

El gobierno de Asturias por un puñado de votos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2012

Sumario: INTRODUCCIÓN.— I. EL EJERCICIO DE SUFRAGIO DE LOS ELECTORES INSCRITOS EN EL CERA. EL ARTÍCULO 75 DE LA LOREG.—II. CONSULTA A LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL SOBRE LA ADMISIÓN DE VOTOS CERA RECIBIDOS DIRECTAMENTE EN LA JUNTA ELECTORAL PROVINCIAL.—III. EL ACUERDO DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL DE 9 DE ABRIL DE 2012 DESESTIMATORIO DEL RECURSO INTERPUESTO POR FORO DE LOS CIUDADANOS.—IV. SENTENCIA 539/2012 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS.—V. RECURSO DE AMPARO ELECTORAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

INTRODUCCIÓN

El día 25 de marzo de 2012 se celebraron elecciones autonómicas a la Junta General del Principado de Asturias que habían sido convocadas por Decreto 1/2012, de 30 de enero, del Presidente de Asturias en el que se acordaba la disolución anticipada y la convocatoria de elecciones a la Junta General del Principado de Asturias en la que debían elegirse por las tres circunscripciones existentes: la central, la occidental y la oriental, treinta y cuatro, seis y cinco diputados respectivamente. El resultado de los comicios arrojó un total de 17 escaños al PSOE, 12 a FAC, 10 al PP, 5 a IU-IX y 1 a UPyD¹. En el escrutinio general surgieron dudas respecto a la validez de determinados votos CERA

* Letrada de las Cortes Generales.

¹ La distribución de escaños en las elecciones de 22 de mayo de 2011 fue la siguiente: FAC 16, PSOE 15, PP 10, IU-Los Verdes 4 y UPyD 0.

recibidos directamente en la Junta Electoral Provincial contrariamente a lo determinado en el artículo 75 apartados 2 y 4 de la LOREG que obliga a su envío a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que esté inscrito el elector. La Junta Electoral de Asturias tras evacuar consulta a la Junta Electoral Central sobre el modo de proceder decide admitir dichos votos al considerar que se trata de una irregularidad de carácter no invalidante. Tras un recurso contencioso-electoral planteado por la formación política Foro de Ciudadanos ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias se dicta la sentencia 539/2012 que deja en suspenso uno de los Diputados obtenidos por el Partido Socialista Obrero Español y obliga a una repetición del acto de votación en la circunscripción occidental en la Mesa de los electores del CERA (Censo de Electores Residentes Ausentes), la formación política del Partido Socialista Obrero Español plantea recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional que otorga el amparo a la formación política demandante declarando vulnerado el derecho de sufragio activo de los electores de la Mesa Electoral CERA en la circunscripción de occidente cuyos votos fueron anulados por la Sentencia impugnada como consecuencia de la declaración de nulidad de la elección en la citada Mesa, y el derecho de sufragio pasivo del candidato don Francisco González Méndez cuya proclamación como Diputado había quedado suspendida.

I. EL EJERCICIO DE SUFRAGIO DE LOS ELECTORES INSCRITOS EN EL CERA. EL ARTÍCULO 75 DE LA LOREG

El artículo 75 de la LOREG contempla la modalidad de ejercicio del derecho del sufragio de las personas que viven en el extranjero. Dicho artículo fue modificado por la Ley Orgánica 2/2011 de modificación de la LOREG en su artículo 28, otorgándole una nueva redacción que introducía mayor formalismo en el ejercicio del sufragio. Fue precisamente la obligación del envío de los sobres de documentación electoral a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que esté inscrito el elector una de las novedades introducidas con lo que se pretendía ofrecer garantías de no manipulación del sufragio evitándose el envío directo por el elector a las Juntas Electorales Provinciales al tiempo que con ello se reducía el coste económico total al agrupar el envío. Las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio en el extranjero contemplan el voto por correo y el voto en urna. Respecto al voto en urna no se planteó en relación a la sentencia que nos ocupa ninguna problemática, siendo ésta en exclusiva concerniente al voto por correo.

La modalidad de voto por correo comprende los apartados uno a cuarto, ambos inclusive, del extenso artículo 75 y se regula en los siguientes términos.

1. *En las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, miembros de las Asambleas de*

las Ciudades Autónomas de Ceuta, Melilla y Diputados al Parlamento Europeo, cuando en este último caso se opte por la elección en España, 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 dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Dicho impreso será remitido a los españoles inscritos en el mencionado Censo sin perjuicio de encontrarse disponible desde el día siguiente al de la convocatoria electoral en las dependencias consulares y de poder obtenerse por vía telemática. Al impreso de solicitud se acompañará fotocopia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad, expedidos por las autoridades españolas o, en su defecto, certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia.

2. *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.*
3. *Dicho envío debe realizarse por correo certificado y no más tarde del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria, en aquellas provincias donde no hubiese sido impugnada la proclamación de candidatos, y en las restantes, no más tarde del cuadragésimo segundo.*
4. *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 en la que el elector esté adscrito, por correo certificado no más tarde del quinto día anterior al día de la elección.*

II. CONSULTA A LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL SOBRE LA ADMISIÓN DE VOTOS CERA RECIBIDOS DIRECTAMENTE EN LA JUNTA ELECTORAL PROVINCIAL

El día 27 de marzo de 2012 y por lo tanto un día antes del escrutinio general, la Junta Electoral de Asturias elevó consulta a la Junta Electoral Central en relación con el voto por correo de los inscritos en el Censo de Electores Residentes Ausentes (CERA).

La respuesta de la Junta Electoral Central llegó por la vía de una Resolución del Presidente, de conformidad con el artículo 20 de la LOREG justificada por la existencia de dos requisitos concordantes. En primer lugar la urgencia de la consulta, pues al día siguiente era el escrutinio general, que no permitía proceder a una convocatoria de la Junta, y en segundo lugar la existencia de resoluciones anteriores y concordantes de la propia Junta. En base a estos elementos, la Presidencia de la Junta adoptó esta respuesta provisional que fue ratificada en la siguiente sesión de la Junta Electoral Central que se celebró el día 9 de abril de 2012.

El contenido de la Resolución del Presidente era el siguiente:

Reiterar los acuerdos de la Junta Electoral Central de 22 de mayo y de 20 de noviembre de 2011 en el sentido siguiente:

Vista la relativa novedad del procedimiento de voto por correo de los electores CERA establecido en el artículo 75 de la LOREG, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, que nunca ha sido aplicada con anterioridad en unas elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado; en aras de una interpretación más favorable al ejercicio efectivo del derecho fundamental de participación política; y dado el retraso que se ha producido en la tramitación de los votos de los electores inscritos en el CERA, esta Junta entiende que en el presente proceso electoral las Juntas Electorales Provinciales deberán considerar como una irregularidad excepcionalmente no invalidante el supuesto en que el voto de los electores inscritos en el CERA sea remitido directamente a la Junta Electoral Provincial competente.

En estos supuestos, las citadas Juntas procederán a su escrutinio, previa comprobación de la identidad del elector y de los demás requisitos establecidos en el artículo 75 de la LOREG. En particular, verificarán que conste en el sobre en el que se remite la documentación electoral un matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en el que resida el elector que certifique, de modo indubitable, que ha sido remitido no más tarde del día anterior al de la elección, de conformidad con lo acordado por esta Junta Electoral en su sesión de 4 de noviembre.

De esta Resolución se dará traslado a la Junta Electoral Provincial y del Principado de Asturias, a la Junta Electoral de Comunidad Autónoma de Andalucía y a las Juntas Electorales Provinciales de la citada Comunidad Autónoma, para su conocimiento y efectos, así como para su traslado a los representantes de las candidaturas acreditadas ante las mismas.

Como se extrae de la lectura la ratio decidendi se encuentra en la consideración de que el envío del voto de los electores inscritos en el CERA sea remitido directamente a la Junta Electoral Provincial competente es una irregularidad excepcionalmente no invalidante al considerarlo un formalismo siendo lo esencial la verificación del matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del país donde resida el elector que certifique de modo indubitable que el envío fue depositado no más tarde del día anterior a la elección.

La fundamentación para considerar con carácter excepcional esta falta de formalismo una irregularidad no invalidante la apoya la Junta en la novedad del procedimiento del voto por correo de los electores CERA tras la reforma introducida en el artículo 75 de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2011 de 28 de enero y en una interpretación favorable al ejercicio efectivo del derecho de sufragio.

La Junta valora ante la consulta planteada la pertinencia de seguir aplicando la doctrina contenida en los acuerdos de 22 de mayo y 20 de noviembre de 2011 sobre este mismo extremo que responden a idénticos supuestos concernientes a las elecciones locales, en el primer caso, y a las elecciones generales en el segundo. Este era por tanto el tercer proceso electoral en curso tras la reforma legislativa, es por ello que la Resolución del Presidente de 27 de mayo introduce un matiz en el tratamiento de la reforma legislativa al calificarla de “relativa novedad”. Tampoco es desdeñable el hecho de que las elecciones de 25 de marzo de 2012 a la Junta General del Principado de Asturias eran unas elecciones que fruto de la ruptura de acuerdos de gobierno obedecen a un decreto de disolución anticipada y que convoca nuevamente a las urnas a los asturianos a tan solo diez meses del anterior proceso electoral.

En este sentido es posible alegar que por un lado se trataba de una segunda vuelta y por lo tanto la novedad podría considerarse inexistente pero también a sensu contrario la doctrina de los propios actos obliga a aplicar el mismo criterio mantenido en el proceso anterior producido con el trascurso de menos de un año de tiempo entre ambos. Sin duda la Junta Electoral Central ponderó estas circunstancias y primó una interpretación favorable al ejercicio efectivo del derecho de sufragio.

Sin duda la trascendencia viene en el caso planteado porque lo ajustado del resultado en la circunscripción electoral occidental en relación con el sexto de los diputados en liza otorgó un valor añadido a estos votos cuya incidencia electoral no solo comprendía a la atribución de este escaño sino que también se extendía a las posible conformación de mayorías de gobierno.

La Junta Electoral Provincial de Asturias el miércoles 28 de marzo, jornada del escrutinio general, se constituyó como es preceptivo en Mesa electoral².

En dicho acto el representante de la candidatura Foro de Ciudadanos solicitó que se apartaran y no se computaran un total de 332 votos de electores CERA alegando que habían faltado a lo establecido en el artículo 75.4 de la LOREG y que habían sido remitidos directamente a la Junta Electoral Provincial de Asturias en vez de al correspondiente consulado. La Junta Electoral no accedió a esa petición y procedió a incluir todos los votos en las urnas respectivas.

² El artículo 75.10 de la LOREG establece que “*el día del escrutinio general, y antes de proceder al mismo, la Junta Electoral competente se constituye en Mesa Electoral, a las ocho de la mañana, con los interventores que a tal efecto designen las candidaturas correspondientes*”. Continúa el apartado 11 del citado artículo estableciendo que: “*A continuación, Su Presidente procede a introducir en la urna o urnas los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día y el Secretario anota los nombres de los votantes en la correspondiente lista. Acto seguido, la Junta escruta todos estos votos e incorpora los resultados al escrutinio general*”.

Tras el escrutinio general, la candidatura de Foro de Ciudadanos presentó en el plazo del día siguiente que confiere el artículo 108.2 de la LOREG, una reclamación contra el acto de escrutinio general respecto del cómputo de los votos de los residentes ausentes dirigidos directamente a la Junta Electoral Provincial. Dicha reclamación fue resuelta en el plazo de un día que confiere el apartado tercero del citado artículo 108 de la LOREG, con invocación de la Resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 2012 que calificaba el hecho de irregularidad excepcionalmente no invalidante.

Como es obvio, dicho acuerdo fue objeto de recurso por la formación política Foro de los Ciudadanos en el plazo de las veinticuatro horas siguientes y el recurso y el expediente remitido a la Junta Electoral Central y conforme al procedimiento establecido en el artículo 108 de la LOREG, se notificó la resolución que ordenaba la remisión inmediatamente después de su cumplimiento a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que pudiesen comparecer ante la Junta Electoral Central dentro del día siguiente. La Junta Electoral centra, previa audiencia a las partes, dispone de un plazo no superior a dos días para dar audiencia a las partes y resolver dentro del día siguiente.

Además del recurrente se personaron y formularon alegaciones ante la Junta Electoral Central las formaciones políticas del Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida.

III. EL ACUERDO DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL DE 9 DE ABRIL DE 2012 DESESTIMATORIO DEL RECURSO INTERPUESTO POR FORO DE LOS CIUDADANOS

Tras la necesaria y previa confirmación de la Resolución del Presidente de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 2012 que daba respuesta a la consulta planteada por la Junta Electoral Provincial de Asturias sobre la admisión de los votos CERA remitidos directamente a ésta sin haber pasado por el Consulado correspondiente, la Junta Electoral Central por Acuerdo de 9 de abril de 2012³ desestima el recurso interpuesto por la formación política Foro

³ Recurso interpuesto por Foro de Ciudadanos contra acuerdo de la Junta Electoral Provincial del Principado de Asturias de 30 de marzo de 2012 resolutorio de reclamaciones contra el acto de escrutinio general correspondiente a las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias de 25 de marzo de 2012, respecto del cómputo de los votos de los residentes ausentes dirigidos directamente a la Junta Electoral Provincial.
Acuerdo:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de abril de 2012 se ha recibido en esta Junta Electoral Central el recurso interpuesto por el Representante de Foro de Ciudadanos contra el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial y del Principado de Asturias de 30 de marzo de 2012, resolutorio de reclamaciones contra

el acto de escrutinio general correspondiente a las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias de 25 de marzo de 2012, respecto del cómputo de los votos de los residentes ausentes dirigidos directamente a la Junta Electoral Provincial.

La pretensión del recurso es que se declare la nulidad del voto de los electores CERA en las tres circunscripciones electorales y que la Junta Electoral Provincial de Asturias modifique en ese sentido el escrutinio general y lleve a cabo la proclamación de electos con arreglo a la atribución de votos resultante de la referida exclusión.

SEGUNDO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 108.3 de la LOREG. Han presentado alegaciones, además de la formación política recurrente, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) e Izquierda Unida de Asturias. Estas dos últimas formaciones solicitan la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso es que se declare la nulidad del voto de los electores CERA en las tres circunscripciones electorales y que la Junta Electoral Provincial de Asturias modifique en ese sentido el escrutinio general y lleve a cabo la proclamación de electos con arreglo a la atribución de votos resultante de la referida exclusión. El motivo en el que se basa el recurso es que, a juicio de la parte recurrente, no debían haberse computado 332 votos de electores inscritos en el Censo Electoral de Residentes Ausentes (CERA) por haber dirigido la referida documentación electoral directamente a la Junta Electoral Provincial de Asturias, en lugar de haberlo hecho al 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. Entiende la formación recurrente que, en la medida en 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 cuántos corresponden a cada circunscripción y, en consecuencia, debe procederse a excluir todos los votos emitidos por los electores inscritos en el CERA. La Junta Electoral Provincial de Asturias desestimó la reclamación del Foro de Asturias contra el escrutinio de estos votos, invocando la resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 2012, cuyo contenido literal es el siguiente: "Reiterar los acuerdos de la Junta Electoral Central de 22 de mayo y de 20 de noviembre de 2011 en el sentido siguiente:

Vista la relativa novedad del procedimiento de voto por correo de los electores CERA establecido en el artículo 75 de la LOREG, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero; teniendo en cuenta además, que este procedimiento se encuentra pendiente del correspondiente desarrollo reglamentario previsto en el apartado 12 del referido artículo 75 de la LOREG; en aras de una interpretación más favorable al ejercicio efectivo del derecho fundamental de participación política; esta Junta entiende que en los procesos electorales celebrados el pasado 25 de marzo de 2012 las Juntas Electorales Provinciales deberán considerar como una irregularidad excepcionalmente no invalidante el supuesto en que el voto de los electores inscritos en el CERA sea remitido directamente a la Junta Electoral Provincial competente.

En estos supuestos, las citadas Juntas procederán a su escrutinio, previa comprobación de la identidad del elector y de los demás requisitos establecidos en el artículo 75 de la LOREG. En particular, verificarán que conste en el sobre en el que se remite la documentación electoral un matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en el que resida el elector que certifique, de modo indubitable, que ha sido remitido no más tarde del día anterior al de la elección, de conformidad con lo acordado por esta Junta Electoral en su sesión de 4 de noviembre de 2011.

De esta Resolución se dará traslado a la Junta Electoral Provincial y del Principado de Asturias, a la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las Juntas Electorales Provinciales de la citada Comunidad Autónoma, para su conocimiento y efectos, así como para su traslado a los representantes de las candidaturas acreditados ante las mismas".

La citada resolución de la Presidencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 de la LOREG, ha sido ratificada por la Junta Electoral Central en su sesión del día de hoy.

SEGUNDO.- El único motivo alegado por la parte recurrente en apoyo de su recurso consiste en el cómputo de 332 votos de electores inscritos en el CERA remitidos directamente a la Junta Electoral Provincial de Asturias, en lugar de al Consulado correspondiente, como prescribe el vigente artículo 75.4 de la LOREG, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero. No hay ninguna otra tacha de irregularidad salvo la exclusivamente formal del lugar al que se remitió el voto. Por otra parte, la Junta Electoral Provincial de Asturias se ha limitado a dar cumplimiento a la Resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 2012, por la que reiteraba los acuerdos anteriores de la Junta de 22 de mayo y de 20 de noviembre de 2011, comunicando que, en aras de un interpretación más favorable al ejercicio efectivo del derecho fundamental de participación política, la referida irregularidad debía considerarse excepcionalmente no invalidante, siempre que se comprobase la identidad del elector y los demás requisitos previstos en el artículo 75 de la LOREG.

Es, por tanto, la anteriormente citada Resolución de la Presidencia de la Junta Electoral Central la que constituye el núcleo de la cuestión discutida en el recurso. Dicha resolución fue adoptada cumpliendo los presupuestos establecidos en el artículo 20 de la LOREG. De una parte, la urgencia, puesto que la consulta por la Junta Electoral Provincial de Asturias se realizó el mismo día 27 de marzo y a las 8:00 horas de la mañana del día 28 debía procederse al escrutinio del voto de los electores inscritos en el CERA, según establece el apartado 10 del artículo 75 de la LOREG. De otra, por la existencia de dos acuerdos anteriores y concordantes de la propia Junta Electoral Central, los de 22 de mayo y 20 de noviembre de 2011, el último de los cuales fue recogido literalmente con una mínima adición consistente en recordar que el procedimiento de voto por correo de los electores residentes en el exterior sigue pendiente del desarrollo reglamentario previsto en el apartado 12 del referido artículo 75. Debe tenerse en cuenta que el citado precepto permite al Gobierno limitar los supuestos de aplicación del artículo 75 así como establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en estados extranjeros donde no es practicable lo dispuesto en este artículo.

La Presidencia de la Junta Electoral Central se limitó a recordar estos acuerdos, el último de los cuales se había producido hace cuatro meses, por acuerdo unánime de la Junta Electoral Central y sin que se hubiese producido reclamación alguna contra dicho criterio en ninguno de estos procesos electorales, en los que ha participado la formación recurrente. Tampoco se ha producido en estos cuatro meses un cambio de circunstancias como para modificar ese criterio, supuesto que sí hubiera exigido la convocatoria de la Junta Electoral Central.

TERCERO.- Por otra parte, este criterio se ajusta plenamente a una interpretación acorde al principio de proporcionalidad de los requisitos formales del procedimiento de votación de los electores residentes en el exterior que de manera reiterada ha mantenido la Junta Electoral Central, siempre que se cumplan los requisitos que garanticen la identidad del elector y la autenticidad del voto. La Junta Electoral Central ha considerado que este procedimiento se ejerce en condiciones no exentas de complejidad y dificultad, y que el principio de interpretación más favorable al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales aconseja salvar problemas derivados de la lejanía y de la deficiencia de los servicios postales de otros países. De esta manera ha estimado como irregularidad no invalidante que la constancia del envío indique una fecha no más tarde del día anterior al de la votación, en lugar del tercer día previo a ésta que establecía la anterior regulación de la LOREG, o del quinto día como hace la regulación actual (Acuerdos de la JEC de 28 de mayo de 1995, de 22 de junio de 1999, de 19 de julio de 2001, de 6 de junio de 2003 y de 6 de junio de 2007, antes de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011, y de 18 de noviembre de 2011, reiterando este criterio tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011). También que puedan computarse votos con otras irregularidades como que no conste o no sea legible el matasellos del país, siempre que conste la recepción en las oficinas de correos españolas el mismo día de la votación (Acuerdos de 6 de junio de 2003, de 25 de marzo de 2004, y de 9 de junio y 8 de noviembre de 2007, entre otros); o que el elector haga constar el nombre y apellidos en el sobre de votación (Acuerdo de la JEC de 6 de junio de 2003). En todos estos casos la doctrina de la Junta Electoral Central ha insistido en que lo esencial es que queden plenamente salvaguardadas la identidad del elector y la autenticidad del voto.

En el presente caso además, se producen dos diferencias esenciales respecto a la regulación existente antes de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011, que acentúan el carácter garantista de esta

regulación. De una parte el establecimiento de un procedimiento de voto rogado, mediante el que el elector inscrito en el CERA debe expresamente solicitar su participación en el proceso electoral correspondiente, asegurando de esta manera la autenticidad de su condición de elector (art. 75.1 LOREG). De otra parte, mediante la exigencia de la identificación del elector, al tener que acompañar junto a la documentación electoral, fotocopia del pasaporte o del DNI, o, en su defecto certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular (art. 75.4 LOREG). La irregularidad denunciada por la formación recurrente no se refiere a ninguno de estos aspectos sino a una cuestión puramente formal, como es su envío a la Junta Electoral Provincial en lugar de al Consulado, procedimiento que, por otra parte, era el utilizado hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011. Pero sin que ese error en el envío haya planteado duda alguna sobre la identidad del elector o sobre la autenticidad del voto.

Por eso, está fuera de lugar la referencia del recurrente a la declaración por la Junta Electoral Central de una supuesta “vacatio legis” de la reforma legal introducida por la Ley Orgánica 2/2011. Los aspectos más importantes de dicha reforma son los anteriormente citados, de mucho mayor calado que la remisión formal de la documentación electoral al Consulado en lugar de a la Junta Electoral Provincial, puesto que son aquellos los que acentúan las garantías de identidad del elector y autenticidad del voto remitido por éste. En consecuencia, dado que el recurso no invoca ningún otro argumento que pueda poner en duda la identidad o autenticidad de los 332 votos de electores inscritos en el CERA remitidos a la Junta Electoral Provincial en lugar de a la Oficina Consular correspondiente, no resulta posible proceder a su estimación. La Junta Electoral Provincial de Asturias dio cumplimiento a este acuerdo de la Junta Electoral Central, comprobando la identidad de los votantes y la autenticidad del voto, lo que le llevó a excluir 19 de los 351 votos dirigidos a la citada Junta y a computar como válidos el resto, puesto que estos últimos no fueron objeto de ningún tipo de denuncia, salvo la ya indicada de haber sido dirigidos a la propia Junta Electoral Provincial.

CUARTO.- Es preciso, finalmente, hacer una referencia a la incidencia en el resultado de la elección de la irregularidad denunciada, que el recurrente declara que consta a la Administración electoral pero que discute la representación del PSOE en sus alegaciones. De los datos que constan en el expediente resulta indubitado que el cómputo de todos los votos de los electores inscritos en el CERA —tanto los remitidos a los Consulados como los que se dirigieron a la Junta Electoral Provincial— ha tenido una incidencia en el resultado final de la votación, en la medida en que en la circunscripción occidental ha supuesto la pérdida de un escaño para la formación política recurrente en favor de la candidatura del PSOE. Ahora bien, la incidencia se ha producido respecto del conjunto de la votación de los electores residentes en el exterior, pero no necesariamente de los 332 votos remitidos a la Junta Electoral Provincial y computados por ésta. Esto es así porque no consta el dato de cuántos de estos votos se referían a la circunscripción occidental, ya que este dato ni lo solicitaron los interventores del partido recurrente —ya que se limitaron a solicitar el número total de votos con esta irregularidad así como que todos ellos no se computasen— ni la Junta Electoral Provincial lo hizo constar.

En consecuencia, no es posible saber a ciencia cierta cuántos de esos 332 votos irregulares corresponden a la circunscripción occidental y, en consecuencia, si pudieron tener incidencia en el resultado electoral. Por ello, el recurrente solicita que no se computen ninguno de los 2.863 votos de electores inscritos en el CERA que fueron escrutados. Se trata de una medida desproporcionada, puesto que incluso dejaría sin computar votos que con toda certeza o han sido válidos (los 2.531 votos que han cumplido todos los requisitos legales) o no han tenido incidencia alguna en el resultado electoral (como sucede con los referidos a las circunscripciones central y oriental).

Frente a esta alegación, la representación del PSOE recuerda que en supuestos como éste el Tribunal Constitucional ha declarado que resulta un criterio razonable la utilización de juicios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística consistente en comparar su cifra con la diferencia numérica entre los cocientes de las candidaturas que se disputan el último escaño (SSTC 24/1990 y 166/1991). La aplicación de un criterio de ponderación estadística, por el que se hiciese una atribución de los votos denunciados a la circunscripción afectada y de estos a cada una de las candidaturas que se disputan el escaño al presente caso nos conduciría a poder considerar que los votos discutidos pueden no haber tenido incidencia en el resultado de la votación en la circunscripción occidental.

de los Ciudadanos argumentando que el acuerdo impugnado traía causa directamente de una interpretación de la propia Junta Electoral Central sobre la validez del cómputo de dichos votos, siempre que se hubiera comprobado la identidad del elector y demás circunstancias del artículo 75 de la LOREG y de modo especial el que conste que el sobre en el que se remite la documentación electoral tiene matasellos u otra inscripción oficial de la Oficina de Correos del Estado del país de residencia del elector que certifique de modo indubitado que éste ha sido remitido no más tarde del día anterior al de la elección. Así primando el cumplimiento de los requisitos en la emisión del voto CERA que garanticen la identidad del elector y la autenticidad del voto, la Junta Electoral Central consideró que ese criterio se ajustaba a una interpretación acorde con el principio de proporcionalidad de los requisitos formales del procedimiento de votación y con su propia doctrina respecto a las irregularidades no invalidantes en la emisión del sufragio y que hemos analizado supra.

Añade igualmente en su motivación la Junta que la modificación legislativa producida por la Ley Orgánica 2/2011 de 28 de noviembre y que opera sobre el artículo 75 de la LOREG entre muchos otros, tiene como finalidad en este punto acentuar el carácter garantista del procedimiento siendo sus principales polos de actuación el establecimiento del voto rogado que permite asegurar la autenticidad de la condición de elector y la exigencia de identificación del elector al tener que acompañarse junto a la documentación electoral fotocopia del pasaporte o del documento nacional de identidad.

A mayor abundamiento, la Junta Electoral Central establece en su motivación que aunque es indudable lo decisivo del voto CERA en la atribución del sexto escaño de la circunscripción electoral occidental, no es posible colegir de ello que los únicos votos decisivos son los 332 remitidos a la Junta Electoral Provincial y computados por ésta ya que no consta el dato de cuántos de ellos se referían a la circunscripción occidental pues su separación no fue solicitada en ningún momento por los interventores de la formación política recurrente que se limitó a denuncia la falta de formalidad. Por lo tanto la incidencia del voto CERA en el resultado final ha de predicarse de su totalidad. De esto se infiere que resultaría desproporcionado no computar la totalidad del voto CERA emitido, es decir 2836 puesto que con ello se dejaría de computar sin ninguna duda votos que no han incurrido en ninguna irregularidad y que ascenderían a 2531, resultado de restar al total los 332 denunciados.

Por ello, en este punto solo cabe considerar que ni la formación política recurrente ha acreditado ni los datos del expediente permiten a esta Junta tener constancia de que los votos denunciados hayan podido tener transcendencia en el resultado de la votación en la circunscripción occidental.

ACUERDO

La Junta Electoral Central, en su reunión del día de la fecha, acuerda desestimar el recurso de referencia, trasladando a la Junta Electoral Provincial y del Principado de Asturias, que deberá realizar la proclamación de electos conforme al resultado del escrutinio general realizado por dicha Junta Electoral.

De tal manera que siendo este el contenido del acuerdo contra el recurso de referencia, la Junta Electoral Central da traslado a la Junta Electoral Provincial de Asturias para que efectúe la proclamación de electos, que realiza el día siguiente atribuyendo el escaño de la circunscripción occidental a don Francisco González Méndez, candidato de la lista del Partido Socialista Obrero Español.

El acuerdo de la Junta Electoral Central de 9 de abril de 2012 fue objeto de un voto particular discrepante de indudable interés puesto que muchas de sus argumentaciones fueron utilizadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la fundamentación jurídica del recurso contencioso-electoral que se planteó consiguientemente por Foro de Ciudadanos contra la proclamación de electos.⁴ El voto particular pivota sobre la ausencia del procedimiento establecido en el artículo 75.4 de la LOREG y cuyo necesario cumplimiento había sido advertido por la Oficina del Censo Electoral en la documentación que envió al elector CERA por lo que supone una vulneración de los artículos 120 y 62.1.e) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre que es además atentatoria contra la exigencia garantista introducida por la reforma legislativa en el citado artículo 75.4 de la LOREG y que permitía poner en cuestión la salvaguarda del necesario principio de verdad material y otros como la pureza del proceso electoral, por lo que a su juicio, dadas la irregularidades invalidantes concurrentes no debió computarse el voto CERA.

⁴ VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL
EXCMO. SR. DON JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS

Disiento de la opinión mayoritaria basándome en los siguientes criterios:

1.º- En este caso, como taxativamente determina el artículo 75.4 de la LOREG al establecer el envío del sobre "dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito" el incumplimiento supone una vulneración del procedimiento legalmente establecido (artículos 120 de la LOREG y 62.1.e) de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999). Sobre este punto la Oficina del Censo Electoral en las Instrucciones sobre el voto CERA hacía constar expresamente que si se opta por remitir el voto por correo certificado a la Oficina o Sección Consular de Carrera no ha de remitirse directamente el sobre a la competente Junta Electoral Provincial.

2.º- 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, puede alterar el resultado final de la elección y atenta a la exigencia garantista preconizada en la reforma de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2011, al haber faltado el principio de verdad material (SSTC 24 y 25/1990), arrojando un grado de confusión, frente al mantenimiento de los principios de objetividad y pureza del proceso electoral que a esta Junta corresponde hacer efectivos.

3.º- En efecto, en el voto por correo certificado dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que el elector está inscrito, es indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre dirigido a la Oficina Consular o Sección Consular un matasellos u otra inscripción oficial con la fecha del envío, lo que no se ha acreditado, por lo que, ante las irregularidades invalidantes concurrentes no debió computarse el voto CERA.

IV. SENTENCIA 539/2012 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

La candidatura de Foro de los Ciudadanos interpuso recurso contencioso-electoral ex artículo 109 de la LOREG contra el acuerdo de proclamación de electos de 10 de abril de 2012 de la Junta Electoral Provincial de Asturias. El acto de la impugnación solicitaba como pretensión primera la declaración de nulidad de la votación en la Mesa de electores del CERA anulando la proclamación de electos en la circunscripción occidental y realizando una atribución de escaños en función de los votos emitidos por los electores presentes que tendría como resultado la asignación de dos escaños al PSOE, dos escaños al Partido Popular y dos escaños a Foro de los Ciudadanos. Subsidiariamente se solicitaba por la representación de la formación política recurrente la declaración de nulidad de la elección en la Mesa CERA y la repetición de la elección en la citada mesa, manteniéndose como efectiva la proclamación de diputados electos a los cinco a los que se le habían asignado los cinco primeros escaños y dejando el sexto y último en liza en suspenso hasta la repetición del acto de votación en esta Mesa.

La fundamentación que el recurrente hace de su pretensión es bien conocida, y no es otra que el incumplimiento de lo establecido en el artículo 75.4 de la LOREG y el envío por 332 electores CERA de la documentación electoral directamente a la Junta Electoral Provincial sin haber pasado por el Consulado que a su juicio, 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. De igual modo establece que al determinar taxativamente que el envío del sobre debe ser dirigido a la Oficina Consular de la Misión Diplomática en la que el elector esté adscrito, su incumplimiento supone una vulneración del procedimiento legalmente establecido (arts. 120 de la LOREG y 62.1.e) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que a juicio del recurrente contrasta con la exposición de motivos de la reforma legislativa operada por la Ley 2/2011 que con referencia al procedimiento de votación del censo de españoles residentes en el exterior establece que se regula un procedimiento muy garantista. En atención a todo ello concluye el recurrente que 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 del sufragio y de conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores no puede hacerse a costa de los requisitos formales de la emisión del voto con el rigor y la intensidad con la que ha sido configurada por el legislador en el artículo 75.4 de la LOREG, de

modo que en orden lógico, a aquellos principios, debe preceder el respeto a los requisitos formales en la emisión de sufragio.

El Ministerio Fiscal por su parte solicita que se desestime totalmente la pretensión del recurrente al considerar que lo indispensable para la validez de los votos es el matasellos o la inscripción oficial de la 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 sin que el procedimiento vía consular sea esencial para la validez del voto, ya que la LOREG permite la modificación reglamentaria por el Gobierno previo informe de la Junta Electoral Central⁵.

La representación de Izquierda Unida de Asturias alega además que la pretensión anulatoria supone otorgar una primacía desorbitada a las exigencias formales contenidas en el artículo 75.4 de la LOREG sobre las condiciones jurídicas del derecho de sufragio activo y la representación del Francisco González Menéndez, sexto Diputado de la circunscripción occidental, añade que el recurrente no lleva a cabo un “juicio de relevancia” con arreglo a la denominada “técnica de la ponderación proporcional estadística” sino una mera hipótesis.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias en su fundamentación jurídica contempla la formulación por los interventores de Foro de Ciudadanos de reclamación sobre los votos recibidos directamente en la Junta Electoral Provincial, solicitando que, en caso de ser computados, se hiciese de forma separada a efectos de una posible impugnación por lo que no es posible alegar falta en la diligencia exigible a los actores del proceso electoral para denunciar en la vía administrativa posibles irregularidades.

En relación a la falta de desarrollo reglamentario por el Gobierno, considera el TSJ de Asturias que es precisamente la ausencia de utilización de esta posibilidad la que viene a confirmar que la finalidad garantista sigue siendo la motivación que subyace a la norma.

Por último, en relación al principio de proporcionalidad y al juicio de relevancia, el Tribunal esgrime la STC 131/1990 de 16 de junio en relación al principio de la verdad material que obliga a que cuando la Sala no logra alcanzar una conclusión cierta sobre el sentido de los votos emitidos decreta la nulidad de la votación celebrada en la Mesa impugnada. Dicha sentencia, completada con la STC 24/1990 de 11 de febrero, excluye el juicio de probabilidad o las técnicas de ponderación estadística cuando los vicios e irregularidades supusiesen el resultado de la elección.

De acuerdo con la citada jurisprudencia el fallo declara la nulidad y ordena la repetición de la votación en la Mesa de electores CERA de la circunscripción occidental, manteniendo como efectiva la proclamación de Diputados

⁵ Artículo 75.12 LOREG: *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 procedimientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no es practicable lo dispuesto en este artículo.*

electos de los cinco primeros escaños asignados y dejando por lo tanto en suspenso el sexto y definitivo Diputado.

Desde el punto de vista doctrinal resulta interesante el análisis del alcance del fallo aunque este quedó superado por el otorgamiento del amparo en el recurso de amparo electoral posterior ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido resultaría aplicable el artículo 113.1.d) de la LOREG que establece que cuando se haya acordado la nulidad de la elección celebrada en una Mesa que resulte afectada por irregularidades invalidantes y exista la necesidad de efectuar una nueva convocatoria en la misma, ésta podrá limitarse al acto de la votación, o proceder a una nueva elección. El plazo para que esto tenga lugar será en todo caso antes de tres meses a partir de la sentencia.

El fallo de la sentencia 539/2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Asturias establece claramente que se ha de repetir exclusivamente el acto de votación y que éste tendrá lugar en el plazo máximo de tres meses a partir de la sentencia. La necesidad de convocatoria electoral resulta indudable conforme al citado artículo 113 de la LOREG porque la anulación ha afectado al resultado de la atribución de escaños en la circunscripción.

Si duda como hipótesis doctrinal resultaba de interés analizar el alcance de esa convocatoria a la luz del artículo 75 de la LOREG, al tratarse de electores CERA y por lo tanto de un sistema de voto rogado. En este sentido cabría interpretar, dado que el fallo judicial no establecía nada en este punto, si el acto de votación debería limitarse a aquellos electores CERA que solicitaron votar en las elecciones de 25 de marzo de 2012 de las que trae causa o si por el contrario, al existir una nueva convocatoria electoral, obligada por el artículo 113 de la LOREG dado que la nulidad en la Mesa supuso una afectación al resultado, posibilitaría una interpretación literal del artículo 75.1 de la LOREG que permitiría abrir un nuevo procedimiento de voto rogado por lo que podría variar el censo respecto del proceso anterior⁶.

V. RECURSO DE AMPARO ELECTORAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La representación de Izquierda Unida de Asturias, del Partido Socialista Obrero Español y de Don Francisco González Méndez interpusieron sendos recursos de amparo electoral aduciendo que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho fundamental del sufragio (art. 23.1 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) apartándose con ello de una interpretación pro constitutuione del artículo 75.4 de la LOREG cuya

⁶ El artículo 75.1 de la LOREG en este punto establece que 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 dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria.

especial trascendencia constitucional se sustenta en que la cuestión trae causa de una interpretación controvertida de una norma con rango de ley, esto es el artículo 75.4 de la LOREG, y su carácter novedoso, al derivarse de la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2011 de 18 de enero y cuyo alcance no había sido abordado por la jurisprudencia constitucional. De igual modo alega vulneración del artículo 24.1 de la Constitución porque, a su juicio, la sentencia impugnada, carece de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales ex artículo 120.3 de nuestra Carta Magna.

Las alegaciones realizadas por todas las partes del proceso resultan en este sentido sustancialmente coincidentes con las manifestadas por ellos mismos en la resolución judicial ante el TSJ por lo que son posturas sobradamente conocidas que no es necesario reproducir. Si es destacable la alegación complementaria del Partido Socialista Obrero Español respecto a la posición de privilegio de los electores CERA en la Mesa llamada a repetir el acto de votación, al conocer de antemano el resultado de la asignación de los 44 escaños restantes y saber que el sentido de su voto sería determinante para la conformación de mayorías en el Parlamento Autonómico.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo al haberse limitado el órgano judicial a anular los votos controvertidos sin haber efectuado el juicio de relevancia.

El Tribunal Constitucional, tras considerar satisfecha la exigencia de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso impuesta en el artículo 49.1 in fine de la LOTC y sobre la cual el representante de Foro de Ciudadanos había planteado óbice de admisibilidad se adentra en el análisis de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

En sus fundamentos jurídicos, el Tribunal Constitucional rechaza primeramente el argumento de falta de motivación de la Sentencia impugnada considerando que el órgano judicial aprecia una irregularidad invalidante en la emisión de los votos controvertidos con base a una interpretación razonada de la legislación electoral y expresando sus motivaciones a la luz de dicha normativa y sus principios inspiradores, lo que no cabe con ello es descartar que dicha fundamentación sea contraria al derecho del sufragio.

A continuación en el Fundamento Jurídico Sexto y siguientes se analiza la vulneración del derecho del sufragio sobre la que se vertebra el fallo de otorgamiento del amparo concluyendo que el órgano judicial no había efectuado el juicio de relevancia en los términos exigidos por la doctrina constitucional, esto es, declarada la concurrencia de una irregularidad invalidante, existe la obligación de verificar la relevancia en la atribución de escaños, de tal modo que no procederá una nueva convocatoria electoral cuando el resultado no se altere. Añade además que el juicio de relevancia, para los casos en que se trate de irregularidades cuantificables consistentes en la existencia de un número cierto de votos de destino desconocido debe realizarse acudiendo a criterios de probabilidad o técnicas de ponderación estadística para comprobar que no puede excluirse que su cómputo hubiera alterado el resultado. En la valoración realizada por el TSJ a juicio del TC el número de sufragios anulados es de

332, lo que responde al número de votos anulados en referencia a las tres circunscripciones pero no se corresponde con el número, necesariamente inferior, de votos relativos a la circunscripción de occidente, por lo que el Tribunal Constitucional tras examinar las determinaciones estadísticas aportadas por los recurrentes, se apoya primero en la aplicación a los 332 votos nulos del porcentaje de votos CERA emitidos en cada circunscripción tomando en consideración el número total de votos CERA emitidos, lo que arroja un total de 66 votos nulos que se habrían computado en la circunscripción occidental. Con posterioridad valora ponderadamente el peso de cada candidatura en los votos CERA emitidos en esa circunscripción, aplicándose a continuación sobre estos la Ley D'Hont lo que determina una diferencia de 8 puntos entre las candidaturas que se discuten el sexto escaño y que traducido en votos, atendiendo a sus coeficientes, le lleva a considerar que sería preciso un número real de votos mucho mayor que los discutidos, por lo que el Tribunal se ratifica en su apreciación de que hay garantías estadísticas sólidas para concluir que el cómputo de los votos controvertidos en la circunscripción occidental no ha sido determinante del resultado final de la elección por lo que no procede una nueva convocatoria electoral. Esta argumentación ha sido objeto de un voto particular del Magistrado Don Javier Delgado Barrio que pone el acento en la doble incertidumbre que generan estos votos, primeramente la circunscripción a la que corresponden y dentro de ésta su destinatario, de tal manera que al realizarse una doble ponderación estadística se multiplica el riesgo de error y a su juicio, la Sentencia no puede sostenerse con un razonable margen de seguridad, por lo que en su opinión, las exigencias del principio de verdad material aspirante a conocer la voluntad real de los votantes reclamaría la repetición del acto de votación correspondiente al CERA.