

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 11 de mayo de 2012, dictada en los recursos de amparo electoral núms. 2548, 2551 y 2562/2012.

En términos de gran brevedad, para no retrasar su notificación, con el respeto que siempre me merecen las opiniones de mis compañeros, dejo constancia de mi discrepancia respecto de la indicada Sentencia.

1. Ante todo, he de señalar que estoy de acuerdo con la primera de sus conclusiones, es decir, la nulidad de los 332 votos litigiosos que se emitieron sin ajustarse a la legislación actualmente vigente, que modificó –Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero- la normativa anterior para lograr “un procedimiento muy garantista”.

En este terreno, únicamente tengo que añadir una matización. No creo que “el contenido normativo del nuevo art. 75 LOREG”, concretamente su apartado 9, “pudiera conducir a ciertas confusiones a un elector medio”, de modo que no es necesario que “el propio legislador” haya de “despejar aquellas dudas o clarificar los preceptos cuya redacción pueda provocar alguna confusión”.

Ignoro cuantos electores desde el extranjero han podido sufrir confusiones derivadas de la lectura del art. 75 LOREG. Y desde luego no veo qué dudas pueda suscitar su apartado 9. Este es su texto: “En todos los supuestos regulados en el presente artículo será indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre mencionado 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 cumplimiento del requisito temporal que en cada caso se contempla.”

Está claro el sentido de la referencia al matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en cuestión “que tiene por objeto acreditar de modo indubitable el cumplimiento del requisito temporal *que en cada caso se contempla*”. Así, en el caso que prevé el art. 79.1 LOREG, el matasellos de la Oficina de Correos servirá para acreditar que la solicitud de voto dirigida a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, se ha formulado “no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria”. Y en el caso del art. 75.8, el matasellos prueba que el sobre se ha remitido a la Oficina o Sección Consular “no más tarde del quinto día anterior al día de la elección”. Y, por último, es el cumplimiento de este mismo plazo el que se justifica con la inscripción consular cuando el sobre se entrega directamente en la Oficina o Sección Consular.

Dejando a un lado estas observaciones de tono menor, es claro el acierto de la Sentencia al terminar con una práctica *contra legem*, que, según su propia dicción, la Junta Electoral Central había admitido “excepcionalmente” en ocasiones anteriores.

2. Mi discrepancia con la Sentencia se refiere a la valoración que hace de la relevancia del cómputo de los votos declarados nulos en el resultado electoral.

Anticipo ya mi posición: cuando la ponderación estadística exige dos cálculos sucesivos –asignación de los votos nulos, primero, a una circunscripción y después a sus destinatarios-, de modo que el resultado del primero es el punto de partida del segundo, la posibilidad de error se multiplica, lo que dota de escasa fiabilidad a estas técnicas, pero si a ello se une que el número de votos nulos es superior en mucho a la diferencia entre los cocientes de las candidaturas que se disputan el escaño –sistema d’Hondt- y además que

esta diferencia es muy pequeña, la posibilidad de llegar a un resultado “con un razonable margen de seguridad”, tal como exige nuestra doctrina, queda prácticamente eliminada. El respeto a la voluntad real de los votantes, “fundamento mismo del principio democrático”, no permite soluciones aventuradas.

Ciertamente, la motivación de la resolución judicial impugnada, en cuanto a la señalada relevancia, es de una de gran parquedad, pero no inexistente: con cita de varias Sentencias del Tribunal Constitucional e incluso de otros Tribunales Superiores de Justicia y apoyándose en la STC 131/1990 –la resume así: “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”-, excluye la posibilidad de acudir a “meros cálculos de probabilidades o estadísticas cuando se desconocen todos los datos de los votos emitidos de forma irregular, incluso cuantos de ellos corresponden a la circunscripción que se discute”. Con ello el órgano judicial *a quo* destaca que no sólo se desconoce el destinatario de los votos sino también la circunscripción a la que corresponden.

Y ahí radica la singularidad de este caso, en el que los votos nulos provocan una doble incertidumbre –circunscripción a la que corresponden y dentro de ésta su destinatario-, de suerte que resulta necesaria una doble ponderación estadística, lo que obviamente multiplica el riesgo del error.

Ya en este punto, es de señalar que “el principio de primacía de la verdad material en el proceso electoral” –SSTC 146/1999, de 27 de julio, FJ 7 y 124/2011, de 14 de julio, FJ 5- es compatible, sí, con los cálculos de ponderación estadística, pero sus resultados sólo podrán aceptarse cuando

ofrezcan “un razonable margen de seguridad” –SSTC 131/1990 de 16 de julio, FJ 6 y 168/1991, de 19 de julio, FJ 2-.

La Sentencia de la que discrepo con sus razonamientos fija como cifras finales de los cocientes que aquí importan las de 6690,6 votos para el PSOE y 6682 para el FAC. Así pues, el cálculo estadístico llega a una diferencia de 8 puntos, es decir, pequeñísima, tanto que la propia Sentencia la considera “lo suficientemente estrecha” como para que no pueda “descartarse ... que el cómputo de los votos invalidados hubiera podido determinar que el escaño se adjudicase al FAC en vez de la PSOE”.

Para mí esta observación tiene carácter definitivo, si se tiene en cuenta la gran distancia que separa el número de votos nulos y la diferencia entre cocientes -SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 8 y 166/1991, de 19 de julio, FJ 2-, así como la escasa diferencia entre éstos, por un lado, y los riesgos de una doble ponderación, por otro.

Para salvar este obstáculo, la Sentencia viene a entender que no existe tal doble ponderación, pues parte del dato de “que los votos controvertidos son solamente 66”. No es así: el hecho de que las partes y el Fiscal *haciendo la primera ponderación* coincidan en el resultado -66 votos para la circunscripción occidental-, no convierte éste en hecho cierto. Sigue siendo el resultado de una ponderación y por tanto con margen de error. No se trata de un hecho admitido, se trata de una ponderación con resultado coincidente, pero, en definitiva, ponderación con margen de error. El principio de la verdad material que inspira el amparo electoral –SSTC 87/1999, de 25 de mayo, FJ2, 153/2003, de 17 de febrero, FJ 9 y 124/2011, de 14 de julio, FJ 5-, excluye de este proceso concepciones “esclavas del principio dispositivo” –STC 168/1991, de 19 de

julio FJ 2- de modo que la coincidencia de las partes en el resultado de una ponderación no convierte éste en dato a aceptar por la Sala.

En definitiva, en mi opinión, la conclusión de la Sentencia no puede sostenerse “con un razonable margen de seguridad”. Se opone a tal conclusión en primer término, la gran distancia que separa el número de votos nulos y la escasa diferencia entre cocientes. Y en segundo lugar hubiera debido tenerse en cuenta la incertidumbre que sobre los resultados proyecta la singularidad de este caso, nuevo en nuestra doctrina, en el que al ser necesarias dos ponderaciones estadísticas sucesivas se abre la posibilidad de error en cada una de ellas -una primera ponderación que puede ser errónea y sobre la que opera otra que a los errores de la base puede añadir otros- de modo que se multiplica la posibilidad de error en el resultado final. Lo que en este caso se potencia muy severamente por la muy escasa diferencia entre cocientes.

Tengo muy en cuenta los inconvenientes que implica una repetición de la elección, pero no puedo descartar, “con un razonable margen de seguridad”, que el cómputo de los votos nulos haya podido alterar el resultado electoral. Las exigencias del principio de la verdad material, que aspira a conocer la voluntad real de los votantes, reclaman en este caso la repetición de la votación correspondiente al CERA.

Y este es mi parecer, que emito con pleno respeto a mis compañeros.

Madrid, 11 de mayo de 2012.