los criterios del derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, artículo 23.2 CE. Así ha declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2003, de 17 de julio, que no resulta admisible desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 CE la interpretación judicial que conduce a que se deban computar como votos válidos los emitidos en papeletas que, por incurrir en algunas de las incorrecciones recogidas en el artículo 96.2 LOREG, deberán haber dado lugar a la declaración de su nulidad, cuando como consecuencia del cómputo de aquellos votos se altere el resultado final de la elección. En sustento de esta afirmación, señala que “el derecho de acceso a los cargos públicos es un derecho de mediación legal (*sic*) que encuentra su regulación fundamental en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, la cual articula, en palabras de su preámbulo –el procedimiento de emanación de la voluntad mayoritaria del pueblo en las diversas instancias representativas en que se articula el Estado español-, y, en tal sentido, desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, es obligado integrar en este derecho la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral”.

Aplicando pues tales consideraciones al supuesto controvertido resulta claro que el mencionado artículo 75.4 de la LOREG, en redacción dada por Ley Orgánica 2/2011, establece que “Los electores que opten por ejercer por correo su derecho de voto deberán incluir en el sobre dirigido a la Junta Electoral correspondiente, junto al sobre o sobres de votación y el certificado de estar inscrito en el censo, fotocopia del pasaporte o del Documento

Nacional de Identidad expedidos por las autoridades españolas, o, en su defecto, certificación de nacionalidad o certificación de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia y enviar todo ello en sobre dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito, por correo certificado no mas tarde del quinto día anterior al día de la elección”, siendo así que al determinar taxativamente que el envío del sobre debe ser dirigido a la Oficina Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito, su incumplimiento supone una vulneración del procedimiento legalmente establecido (artículo 120 de la LOREG y 62-1 e) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) máxime si lo ponemos en relación con la Exposición de Motivos de la citada reforma, en la que con referencia al procedimiento de votación del censo de españoles residentes en el exterior establece que se regula un procedimiento muy garantista, siendo por ello que el rigor que ha de observarse, en los términos expuestos, en la exigencia del envío del sobre “dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito”, plasmada en el ya mencionado artículo 75.4 LOREG, en modo alguno puede suponer el desconocimiento de la vigencia en las distintas fases del proceso electoral de los principios de conservación de actos válidamente celebrados, de interpretación más favorable a la plenitud del derecho de sufragio y del conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores. Ahora bien, la necesidad de cohonestar la obligación de emitir el voto en la forma legalmente establecida en el artículo 75.4 con los principios de conservación de actos válidamente celebrados, de interpretación más favorable a la plenitud del derecho de sufragio y de conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores tampoco puede hacerse a costa de los requisitos formales de la emisión de voto con el rigor y la intensidad en el que ha sido configurado por el legislador en el artículo 75.4 LOREG, de modo que, en un orden lógico, a aquellos principios, debe preceder el respeto a los requisitos formales en la emisión de sufragio.

CUARTO.- Es por ello que en la emisión de los votos discutidos dirigidos directamente a la Junta Electoral sin pasar por la Misión Diplomática o Consular, el elector al actuar como lo ha hecho, se ha apartado por razones únicamente a él imputables de las precisas reglas que en la legislación electoral regulan el ejercicio de votos de los residentes ausentes, meridianamente claras en la forma en que ha de ejercerse el voto, máxime teniendo en cuenta que en las instrucciones para realizar el voto por correo en las elecciones al Parlamento de Andalucía y Principado de Asturias (página 41 expediente administrativo) de los electores españoles residentes en el extranjero, señala como puede votar, o bien depositando personalmente su voto en la urna habilitada en el Consulado o Embajada en la que se encuentre inscrito del 21 al 23 de marzo ambos inclusive o remitiendo su voto por correo certificado al citado Consulado o Embajada, no más tarde del día 20 de marzo, siguiendo las instrucciones reguladas en

cada caso, no posibilitando por ello la remisión directa del sobre a la competente Junta Electoral Provincial.

Debe destacarse la especial relevancia que en el Derecho electoral tiene el principio de conservación de los actos válidamente celebrados, principio que en lo que viene al caso tiene una doble manifestación: de un lado, que sólo procede decretar la nulidad y consiguiente reiteración de las elecciones cuando los vicios de procedimiento o las irregularidades detectadas afecten al resultado electoral final, como “a sensu contrario” determina el artículo 113.3 LOREG, y de otro, que dicha nulidad se ha de restringir, cuando ello sea posible, a la de la votación celebrada en las secciones o mesas en las que se produjo la irregularidad invalidante (sin que la misma pueda extenderse con el solo criterio de la interpretación literal del artículo 113.2 d) y 3 LOREG a los demás actos de votación válidamente celebrados en toda la circunscripción) teniendo además en cuenta con arreglo a la doctrina constitucional que la anulación de la votación se produce cuando las irregularidades afecten al resultado de la misma.

Por tanto de la conjugación del derecho al sufragio pasivo o derecho de participación política reconocido en el artículo 23.1 de la CE y al sufragio activo, de derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes, con el principio de conservación de los actos válidos y la necesidad de que se respeten y reproduzcan en lo posible las mismas condiciones en que se ejercieron los derechos de sufragio activo y pasivo en la elección anterior, llevan a esta Sala a no admitir la petición principal formulada y sí la subsidiaria, en el sentido de que se declare la nulidad y repetición de la votación en la Mesa del CERA de la circunscripción occidental y teniendo en cuenta los principios antes enunciados y el momento en que las irregularidades invalidantes se produjeron la nueva convocatoria electoral, se limite al acto de votación, al ser este donde tuvo lugar el hecho irregular determinante de la nulidad de admisión de votos no enviados por vía diplomática o consular.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal, el cual comparece al amparo de lo establecido en el artículo 111 de la LOREG, se solicita se desestime totalmente la pretensión del recurrente, manteniéndose en consecuencia la proclamación de electos efectuada por la Junta Electoral del Principado de Asturias, alegando para ello que conforme a lo dispuesto en el apartado nº 9 del tan mencionado artículo 75 será indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre un matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en cuestión, o en su caso, de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática correspondiente, que certifique, de modo indubitable, el requisito temporal que en cada caso se contempla, de lo que deduce que se produce la invalidez del voto solo si no concurre dicha circunstancia, así como que igualmente el apartado 11 establece que se introducirán en la urna los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día, sin concretar la forma de recepción de los mismos y, por último, y en relación al mencionado precepto que el nº 12 establece la posibilidad de que el Gobierno previo informe de la Junta Electoral Central puede regular otros procedimientos para el voto de



residentes ausentes, supone que en ningún caso debe considerarse que el procedimiento vía Consular sea esencial para la validez del voto, ya que la misma ley permite la modificación reglamentaria, sustentándose ello en diversos principios y Derechos Constitucionales como son el derecho de sufragio del artículo 23 CE, el principio de la búsqueda de la verdad material, el principio de conservación de los actos válidamente celebrados y el de seguridad jurídica y jerarquía normativa, pudiendo conculcarse la igualdad de los ciudadanos españoles sin que puedan ser discriminados por residir en territorio extranjero, impugnando igualmente la pretensión mantenida por los representantes del partido recurrente durante el acto de escrutinio, por último considera que la posibilidad de decretar la nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y la necesidad de efectuar nueva convocatoria en el plazo de tres meses a partir de la sentencia resultaría improcedente y exorbitante o anular los votos de la emigración que afectan a la circunscripción occidental es excesivo, desproporcionado e injusto. Por la representación de Izquierda Unida de Asturias se señala que la pretensión anulatoria supone otorgar una primacía desorbitada a las exigencias formales contenidas en el artículo 75.4 sobre las condiciones jurídicas del derecho de sufragio activo haciendo igualmente mención a lo dispuesto en el nº 12 de dicho artículo, así como los actos propios de la recurrente. Por su parte la representación procesal del Partido Socialista Obrero Español solicita la inadmisibilidad del recurso respecto de la pretensión de nulidad de la Mesa CERA respecto a la circunscripción occidental por no tener encaje en alguna de las pretensiones previstas en el artículo 113.2 de la LOREG, la conformidad a derecho del acuerdo recurrido por la inexistencia de irregularidades y consiguientemente la validez de la elección y de la proclamación de electos, toda vez que los 332 votos cuestionados cumplieron con todas las garantías previstas en la ley para garantizar su autenticidad y origen, esto es, en esencia, el cumplimiento de los trámites del llamado “voto rogado”, la identificación de electos y su remisión y recepción en los plazos previstos, contradiciendo las pretensiones del recurrente la actuación precedente y en todo caso los 332 votos cuestionados no alteran el resultado electoral, toda vez que aplicando el método de ponderación, el resultado electoral no se habría alterado con lo que no constituye una irregularidad invalidante de la elección. Por último, por la representación de don Francisco González Méndez, se alega que por el recurrente no se lleva a cabo el “juicio de relevancia” con arreglo a la denominada por la jurisprudencia “técnica de la ponderación proporcional estadística” sino de una hipótesis que es imposible en términos estadísticos de probabilidad, que los votos impugnados no son nulos con arreglo a una interpretación correcta del artículo 75.4, que contempla que el mecanismo de emisión del voto no atentó contra la exigencia garantista que preconiza la reforma de la LOREG, y que la relación de dicho artículo con los números 12 y 9 y la exposición de motivos de dicha Ley y la doctrina consolidada de la propia Junta Electoral Central ratifica su validez, habiendo actuado la Junta Electoral del Principado de Asturias conforme a derecho, suponiendo su decisión dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 68.5 de la Constitución, en

relación con el artículo 23, que resultarían conculcados abiertamente si se estimase el recurso interpuesto.

SEXTO.- Agrupando los diversos motivos impugnatorios y por lo que respecta a la postura mantenida por los representantes del partido recurrente durante el acto de escrutinio, ya antes manifestábamos que tanto en el acto de constitución de la Junta Electoral Provincial en Mesa Electoral como en el acta de la sesión de escrutinio de dicha mesa, como en el acta de escrutinio general, se formuló por los interventores de la formación política recurrente reclamación en el sentido de que no podían considerarse ni por ello computarse los votos recibidos de forma directa por la Junta sin pasar por el Consulado o Embajada del país de residencia del votante, solicitando que, en caso de ser computados, se hiciese de forma separada a efectos de una posible impugnación, hasta el punto que el artículo 108.2 LOREG dispone que las reclamaciones y protesta que ante las Juntas electorales puedan presentar los representantes o apoderados de las candidaturas, en el día siguiente al acta de escrutinio general, pueden referirse a incidencia recogidas en las actas de la sesión de las Mesas electorales o en el acta de la sesión de escrutinio general, por lo que aun cuando el interventor del partido recurrente no hubiera hecho constar queja alguna en el acta de la sesión de la mesa electoral, de ningún modo cabe apreciar en este caso, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, que no se hubiera observado la debida diligencia exigible a los actores del proceso electoral para denunciar en la vía administrativa las posibles irregularidades que pudieran acaecer en el procedimiento electoral (STC 156/1991, de 15 de julio).

En relación a los motivos de impugnación referidos a los mecanismos de emisión del voto regulados en el artículo 75 ya manifestábamos con anterioridad, cómo el n° 4 del citado precepto establece cómo los electores que opten a ejercer por correo su derecho de voto, deberán dirigir el sobre que previamente les fue enviado de conformidad con lo establecido en el n° 2 a la Oficina Consular de la Misión Diplomática a la que el elector está adscrito, suponiendo su incumplimiento una vulneración del procedimiento electoral legalmente establecido, pudiendo igualmente depositar el voto en urna en el Consulado (apartado 5) el cual deberá remitir al Ministerio de Asuntos Exteriores, los votos recibidos por correo junto con los depositados en urna (apartado 8), de tal forma que la cita que efectúan al apartado 9 no resulta procedente al resultar un requisitos exigido conjuntamente, al señalar el mismo “en todos los supuestos regulados en este artículo será indispensable” con el fin de acreditar el cumplimiento del requisito temporal que en cada caso se contempla, pero no obsta al cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, de envío de los votos por vía Consular. Por otra parte la mención realizada al número 12 del ya tan señalado precepto no puede tener la interpretación que los mismos pretenden darle, toda vez que si bien establece que el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, puede regular los criterios y limitar los supuestos de aplicación de este artículo, así como establecer otro procedimiento para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no es practicable lo dispuesto en este artículo, no se hizo uso de la mencionada

facultad con la finalidad de cambiar el sistema, es por ello que estableciendo la reforma 2/2011 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en su exposición de motivos que se regula un procedimiento muy garantista, al mismo debemos estar, sin que pueda el mismo ser interpretado en el sentido de dar validez a los votos recibidos directamente por la Junta Electoral Provincial.

SÉPTIMO.- En relación al juicio de relevancia y proporcionalidad, la JEC después de pronunciarse contra la validez del voto por correo remitido directamente por los electores de la JEC, por estimar desproporcionada su anulación frente al derecho de sufragio por simples defectos formales, viene a examinar la incidencia que dicha irregularidad tuvo en el resultado de la elección, la pérdida de un escaño para la candidatura recurrente a favor del PSOE, motivada por el computo total de los votos emitidos CERA, 2.863, pero no necesariamente por los 332 votos emitidos de forma irregular, desconociéndose cuantos de dichos votos iban dirigidos a la circunscripción occidental en la que se produjo la modificación del candidato, por lo que acuden a juicios de probabilidad o de técnicas de ponderación estadística para apreciar que los votos discutidos pueden no haber tenido incidencia alguna en el resultado de la votación en dicha circunscripción; criterio que viene a recoger, tanto el Ministerio Fiscal que estima que produciría un resultado desproporcionado e injusto, como el PSOE que argumenta que los votos cuestionados no alteran el resultado electoral para cuya acreditación formula un cálculo de estadística respecto a los votos que corresponderían a dicha circunscripción y la incidencia que los mismos tendrían en la determinación de los escaños en dicha circunscripción, así como el adjudicatario del escaño por la JEC, que lo analiza en términos similares a como lo hace el PSOE.

A ello tenemos que decir que el principio de proporcionalidad y el juicio de relevancia entre la medida adoptada y el resultado producido debe de conjugarse dentro de la racionalidad sobre el resultado, de forma que conocido éste puede hacerse abstracción de lo pedido si no tiene trascendencia alguna sobre el mismo, sin que pueda apoyarse en meros cálculos de probabilidades o estadísticas cuando se desconocen todos los datos de los votos emitidos de forma irregular, incluso cuántos de ellos correspondían a la circunscripción que se discute. Que ello es así, se viene a poner de manifiesto en la propia jurisprudencia que cita y extracta en cuanto le interesa la representación del PSOE; así, la Sentencia del TC 131/1990 de 16 de junio, refiere que si la Sala no logra alcanzar una conclusión cierta sobre el sentido de los votos emitidos, podrá decretar la nulidad de la votación celebrada en las Mesas impugnadas; la sentencia de dicho Tribunal 25/1990, de 16 de febrero, establece que debe darse preferencia al derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española, de forma que no procede la nulidad de la elección cuando el vicio del procedimiento no sea determinante del resultado de la elección, derecho de sufragio activo y pasivo que se protege en el caso de autos al reiterar la votación de la mesa anulada en la que el vicio en el procedimiento electoral provocó una modificación en el resultado electoral hasta entonces escrutado; igual cabe

decir respecto de la Sentencia de la Sala TSJ de Galicia de 22 de junio de 2.001, que lo refiere a los supuestos en los que el vicio del procedimiento electoral no es determinante del resultado de la elección y la del T.C . 24/1990 de 11 de febrero, que aún admitiendo juicios de probabilidades o de técnicas de ponderación estadística, lo excluye cuando los vicios e irregularidades supusieran del resultado de la elección, o la Sentencia del TSJ. de Extremadura del 27 de junio de 2.005, que lo refiere a las irregularidades que no afectan al resultado; y por último la Sentencia del TSJ de la Región de Murcia de 29 de junio de 2.007, que lo refiere a que se produzca un número de irregularidades suficientes como para alterar el resultado, como aquí sucede, con el número total de votos emitidos de forma irregular, suficientes para variar el resultado dado por válido en cuanto se desconoce cuantos de ellos afectan a la circunscripción impugnada.

OCTAVO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, no procede hacer declaración alguna sobre costas, declarándose la gratuidad del proceso.>

2.- Contra dicha sentencia han entablado recurso de amparo tanto el Partido Socialista Obrero Español como don Francisco González Méndez, diputado privado de su acta por esa sentencia, como Izquierda Unida de Asturias.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

1.- Es objeto del presente proceso constitucional de amparo promovido por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso electoral número 343/2012 con fecha 27 de abril de 2012, que estimó el recurso contencioso-electoral entablado por la formación política Foro de Ciudadanos contra el acuerdo de la Junta Electoral de Asturias de fecha 10 de abril de 2012, de proclamación de electos en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el día 25 de marzo de 2012, en cuanto a la Circunscripción Occidental, declarando la nulidad del escrutinio de la Mesa de electores del Censo electoral de residentes ausentes (CERA) y ordenando la repetición de la votación de la indicada mesa, que deberá convocarse en el plazo de tres meses a partir de la sentencia, manteniendo sin embargo la proclamación de diputados electos de los cinco a los que fueron asignados escaños correspondientes a esa circunscripción electoral occidental.

Tal recurso de amparo se articula alrededor de tres motivos: i) vulneración del art. 23.2 CE, derecho a acceder y a mantenerse en el cargo de diputado electo por la circunscripción electoral occidental perteneciente a la candidatura electoral recurrente (PSOE), del que se ha visto indebidamente privado el interesado por la sentencia recurrida en

amparo; **ii)** vulneración del art. 23.1 CE, derecho a la participación en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, respecto de los electores CERA de la circunscripción occidental (573) cuyos votos han sido declarados nulos por la sentencia recurrida en amparo; y **iii)** vulneración del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia en cuanto a pronunciamientos esenciales que han conducido a la estimación del recurso contencioso-electoral.

2.- En el motivo primero la parte recurrente argumenta lo siguiente:

- a) Que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la interpretación de las normas y requisitos procedimentales contenidos en la LOREG ha de efectuarse de conformidad con los principios esenciales de mayor efectividad del derecho fundamental de sufragio, de conservación de los actos electorales válidos y de búsqueda de la verdad material expresada por los electores en las urnas;
- b) que la sentencia recurrida ha interpretado el art. 75 LOREG, en lo relativo a las exigencias establecidas para la remisión del voto por correo del CERA, en sentido totalmente contrario a dichos principios, al optar por una interpretación literal y formalista que confunde la validez de los votos emitidos con la adecuación del cauce elegido para su remisión por correo, en una interpretación que conduce a un resultado desproporcionado;
- c) que tal interpretación se funda únicamente en la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, de reforma de la LOREG, de regular “un procedimiento muy garantista” (FJ 2) o que “en relación con la Exposición de Motivos de la citada reforma, en la que con referencia al procedimiento de votación del censo de españoles residentes en el exterior establece que se regula un procedimiento muy garantista” (FJ 3) o que, en fin, “es por ello que estableciendo la reforma 2/2011 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en su exposición de motivos que se regula un procedimiento muy garantista, al mismo debemos estar, sin que pueda el mismo ser interpretado en el sentido de dar validez a los votos recibidos directamente por la Junta Electoral Provincial” (FJ 6 *in fine*);
- d) que, en esencia, el fundamento que conduce a la sentencia a decretar la nulidad de la elección es la incertidumbre sobre el destino de los 332 votos que la misma estima irregulares, incertidumbre en cuanto a su afectación a las tres circunscripciones territoriales e incertidumbre en cuanto a su atribución a las distintas candidaturas;
- e) que, por el contrario, una interpretación del indicado art. 75 LOREG conforme con tales principios debería llevar forzosamente a admitir como válidos los votos remitidos por los electores del CERA por correo directamente a la Junta Electoral del Principado de Asturias, como así hizo ésta siguiendo las instrucciones de la Junta Electoral Central expresadas en la Resolución de la Presidencia de 27 de marzo de 2012;
- f) que una interpretación congruente con aquellos principios, sujeta incluso a la literalidad del precepto, lleva a la conclusión de admitir como válidos los votos cuestionados puesto que, a diferencia de otros preceptos de la LOREG en los que expresamente se sanciona con la nulidad determinadas irregularidades del procedimiento electoral (v. el art. 96), en el caso del art. 75 LOREG no se prevé expresamente dicha sanción anulatoria o invalidadora de los votos remitidos

directamente por los electores del CERA a la Junta Electoral (únicamente se reputan expresamente inválidos los votos en los que no conste claramente en el sobre un matasellos u otra inscripción oficial de la Oficina de Correos u Oficina Consular o Diplomática que certifique de modo indubitable el cumplimiento del requisito temporal que en cada caso se contempla –art. 75.9) y precisamente por ello la Junta Electoral Central ha declarado expresamente la validez de los votos así emitidos hasta en tres acuerdos distintos: acuerdos de 22 de mayo de 2011, 20 de noviembre de 2011 y 27 de marzo de 2012;

- g) que los votos cuya validez cuestionó la candidatura recurrente en vía contencioso-electoral (332) por haber sido remitidos directamente por los electores del CERA a la Junta Electoral del Principado de Asturias cumplieron con todas las garantías impuestas por la nueva redacción del art. 75 LOREG;
- h) que, en primer lugar, todos los votos procedían de electores que formularon su solicitud de voto dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, acompañando fotocopia del documento oficial de identificación personal (pasaporte, DNI, certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular, art. 75.1) y a los que les fue remitida por ese conducto oficial la documentación en plazo, como lo acredita el hecho de que los votos por correo recibidos directamente por la Junta Electoral del Principado de Asturias se corresponden con los sobres e impresos oficiales de votación, no constando en las actas de escrutinio incidencia o reclamación alguna al respecto;
- i) que, en segundo lugar, todos esos electores incluyeron en el sobre dirigido a la Junta Electoral del Principado de Asturias, junto al sobre o sobres de votación, el certificado de estar inscrito en el censo y fotocopia del documento oficial de identificación, lo que consta acreditado en el expediente;
- j) que, en tercer lugar, todos los votos tomados en consideración (332) cumplen con las garantías previstas en el art. 75.9, pues la Junta Electoral del Principado de Asturias ya excluyó 19 que no tenían sello de registro de entrada en plazo;
- k) que, por último, todos los votos así recibidos fueron objeto de escrutinio en la forma y plazos previstos en el art. 75.9 y 10;
- l) que la única circunstancia que diferencia esos 332 votos del resto de los emitidos por los electores del CERA es que fueron remitidos directamente por los electores a la Junta Electoral del Principado de Asturias por correo certificado en lugar de remitirlos por el intermedio de las misiones diplomáticas y consulares, circunstancia que constituye una mera irregularidad formal que en absoluto puede tener por sí misma carácter invalidante del voto y mucho menos aún de la elección resultante de la Mesa electoral del CERA, puesto que no supone merma alguna de las garantías o cautelas previstas en el art. 75 LOREG;
- m) que la intervención de las misiones diplomáticas y consulares respecto del voto del CERA –por correo o no presencial–, a diferencia de lo que sucede con el voto “en urna” ejercido ante las mismas, no añade garantía alguna al procedimiento electoral, sino que se limita a la mera función logística de recepción del voto, por lo que no puede considerarse como una garantía esencial, capaz por sí sola de invalidar el proceso;
- n) que, por otra parte, el principio de búsqueda de la verdad material manifestada en las urnas por los electores, tiene como corolario la exigencia de que los Tribunales hayan de extremar las precauciones a la hora de enjuiciar el alcance invalidatorio

de las irregularidades, llevando a cabo una interpretación favorable a la validez del voto, limitando los supuestos de invalidez o nulidad a aquellos en que se haya comprometido la autenticidad del sufragio, el secreto del voto, la libertad de emisión del mismo por parte de los electores y la intención y voluntad de optar por una concreta formación política;

- o) que, en el presente caso, ni por la candidatura que interpuso el recurso contencioso-electoral, ni por la sentencia recurrida en amparo, se ha puesto en duda la autenticidad, libertad y secreto de los 332 votos cuestionados, sino que únicamente se les imputa una irregularidad formal que además no está acreditado que suponga una merma de garantías del procedimiento electoral;
- p) que, por tanto, la interpretación del requisito procedimental cuestionado que lleva a cabo la sentencia recurrida va derechamente dirigida en contra de la búsqueda de la verdad material –puesto que, so pretexto de hacer cumplir con rigor el procedimiento electoral, declara la nulidad de la totalidad de los votos de la Mesa del CERA de la circunscripción occidental, en número de 573, siendo así que su autenticidad, libertad y secreto ni siquiera la parte recurrente en vía contencioso-electoral había puesto en duda;
- q) que, en consecuencia, es contraria a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 CE una interpretación de los trámites previstos en el art. 75 LOREG que no responde a aquella finalidad de garantizar que el procedimiento electoral culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral;
- r) que la repetición de la votación de la Mesa del CERA correspondiente a la circunscripción occidental, limitada además a la elección en exclusiva del sexto escaño de la circunscripción, sin perjuicio de irresolubles dificultades de ejecución, supone discriminar sin justificación alguna al candidato proclamado electo perteneciente al partido político recurrente –e incluso a los de las demás candidaturas– en relación con los otros cinco electos cuya proclamación la sentencia ordena conservar, puesto que no existe razón alguna, ni la sentencia la expresa, que justifique dicha conservación cuando la propia sentencia reconoce que “se desconocen todos los datos de los votos emitidos de forma irregular, incluso cuántos de ellos correspondían a la circunscripción que se discute” (FJ 7);
- s) que carece de sentido tal privilegio cuando la sentencia ni siquiera ha formulado el preceptivo “juicio de relevancia” con el fin de justificar, siquiera en términos probabilísticos, la nula incidencia de los votos irregulares en la elección de los citados cinco primeros electos de la circunscripción;
- t) que también desde el punto de vista del sufragio activo la decisión de limitar la repetición de la votación a la elección del sexto diputado de la circunscripción occidental vulnera el derecho fundamental a la igualdad de trato, en este caso de los electores del CERA que hayan de votar en la nueva elección, quienes se hallarán en situación de desigualdad respecto de los electores del CERA de otras circunscripciones, dado que no tendrán las mismas opciones o libertad de elección que aquéllos, puesto que la sentencia ya ha limitado tales opciones al excluir de la elección a los cinco candidatos electos cuya proclamación ha ordenado conservar;
- u) que, además, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la decisión de anular una elección y la consiguiente orden de realizar una nueva convocatoria electoral ha de ser excepcional y, en consecuencia, dicha nueva elección ha de realizarse en las condiciones más similares posibles al proceso electoral anulado,

puesto que tales supuestos resultan contrarios al principio de “simultaneidad del sufragio” que rige en esta materia, que a su vez es un requisito de igualdad de los electores en el ejercicio del derecho al sufragio activo, lo que no sucedería con esta reiteración parcial, que supone convocar a las urnas a un reducido grupo del cuerpo electoral que, frente a los que ya ejercieron su derecho al voto el día 25 de marzo de 2012, conocen no sólo el resultado electoral en las tres circunscripciones y la asignación de cuarenta y cuatro escaños, sino también resultan condicionados por la realidad subyacente en el sentido de que su voto será determinante en la conformación de mayorías en la Asamblea Legislativa autonómica y, por tanto, en la elección del Gobierno;

- v) que, como quiera que la sentencia no ofrece justificación racional o lógica para llevar a cabo dicho trato desigual, dicha declaración vulnera el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el art. 14 CE;
- w) que la sentencia impugnada vulnera también los derechos fundamentales recogidos en el art. 23 CE porque decreta la nulidad de la Mesa del CERA en cuanto a la Circunscripción Occidental, sin efectuar el llamado “juicio de relevancia” o de incidencia de las supuestas irregularidades formales sobre el resultado final de la elección, en contra de lo preceptuado en el art. 113 LOREG y de la jurisprudencia constitucional que lo interpreta (SSTC 25/1990, de 19 de febrero; y 131/1990, de 16 de junio, FJ 6), lo cual es especialmente relevante si se considera que los votos cuestionados no han sido emitidos irregularmente sino remitidos irregularmente, circunstancia por la que el fallo de la Sala resulta manifiestamente desproporcionado y contrario a los principios hermeneúticos que informan la aplicación del derecho fundamental del art. 23.2 CE;
- x) que la Sala, al obrar así, prescinde de la jurisprudencia constitucional que ordena despejar la incertidumbre incluso mediante el empleo de métodos de cálculo probabilístico, estadístico u otros métodos estimativos, resulta irrazonable, es contraria a los principios de mayor efectividad de ejercicio del derecho de sufragio, de conservación de los actos válidos, y, en definitiva, es vulneradora por sí sola de los derechos fundamentales del art. 23 CE;
- y) que, efectuados esos cálculos probabilísticos, resultaría que el sexto escaño en disputa correspondería al PSOE (cociente de 6.690,6) en lugar de a Foro de Ciudadanos (cociente de 6.682), lo que significa que, aun considerando nulos los 66 votos controvertidos, el resultado electoral no se alteraría, con lo que ha de concluirse forzosamente que no se está ante una irregularidad invalidante de la elección y que se ha vulnerado el derecho fundamental de sufragio pasivo del candidato del partido recurrente.

**3.-** En el motivo segundo la parte recurrente en amparo expresa lo siguiente:

- a) que procede dar por reproducidas las alegaciones formuladas en el motivo anterior, dada la íntima conexión, declarada por ese Tribunal Constitucional, entre los derechos garantizados en los dos apartados del art. 23 CE;
- b) que, no obstante lo anterior, desde el punto de vista del derecho de sufragio activo, ha de estimarse igualmente vulnerado este derecho fundamental por la sentencia recurrida en cuanto a la infracción del principio de proporcionalidad que también rige en esta materia;
- c) que la sentencia recurrida ha anulado el voto de todos los electores del CERA correspondientes a la circunscripción occidental, esto es, procede a la anulación de



573 sufragios, haciéndolo sin estimar qué porcentaje de ellos podría resultar afectado por los 332 votos estimados irregulares y sin estimar qué porcentaje afectaría a cada candidatura contendiente, para determinar la eventual incidencia en el resultado final;

- d) que, en tales circunstancias, la anulación pugna con los más elementales principios del procedimiento electoral (mayor efectividad del derecho de sufragio, conservación de actos válidos y búsqueda de la verdad material), resultando tal declaración de nulidad contraria además al principio de proporcionalidad, al anularse también los 241 votos cuya regularidad no se ha cuestionado.

**4.-** En el motivo tercero la parte recurrente razona lo siguiente:

- a) que la sentencia impugnada no contiene motivación bastante en relación con el pronunciamiento relativo a la invalidez o nulidad de los 332 votos de electores CERA objeto de controversia, pues hace rotar su interpretación rigorista y literal de la exigencia prevista en el art. 75.4 LOREG en la supuesta voluntad del legislador de establecer un procedimiento especialmente garantista en cuanto al voto de esos electores, fundamentación meramente formal, puesto que no profundiza en el análisis de qué concreta garantía aporta el trámite de remisión del voto a la embajada o consulado en relación con la remisión directa a la Junta Electoral del Principado de Asturias;
- b) que la sentencia carece de motivación bastante en relación con el pronunciamiento relativo a la incidencia en el resultado final de los 332 votos controvertidos, al omitir cualquier referencia al preceptivo “juicio de relevancia”;
- c) que la sentencia no motiva el pronunciamiento referente a la obligación de efectuar una nueva convocatoria electoral y mantener al mismo tiempo la proclamación de Diputados electos de los cinco a los que han sido asignados los cinco primeros escaños correspondientes a la Circunscripción Occidental, pronunciamiento que sólo se contiene en el fallo, pero no en la fundamentación jurídica;
- d) porque la sentencia tampoco ofrece respuesta alguna a la pretensión de inadmisibilidad de la petición principal del recurso contencioso-electoral, pretensión que había ejercitado el PSOE en su escrito de alegaciones ante la Sala sentenciadora.

**5.-** En base a todo ello se suplica una sentencia por la que se efectúen los siguientes pronunciamientos:

- a) declarar vulnerados los derechos fundamentales de la parte recurrente reconocidos en los arts. 23.1 y 2 y 24.1 CE;
- b) restablecer a la parte recurrente en la integridad de sus derechos y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso electoral número 343/2012 con fecha 27 de abril de 2012, y la conformidad a derecho del Acuerdo de proclamación de electos adoptado por la Junta Electoral del Principado de Asturias de fecha 10 de abril de 2012;
- c) reconocer el derecho de la parte recurrente a que el candidato de su lista electoral en la Circunscripción Occidental en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias de 25 de marzo de 2012, don Francisco González Méndez, sea proclamado electo.

## II

1.- Planteadas así las cosas parece obvio concluir que el núcleo del presente recurso de amparo se hallaría, en primer término, en la determinación de la validez o invalidez de los votos controvertidos, cuestión vinculada por la parte recurrente a la interpretación del art. 75.4 de la LOREG, en redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, y sobre la cual la parte recurrente considera que el criterio de la Junta Electoral del Principado de Asturias se ajusta mejor al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.1 y 2 CE que el criterio de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, razón por la cual entiende que ese Tribunal Constitucional debería corregir tal interpretación en esta vía de amparo. Y, en segundo término, constituye también cuestión nuclear en el presente recurso de amparo la omisión en esa sentencia de cualquier referencia concreta al denominado “juicio de relevancia”.

2.- La pretensión planteada obliga, no obstante, a efectuar previamente algunas precisiones con la finalidad de determinar con la debida concreción el objeto del presente recurso de amparo.

En primer lugar y ante todo, es preciso recordar que la solicitud de amparo promovida tras un recurso contencioso-electoral no puede ser entendida como una última instancia de apelación, en la que pueda plantearse una plena revisión de los hechos y de la interpretación del Derecho electoral realizadas primero por la Junta Electoral y posteriormente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Por ello, no correspondería a ese Tribunal Constitucional entrar a fiscalizar, sin límites, el control realizado por los Jueces ordinarios sobre la pulcritud del procedimiento electoral y los efectos de los vicios en él acotados sobre el resultado proclamado por la Junta Electoral. El control constitucional en amparo sobre la regularidad del procedimiento electoral debe ceñirse a la indagación relativa a si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, los vicios procedimentales que se constatan pueden afectar al resultado de la elección misma y, a través de éste, a la integridad del derecho fundamental comprometido, que sería principalmente el consagrado en el art. 23.2 CE (SSTC 9/1989, de 4 de mayo, FJ 2; 26/1990, de 19 de febrero, FJ 4). Y, en el supuesto ahora examinado, la decisión adoptada por la Junta Electoral, así como su anulación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, posee una clara dimensión constitucional, pues afecta, o puede afectar, al ejercicio de los derechos fundamentales cuya vulneración se aduce por parte de la candidatura del PSOE. En efecto, la nulidad del escrutinio de la Mesa de electores del CERA, en cuanto a la Circunscripción Occidental, en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el día 25 de marzo de 2012, a que se refiere la demanda de amparo, constituye un elemento esencial para el resultado electoral, por cuanto incide directamente en la asignación del último diputado en disputa.

En segundo lugar, es preciso recordar también que ese Tribunal Constitucional, como reiteradamente ha manifestado, no puede entrar a conocer *ex art.* 44.1.b) LOTC de los hechos que dieron lugar a los procesos en los que se produjeron las lesiones de derechos fundamentales aducidas en la demanda de amparo (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 1; 46/1982, de 12 de julio, FJ 1; 43/1992, de 30 de marzo, FJ 3; 143/1991, de 1 de julio, FJ 1), lo que no significa, sin embargo, que deba abstraerse de las consecuencias jurídicas que el

órgano judicial extrae de tales hechos cuando, viéndose afectado un derecho fundamental, aquellas consecuencias resulten desproporcionadas o supongan para el derecho fundamental en cuestión una injerencia, sacrificio o menoscabo en modo alguno justificado, razonable o simplemente acorde con la naturaleza y gravedad de la infracción producida (STC 130/1991, de 6 de junio, FJ 4), ni que le esté impedido el conocimiento de los hechos en el sentido de la ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar su decisión (STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 1).

En tercer lugar, en cuanto al análisis de las alegadas lesiones de los derechos garantizados por el art. 23 CE, conviene recordar que, como ha señalado ese Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que “puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio” (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2).

En cuarto lugar, no puede olvidarse que, habiendo aducido la parte demandante de amparo la vulneración del art. 23 CE, poniéndolo en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), es necesario partir de que éste, alegado conjuntamente con el derecho reconocido en el art. 23.2 CE, queda vinculado a éste en virtud de una relación de instrumentalidad, de forma que el examen no puede circunscribirse al mero contraste de la razonabilidad de la interpretación que la Junta Electoral y el Tribunal Superior de Justicia efectúan de la legislación electoral aplicable, pues lo que está en juego, de manera específica, es el derecho fundamental, de carácter sustantivo, a acceder en condiciones de igualdad, y conforme a lo dispuesto en las Leyes, a determinado cargo público representativo, supuesto en el que el criterio de la razonabilidad que se utiliza como canon para determinar si se ha vulnerado o no el art. 24 CE no resulta suficiente. Tal y como se dijo en la STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 5, la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad no es en modo alguno fundamento para la concesión del amparo constitucional, cuando se realiza en forma motivada en términos de Derecho: sólo si esa interpretación supone la lesión de un derecho fundamental podrá ser revisada en sede constitucional, pero en virtud de la vulneración de ese derecho, y no de la tutela judicial.

En quinto lugar, invocándose igualmente en la demanda de amparo el art. 14 CE, es preciso asimismo recordar que su invocación explícita no era necesaria, puesto que el art. 23.2 CE no puede dissociarse del mismo en la medida en que, cuando establece la necesidad de que el derecho que proclama sea ejercido “en condiciones de igualdad”, está plasmando una concreción del principio que, con carácter general, se reconoce en el art. 14 CE, lo que significa que las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla se deben aplicar por igual a todos los candidatos (STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4). Además, como se ha señalado, entre otras, en las SSTC 50/1986, de 23 de abril, y 84/1987, de 29 de mayo, el propio art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, y es éste, por tanto, el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

Por consiguiente, el análisis de la cuestión ha de centrarse, en definitiva, en determinar si la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia de Asturias ha vulnerado o no el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad de la candidatura de la parte actora.

### III

1.- La sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso electoral número 343/2012 con fecha 27 de abril de 2012 entra sin vacilación a examinar lo ocurrido en el escrutinio de la Mesa de electores del CERA, en cuanto a la Circunscripción Occidental, llegando a la conclusión de que los resultados reseñados en el acta ocasionaban una situación de incertidumbre, habida cuenta de la existencia de 332 votos a su juicio inválidos por no haber observado estrictamente el procedimiento establecido en el art. 75 LOREG, y habida cuenta de la imposibilidad de determinar con precisión ni siquiera a qué circunscripción electoral correspondía cada uno de ellos.

2.- Estos tan elementales antecedentes permiten, sin embargo, considerar ya la queja del solicitante de amparo relativa a la vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 23.1 y 2 CE.

Se trata en el presente caso de un supuesto en el que parece inexcusable aplicar la doctrina sentada por ese Tribunal Constitucional en las SSTC 24/1990, 25/1990 y 26/1990, en especial en la primera de ellas. En efecto, en tal decisión se dijo que en un recurso contencioso-electoral instado frente a la proclamación de candidatos electos la Sala de lo Contencioso-Administrativo debe procurar, en primer término, averiguar con todos los medios probatorios a su alcance la realidad de lo ocurrido en la Mesa o Mesas en las que se hayan denunciado irregularidades, al objeto de poder determinar con un razonable margen de seguridad el sentido de los votos correspondientes a las mismas. De modo que sólo en el supuesto de que la Sala no lograra alcanzar una conclusión cierta sobre el sentido de los votos emitidos podría decretar la nulidad de la votación celebrada en la Mesa o Mesas impugnadas. Por ello, el art. 113.2.d) LOREG contempla como uno de los fallos posibles la nulidad de la elección celebrada y la necesidad de efectuar una nueva convocatoria. Con todo, la Ley Electoral, en aplicación del principio de conservación de los actos, determina que la invalidez de la votación en una o varias Secciones no comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final (art. 113.3 LOREG).

Con mayor concreción, la STC 25/1990, de 19 de febrero, FJ 8, establece que “[l]a Sala que en cada caso resuelva el correspondiente recurso contencioso electoral deberá, llegado el momento, realizar el juicio de relevancia de los vicios o irregularidades invalidantes en el resultado final, sin perjuicio de la ulterior revisión del mismo, en su caso, por este Tribunal. En su motivación, y según el supuesto de hecho que en cada recurso haya que resolver, la Sala deberá expresar el proceso lógico que le lleva a apreciar la alteración del resultado como consecuencia de los vicios o irregularidades apreciados. Cuando se trate de vicios de procedimiento no mensurables en cuanto a su relevancia para la alteración del resultado, la Sala deberá valorarlos ponderando expresamente todas las circunstancias del caso. Si se trata de irregularidades cuantificables, esto es de un número cierto de votos de destino desconocido, como ocurre en este caso, sin excluir el posible recurso a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística, un criterio fecundo y razonable para apreciar si aquellos votos son determinantes para el resultado electoral consiste en comparar

su cifra [...] con la diferencia numérica entre los cocientes de las candidaturas que se disputan el último escaño...”

Por lo tanto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, una vez apreciados los vicios o irregularidades que entienda acreditados, ha de expresar si esos vicios o irregularidades han traído como consecuencia una alteración del resultado electoral y ha de expresar asimismo el proceso lógico que le lleve a apreciar esa alteración.

**3.-** El problema, en el presente caso, consiste en que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias se ha limitado a declarar una nulidad que no resulta acorde con las previsiones de la LOREG, al no efectuar en su totalidad o por completo la operación inexcusablemente exigida por dicha Ley. En efecto, la Sala no ha constatado si los votos que ha considerado inválidos eran o no relevantes para el resultado de la elección, a pesar de que ello resultaba imprescindible, con arreglo a lo que ya ha sido justificado. Por lo tanto, debía haber comprobado si la invalidez de dichos votos podía ser determinante del resultado de la elección, esto es, si era relevante para el resultado final. Y esta relevancia, tal y como ya se ha dicho con cita de la STC 25/1990, habría de basarse primeramente en criterios razonables, como la comparación entre el número de votos invalidados con la diferencia entre los candidatos afectados por la impugnación, pero también podía haberse efectuado acudiendo a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística. Es más, tal “juicio de relevancia” le había sido ofrecido a la Sala en la demanda del recurso contencioso-electoral entablado por la formación política Foro de Ciudadanos y por doña Lourdes Fuencisla Álvarez Bravo, en su calidad de representante general de esa formación política para las elecciones autonómicas del día 25 de marzo de 2012, si bien con un pequeño aunque decisivo defecto, favorable a dicha candidatura, en todo caso fácilmente detectable por la Sala, pues fue puesto de manifiesto en el informe del Fiscal Superior de Asturias de fecha 21 de abril de 2012, como acto seguido se verá.

**4.-** Parece oportuno entonces efectuar transcripción literal de lo razonado por tal formación política (Foro de Ciudadanos) a este propósito (páginas 21 y siguientes de la demanda iniciadora del recurso contencioso electoral):

“Así, en el acta de proclamación de electos por la circunscripción occidental se reconoce que, computando todos los votos irregulares, el Partido Socialista Obrero Español, con 20.106 votos, obtiene tres escaños; el Partido Popular, con 14.787 votos, obtiene dos escaños; finalmente, Foro de Ciudadanos, con 13.369 votos, obtiene un escaño.

Y es un hecho indiscutido que los votos afectados por la irregularidad denunciada fueron 332 (fueron 351 los remitidos de la forma irregular pero 19 fueron ya invalidados por la Junta escrutadora antes de la antijurídica mezcla de votos que por la misma se llevó a cabo).

Pues bien, se ha acreditado en este escrito que el número total de votos del CERA declarados válidos es de 2.863, correspondiendo 1.707 a la circunscripción central, 573 a la circunscripción occidental y 583 a la circunscripción oriental. En consecuencia, el porcentaje del total voto CERA correspondiente a la circunscripción occidental es el 20,01, de forma tal que en ese cálculo probabilístico y estadístico propugnado por el PSOE y acogido por la Junta Electoral Central, habría de corresponder a la

circunscripción occidental el 20,01 por ciento de los 332 votos irregularmente remitidos; esto es, 66 votos.

A partir de ahí, vamos a examinar la atribución de escaños en la referida circunscripción, guiándonos por los ya reproducidos datos del acta de proclamación de electos y con base en dichos datos, sin la imputación de momento de los votos cuya nulidad se postula.

El primer escaño, se asigna, evidentemente, a la candidatura que ha obtenido más votos, puesto que todas las candidaturas concurren a la asignación de dicho escaño con el número total de sus votos, dividido por la unidad. Por tanto, primer escaño para el PSOE, con sus 20.106 votos.

Para la asignación del segundo escaño concurre el PSOE con un cociente de 10.053 votos (división de su número total por dos) y el PP con sus 14.787 votos totales y el Foro de Ciudadanos con sus 13.369 votos totales. Por consiguiente, el segundo escaño queda asignado al Partido Popular.

Para la asignación del tercer escaño sigue concurriendo el PSOE con un cociente de 10.053 votos, pasando el PP a concurrir con un cociente de 7.393,5, mientras que Foro de Ciudadanos concurre con el total de sus 13.369 votos. El tercer escaño se asigna, por tanto, a Foro de Ciudadanos.

A la asignación del cuarto escaño, puesto que ya tiene asignado un escaño cada una de las tres candidaturas en cuestión, concurren las tres con el total de sus votos, dividido por dos, esto es, PSOE con 10.053, PP con 7.393,5 y Foro de Ciudadanos con 6.684,5. El escaño se asigna por tanto al PSOE.

A la asignación del quinto escaño concurre ya el PSOE con un cociente de 6.702 (división por tres de su número total de votos); el PP con su mismo cociente anterior de 7.393,5 y Foro de Ciudadanos con 6.684,5. El escaño se asigna, por tanto, al Partido Popular.

Pasamos a la asignación del sexto escaño. El PSOE sigue concurriendo con su cociente de 6.702; el PP pasa a concurrir con un cociente de 3.696,75; y Foro de Ciudadanos, con un cociente de 6.684,5. El escaño se asigna, así, al PSOE, tal como se ha hecho en la proclamación de electos.

Sin embargo, dada la conclusión estadística y probabilística de que sean 66 los votos irregularmente remitidos y nulos en la circunscripción, ninguna cuestión se plantea en cuanto a los escaños primero a quinto, que seguirán siendo el primero y el cuarto para el PSOE, el segundo y el quinto para el PP y el tercero para Foro de Ciudadanos.

Pero, si restamos esos 66 votos nulos a los 20.106 totales del PSOE, esa formación política concurriría a la asignación del sexto escaño con un cociente de 6.680 votos, resultado de dividir por tres 20.040, con lo que el escaño sería para Foro de Ciudadanos, que concurriría con su cociente de 6.684,5.”

**5.-** Y el defecto al que se aludió anteriormente fue puesto de relieve en el dictamen del Fiscal Superior de Asturias de fecha 21 de abril de 2012 (página 32) en los siguientes términos:

“Pero todo ello parte del error de restar los pretendidos y teóricos 66 votos nulos, del total de los votos obtenidos por el Partido Socialista, cuando esa resta debe hacerse proporcionalmente a cada uno de los demás Partidos, es decir, a los 14.787 del Partido Popular y los 13.369 de Foro Ciudadanos, pues no sabemos a qué Formación Política correspondería cada uno de ellos, pero en ningún caso cabe restarlos del total obtenido por el primer Partido.”

**6.-** Así pues, la Sala pudo y debió efectuar este juicio de relevancia. De haberlo hecho –tomando siempre en consideración la importantísima observación puesta de relieve por el Ministerio Fiscal– el resultado habría sido semejante al que expresa la parte ahora recurrente en amparo en los folios 43 y 44 de su demanda de amparo, donde se concluye que, efectuados esos cálculos probabilísticos, resultaría que el sexto escaño en disputa correspondería al PSOE (cociente de 6.690,6) en lugar de a Foro de Ciudadanos (cociente de 6.682).

**7.-** De lo hasta aquí expuesto se derivan con toda evidencia dos conclusiones: **i)** que, al no haber procedido la Sala a efectuar ese juicio o comprobación de relevancia, se ha producido la vulneración del derecho de la parte recurrente a acceder al cargo en términos de igualdad, así como del derecho a la participación en los asuntos públicos de los electores que se han visto privados definitivamente de su voto; y **ii)** que, a mayor abundamiento, de haber efectuado la Sala el obligado juicio de relevancia, a falta de datos ciertos, con arreglo a juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística, como permite la doctrina constitucional, parece que el resultado de la votación no habría de verse alterado.

**8.-** Queda, pues, por determinar el alcance del amparo que se ha de otorgar. A tales fines parece que habrá de declararse existente la vulneración del derecho fundamental de la parte recurrente a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), lo que llevará aparejado que se declare asimismo la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso electoral número 343/2012 con fecha 27 de abril de 2012, con la consecuencia necesaria de adquirir plena vigencia el Acuerdo de la Junta Electoral de Asturias de fecha 10 de abril de 2012, de proclamación de electos en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el día 25 de marzo de 2012, en cuanto a la Circunscripción Occidental.

#### IV

Por todo ello, el Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86.1 inciso primero, 52.3 y 53.a) LOTC, en relación en lo necesario con el art. 3 del Acuerdo de ese Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2000, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la L. O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, interesa de la Sala que dicte sentencia por la que se estime el amparo solicitado y, en consecuencia:

**1º.-** Se declare que se ha vulnerado el derecho fundamental de la parte recurrente a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE).

**2º.-** Se acuerde la nulidad de la resolución impugnada, esto es, de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso electoral número 343/2012 con fecha 27 de abril de 2012, con la consecuencia necesaria de adquirir plena vigencia el acuerdo de la Junta Electoral de Asturias de fecha 10 de abril de 2012, de proclamación de electos en las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el día 25 de marzo de 2012, en cuanto a la Circunscripción Occidental.

En Madrid, a 5 de mayo de 2012.

El Fiscal.