

**Roj:** STSJ AS 1581/2012  
**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Oviedo  
**Sección:** 1  
**Nº de Recurso:** 343/2012  
**Nº de Resolución:** 539/2012  
**Fecha de Resolución:** 27/04/2012  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Ponente:** MARIA OLGA GONZALEZ-LAMUÑO ROMAY  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

### **Encabezamiento**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO ELECTORAL: [343/2012](#)

RECURRENTES: FORO DE CIUDADANOS (F.A.C.) y D<sup>a</sup> Tamara

PROCURADOR: D. ANTONIO RAFAEL ROCES ARBESÚ

RECURRIDOS: JUNTA ELECTORAL DEL PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

D. Heraclio

PROCURADOR: D. RAFAEL SERRANO MARTÍNEZ

PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL (P SOE.) Y D. Prudencio

PROCURADOR: D. ANTONIO SASTRE QUIROS

D. Ceferino (I.U.)

PROCURADOR: D. FRANCISCO JAVIER ALVAREZ RUESTRA

MINISTERIO FISCAL

**SENTENCIA Nº 539/2012**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintisiete de abril de dos mil doce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso electoral nº [343/2012](#) , interpuesto por Foro de Ciudadanos (FAC) y doña Tamara en calidad de representante general de la formación política Foro de Ciudadanos, representados por el Procurador don Antonio Rafael Roces Arbesú, actuando bajo la dirección letrada de don Ramón Entrena Cuesta, contra la Junta Electoral del Principado de Asturias, habiéndose personado en autos el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y don Prudencio representante general de la candidatura del PSOE, representados por el Procurador don Antonio Sastre Quirós, actuando bajo la dirección letrada de don Javier Núñez Seoane; don Heraclio en su condición de diputado electo y proclamado de la Junta General del Principado de Asturias por la circunscripción occidental, representado por el Procurador don Rafael Serrano Martínez y dirigido por el letrado don Víctor Celemín Santos; don Ceferino en calidad de representante electoral general de Izquierda Unida de Asturias, representado por el Procurador don Francisco Javier Álvarez Riestra y bajo su propia dirección letrada y el Ministerio Fiscal. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña Olga González Lamuño Romay.-

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, se confirió traslado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a tenor del artículo 112 párrafo 4º de la LOREG poniéndoles de manifiesto el expediente y el informe de la Junta Electoral para que en el plazo de 4 días pudiesen formular alegaciones.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por el Ministerio Fiscal se interesó la desestimación plena del recurso, debiendo en consecuencia, la ratificación de la proclamación de electos conforme al resultado del escrutinio general realizado por la Junta Electoral Provincial de Asturias; asimismo por la representación de don Ceferino , en su condición de Representante Electoral General del Partido político "Izquierda Unida de Asturias" y por la de don Heraclio , se solicitó se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto y ratifique en todos sus términos el Acuerdo de la Junta Electoral del Principado de Asturias; por la del PSOE y del Representante General de la Candidatura del mismo partido, se terminó suplicando a la Sala que se dicte sentencia en la que se declare la inadmisibilidad parcial del recurso respecto de la pretensión ejercitada con carácter general y subsidiariamente, se desestime el mismo y declare la conformidad a derecho del acuerdo de proclamación de electos recurrida; asimismo por la representación de Foro de Ciudadanos y doña Tamara se suplicó a la Sala se dicte sentencia estimatoria del recurso contencioso electoral interpuesto.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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, solicitado 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 Heraclio , 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 hiciesen 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, 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 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 coherencia 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 Heraclio, 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, como el nº 4 del citado precepto establece como 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 nº 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 requisito 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 sino 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 cuantos 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 a 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.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso contencioso electoral interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Rafael Rocas Arbesú en nombre y representación de FORO DE CIUDADANOS (FAC) y Doña Tamara en su calidad de Representante General de la formación política de FORO DE CIUDADANOS (FAC), contra el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de

Asturias de fecha 10 de abril de 2012 de proclamación de electos en las elecciones autonómicas de 25 de marzo de 2012 en cuanto a la Circunscripción Occidental, declarando la nulidad del escrutinio de la Mesa de electores del CERA (Censo Electoral de Residentes Ausentes) 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 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. Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y don Prudencio representante general de la candidatura del PSOE, representados por el Procurador don Antonio Sastre Quirós, don Heraclio en su condición de diputado electo y proclamado de la Junta General del Principado de Asturias por la circunscripción occidental, representado por el Procurador don Rafael Serrano Martínez y don Ceferino en calidad de representante electoral general de Izquierda Unida de Asturias, representado por el Procurador don Francisco Javier Álvarez Riestra. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, la pronunciamos, mandamos y firmamos.