

**LA EXIGENCIA DE QUE EL SUFRAGIO SE EJERZA
«CONSCIENTE, LIBRE Y VOLUNTARIAMENTE»
DEL NUEVO ART. 3.2 DE LA LEY ORGÁNICA
DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL. DUDAS
INTERPRETATIVAS Y PAUTAS DE APLICACIÓN**

**The requirement that the suffrage is exercised
«consciously, freely and voluntarily» of the new article
3.2 of the Organic Law of the General Electoral
Regime. Interpretative doubts and application guidelines**

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ
Universidad de Murcia
lgalvez@um.es

Cómo citar/Citation

Gálvez Muñoz, L. A. (2019).

La exigencia de que el sufragio se ejerza «consciente, libre y voluntariamente» del nuevo art. 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Dudas interpretativas y pautas de aplicación *IgualdadES*, 1, 235-250.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.09>

(Recepción: 4/06/2019; aceptación tras revisión: 11/09/2019; publicación: 13/12/2019)

Resumen

La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, ha introducido en nuestro derecho la exigencia de que el sufragio se ejerza «consciente, libre y voluntariamente». Ello ha generado un grave problema de inseguridad jurídica, pues no está nada claro su alcance y las exigencias que conlleva para los diversos sujetos que se pueden ver implicados en su aplicación. Al estudio de este relevante problema se dedica el presente artículo, en el que presta especial atención a la interpretación realizada por la Junta Electoral Central y se sientan algunas pautas para su aplicación.

Palabras clave

Derecho de sufragio; elecciones; discapacidad; discriminación; ley electoral; junta electoral central; mesas electorales; voto por correo; votación; función notarial.

Abstract

Organic Law 2/2018, of December 5, on the reform of the Organic Law of the General Electoral Regime, to guarantee the right of suffrage for all persons with disabilities, has introduced in our Law the requirement that suffrage be exercised «consciously, freely and voluntarily». This has generated a serious problem of legal insecurity, since its scope and the requirements that it entails for the various subjects that may be involved in its application are not at all clear. The present article is dedicated to the study of this relevant problem, in which it pays special attention to the interpretation made by the Central Electoral Board and some guidelines for its application are established.

Keywords

Right of suffrage; elections, disability; discrimination; electoral law; central electoral board; polling stations; vote by mail; voting; notary function.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS DUDAS INTERPRETATIVAS. III. LOS CRITERIOS SENTADOS POR LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL. IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUACIÓN DE LA JUNTA Y PAUTAS A SEGUIR. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) es una ley viva, dinámica y, sobre todo, objeto de atención constante por parte de nuestros representantes políticos, como acreditan las numerosas veces que ha sido modificada¹. Una de sus últimas reformas es la producida por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, aunque se aprobó a la par que la última, la realizada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales².

Es una ley breve, de artículo único, pero con indudable relevancia, por su enorme repercusión y alcance. Esta ley, además de eliminar de la LOREG la posibilidad de privar del ejercicio del derecho de sufragio a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o de internamiento en un centro psiquiátrico —arts. 3.1.b) y c) y 3.2—³ y de dejar sin efecto las restricciones establecidas en su aplicación (disposición adicional octava), que es lo más conocido y debatido, ha introducido una interesante disposición sobre las condiciones y formas de ejercicio del derecho de sufragio (nuevo art. 3.2).

¹ La LOREG ha experimentado nada menos que veintidós reformas en sus casi treinta y cinco años de vigencia, algunas de gran calado. Para una visión general de las distintas modificaciones de la LOREG (salvo las dos últimas) véase Arnaldo Alcubilla (2018).

² Sobre la Ley Orgánica 3/2018 véase la STC 76/2019, de 22 de mayo, que declara inconstitucional su punto más polémico, el relativo al nuevo art. 58 bis: «La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas».

³ Estos preceptos han suscitado numerosos debates y enfrentado a la doctrina en los últimos años. Sobre esta concreta cuestión véase Gálvez Muñoz (2017: 1080-1082).

Señala en este sentido que «toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera».

Este artículo es susceptible de diversos estudios y enfoques, y desde distintas disciplinas, no solo la del derecho que nos es propia. Ante esta tesis, hemos optado por centrarnos, dentro del campo jurídico, en el aspecto que nos ha parecido más relevante en este momento inicial de inserción de la norma en el ordenamiento: determinar el alcance del precepto y, más en particular, de la exigencia de que el sufragio se emita consciente, libre y voluntariamente⁴. Para ello, comenzaremos por plantear las dudas interpretativas que, de partida y en abstracto, genera esta fórmula legal; tras ello, abordaremos los criterios iniciales sentados por la Junta Electoral Central (JEC) en el ejercicio de sus competencias como máximo órgano de la Administración electoral y, finalmente, concluiremos con una valoración crítica de su labor, fijando algunas pautas para su mejor aplicación en el futuro.

II. LAS DUDAS INTERPRETATIVAS

El requerimiento del nuevo art. 3.2 de la LOREG de que el sufragio se ejerza «consciente, libre y voluntariamente» presenta un elevado grado de indeterminación normativa, pues no está nada claro su alcance, es decir, lo que exige concretamente para su aplicación a los operadores jurídicos. Este problema —que, a su vez, es el origen de otros, como la inseguridad jurídica, la conflictividad electoral o el riesgo de ineficacia— obedece a la formulación general y condensada que presenta la norma, en conjunción con otros elementos coadyuvantes como su inserción en una ley de reforma para garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad (Ley Orgánica 2/2018) y su ubicación final en una ley como la LOREG, integral y coherente, con decenas de procesos electorales a sus espaldas.

Este problema interpretativo, que fue puesto de relieve por algunos diputados y senadores durante la tramitación de la Ley en las Cortes Generales⁵,

⁴ Dejamos de lado otras cuestiones conexas de interés que presenta el art. 3.2 de la LOREG, como los problemas de otra naturaleza que genera la exigencia de que el sufragio se ejerza «consciente, libre y voluntariamente», el significado de la salvaguarda de la admisión del voto «cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera» o el cambio que para las personas con discapacidad ha supuesto en la práctica su aplicación en las primeras elecciones.

⁵ Así, la diputada M.^a Teresa Arévalo Caraballo, del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea (véase *Cortes Generales, Diario de*

es muy acusado. Son muchas y muy relevantes, efectivamente, las dudas que surgen sobre lo que implica en realidad en el proceso de votación esta exigencia de que el sufragio se ejerza consciente, libre y voluntariamente. Así:

- a. ¿Cómo se detecta que hay riesgo de que un elector no va a ejercer su sufragio «consciente, libre y voluntariamente»? ¿Cómo puede surgir la sospecha?: ¿por la apariencia externa?, ¿por ir acompañado del brazo?, ¿por incurrir en cierta desorientación en el colegio electoral?, ¿por mostrar nerviosismo?, ¿por la forma de expresarse?, ¿por un comentario de la persona que acompaña al elector?
- b. Si alguien suscita la cuestión, ¿qué debe hacer la mesa electoral? ¿Debe entrar a valorar la concurrencia de la deficiencia o debe limitarse a dejar constancia en el acta de la sesión de la sospecha formulada?
- c. Si la mesa electoral entra a valorar la queja, ¿cómo se determina que el voto no es consciente, libre y voluntario?, ¿cómo se mide?, ¿cómo se cuantifica el grado mínimo de libertad, voluntariedad y conciencia requeridos para votar? ¿Basta la observación externa? ¿Se interroga al elector? Y, en este caso, ¿cómo hacerlo?, ¿cuáles serían las preguntas? Por otra parte, ¿debe intervenir un médico forense?, ¿y la junta electoral de zona?
- d. Si la mesa electoral entiende que el voto no se va a emitir en las condiciones de conciencia, libertad y voluntariedad requeridas, ¿qué hace? ¿Se impide al elector el ejercicio del derecho de voto y se deja constancia de ello en el acta de la sesión? ¿Se le permite votar, pero se aparta el sobre de votación y se conserva con la documentación de la mesa electoral, al igual que se hace con los votos nulos y los que hayan sido objeto de alguna reclamación (art. 97.3 de la LOREG)? ¿Se le permite votar y se introduce el voto en la urna, pero se anota la incidencia? ¿Se suspende la votación del elector y se llama a la Junta Electoral de zona para que confirme la decisión o envíe a un forense?
- e. En el caso específico del voto por correo, ¿cómo se controla la exigencia de que el voto sea consciente, libre y voluntario? ¿Tiene el funcionario de Correos alguna obligación en este terreno, aparte de la meramente formal de comprobar la identidad del elector que exige expresamente la LOREG (art. 72 b)? Si observa que la solicitud de voto por correo no se hace en condiciones mínimas de conciencia, libertad y voluntariedad,

Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Constitucional, XII Legislatura, núm. 620, 10 de octubre de 2018, p. 6) y la senadora Miren Edurne Gorrochategui Azurmendi, del mismo grupo (*Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, núm. 90, 21 de noviembre de 2018, p. 173).

- ¿qué puede hacer?, ¿debe rechazar el trámite?, ¿o lo debe realizar, pero poner su sospecha en conocimiento de la Junta Electoral? Y, en su caso, ¿esta qué podría hacer?, ¿dejar constancia de la incidencia? o ¿ir más allá e investigar la cuestión? Y si, tras una hipotética investigación, la Junta llega a la conclusión de que el voto no se va a ejercer de forma consciente, libre y voluntaria, ¿qué debe hacer?, ¿impedir el trámite?, ¿anotar la incidencia para preservar ulteriores efectos electorales?
- f. Y en el caso más concreto del voto por correo de los electores que se encuentran en situación de enfermedad o incapacidad que les impide realizar personalmente la solicitud de la documentación electoral precisa para votar de esta forma, ¿qué papel tiene el notario que acude al domicilio del elector para autorizar la representación para dicho trámite? ¿Debe limitarse a comprobar los requisitos de cualquier acto notarial y, en consecuencia, a constatar la capacidad y voluntad del elector de designar a una persona para que le preste apoyo para la formulación de la solicitud de la documentación electoral y su recepción (art. 145.1 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, recogido en el Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba el mismo con carácter definitivo)? o ¿ha de controlar también la exigencia de que el voto sea consciente, libre y voluntario? Y si el notario entendiera que el voto no va a ser consciente, libre y voluntario, ¿puede negarse a autorizar la representación? o ¿debe limitarse a dejar constancia de que, a su juicio, no concurren tales exigencias? Y, en cualquiera de los dos casos, ¿debe comunicar la incidencia a la junta electoral? y ¿con qué efectos?

Son cuestiones de gran interés y transcendencia que poco a poco se irán despejando con la práctica electoral. Le corresponde hacerlo a diversos actores: primero, a la Administración electoral y, en particular, a las juntas electorales, en su función de velar por la transparencia y objetividad del proceso electoral y el respeto del principio de igualdad (art. 8.1 de la LOREG); a continuación, a los tribunales de justicia, en el ejercicio de su función de control de sus decisiones y, en último término, al legislador, con su poder de reforma normativa, tras constatar las vicisitudes de la práctica normativa.

III. LOS CRITERIOS SENTADOS POR LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL

El primer actor llamado a actuar, las juntas electorales, a cuya cabeza se encuentra la JEC, se ha puesto en marcha con prontitud. Este órgano ha sido consciente de las insuficiencias del art. 3.2 de la LOREG y de sus problemas interpretativos —tanto de la alusión al ejercicio consciente, libre y voluntario

del sufragio como de la referencia a cualquiera que sea la forma de comunicarlo y a los medios de apoyo que se requieran— y ha dictado una Instrucción sobre su aplicación, la 5/2019, de 11 de marzo de 2019. Lo ha hecho, dice la Junta, en ejercicio de su potestad de unificación de criterios interpretativos, pero habría que puntualizar que, en realidad, este órgano ha actuado de forma preventiva, porque cuando dictó la Instrucción, aunque se acababan de convocar las elecciones (4 de marzo), todavía estaba lejos el día de las elecciones (28 de abril) y no parece que hubiera dado tiempo a que se produjeran discordancias interpretativas que unificar o, al menos, no se habían puesto de relieve. El preámbulo de la Instrucción es elocuente al respecto:

[...] la nueva redacción del apartado 2 del art. 3, en la que se señala que el derecho de sufragio activo debe ejercerse de forma «consciente, libre y voluntariamente», así como la referencia a las formas de comunicar el ejercicio de este derecho y los medios de apoyo que se requieran, suscita problemas interpretativos que no han quedado resueltos por el legislador.

En tanto el legislador no establezca ninguna concreción a estas cuestiones, ante la cercanía de varios procesos electorales, la Junta Electoral Central considera que resulta necesario clarificar estos extremos y fijar un criterio que puedan seguir los diferentes sujetos afectados.

Por ello, en ejercicio de su potestad de unificación de criterios interpretativos consagrada en el art. 19.1 f) de la LOREG, en su sesión celebrada el 11 de marzo de 2019, ha acordado aprobar la siguiente Instrucción.

La Instrucción tuvo que ser modificada pocos días después, el 18 de marzo, tras manifestar su rechazo a la misma las asociaciones de personas con discapacidad, que entendían, con razón, que «entra en contradicción con el espíritu y la letra de la reforma electoral» y que «está cargada de un enfoque sesgado y prejuiciado contra las personas con discapacidad»⁶. Se hizo con el dictado de una nueva Instrucción, la 7/2019 de 18 de marzo, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo⁷, en cuyo preámbulo se señala que se ha procedido a modificar «algunas de las expresiones incluidas en la anterior Instrucción», pero, en realidad, la Junta ha ido más allá, pues

⁶ Véase el comunicado del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) de 12 de marzo de 2019, que, en especial, critica las alusiones directas a las personas con discapacidad en vez de al electorado en general. Disponible en: <http://bit.ly/2OSbtmd>. En el mismo sentido, Presno Linera (2019).

⁷ No obstante, lo procedente hubiera sido, más que dictar una nueva instrucción, modificar directamente la anterior.

las modificaciones suponen un relevante cambio de enfoque por su parte, más acorde con la letra y el espíritu de la reforma de la LOREG, al eliminarse del texto de la Instrucción varias referencias específicas a las personas con discapacidad que no estaban amparadas por el texto legal, como se puede comprobar seguidamente con la consulta de las notas a pie de página. En cualquier caso, la segunda Instrucción ha sustituido a la primera y es a ella a la que nos referiremos únicamente en lo sucesivo⁸.

¿Y qué ha dicho la JEC en esta Instrucción sobre la exigencia de que el sufragio se ejerza consciente, libre y voluntariamente? ¿Qué criterios interpretativos ha establecido en ella para que los operadores jurídicos puedan aplicar este requerimiento legal de manera uniforme?

La Instrucción se ocupa de esta cuestión en el punto segundo, dedicado íntegramente a ordenar la aplicación del art. 3.2 de la LOREG en su conjunto. Su texto dice así:

Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral.

En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte⁹.

⁸ Sorprendentemente, la nueva Instrucción no procede a dejar sin efecto la anterior, como hubiera sido lo más procedente, y ha hecho, además, la Junta en otras ocasiones.

⁹ El texto de este apartado en la anterior Instrucción, la 5/2019, era diferente: «Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al

Del contenido de la Instrucción que acabamos de reseñar se extraen dos grandes mandatos o directrices interpretativas de la JEC sobre el elemento normativo que estamos estudiando¹⁰:

- a. Primera, la obligación de la mesa electoral de admitir en todo caso el voto de cualquier elector inscrito en el censo electoral de la misma, sin entrar en la consideración de la existencia o no de una voluntad electoral «consciente, libre y voluntaria».
- b. Y segunda, la facultad de cada uno de los miembros de la mesa electoral, así como de los interventores y apoderados de los partidos, de dejar constancia en el acta de la sesión de su consideración de que el voto de determinado elector no se ha ejercido en las condiciones requeridas por el art. 3.2 de la LOREG, si bien este únicamente puede quedar identificado con el número de su documento nacional de identidad.

Las dos directrices son polémicas y van a ser objeto seguidamente de valoración, pero antes de hacerla conviene advertir otros elementos de la Instrucción que, aunque no contienen criterios de interpretación del precepto examinado, tienen interés para su aplicación y se conectan, por tanto, de forma muy directa con nuestro estudio¹¹. Son dos:

elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte».

¹⁰ Existe otro mandato interpretativo, pero hace referencia a la prescripción de la parte final del art. 3.2 de la LOREG de que el elector puede ejercer su sufragio cualquiera que sea la forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que precise, y es que «las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la mesa electoral».

¹¹ No tiene, en cambio, interés para nuestro estudio la prescripción establecida en el punto primero de la Instrucción sobre la aplicación del reintegro del derecho de voto derivada de la derogación de los apartados b y c del art. 3 de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2018: «A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2018, han quedado suprimidas las dos causas de incapacidad civil para el ejercicio del derecho de sufragio establecidas en los párrafos b) y c) del apartado 1 del art. 3 de la LOREG. En consecuencia, la Oficina del Censo Electoral deberá incorporar a dicho censo a todas aquellas personas que hubieren sido excluidas como consecuencia de resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del derecho de sufragio activo». Por otra parte, su incorporación a la Instrucción tiene poco sentido, pues la misma tiene por objeto ordenar la aplicación del art. 3.2 LOREG y, además, lo señalado ya lo había establecido la JEC con mayor extensión en un Acuerdo anterior,

- a. El primero integra el punto tercero de la Instrucción y se refiere al voto por correo. Consiste en indicar que las personas que deseen ejercer su derecho de sufragio por correspondencia, si se encuentran en una situación en que por enfermedad o por su incapacidad no puedan realizar la formulación personal del voto, deberán seguir lo dispuesto en el art. 72.c) de la LOREG y en la Instrucción de la JEC de 10 de febrero de 1992¹².
- b. El segundo forma parte del punto cuarto y final de la Instrucción y opera como cláusula de cierre de la misma. Señala que las juntas electorales de zona deberán velar por el correcto cumplimiento de la modificación legal, así como de lo establecido en la Instrucción (punto 4)¹³.

De estos dos elementos el más relevante para nuestro estudio es el primero, aunque en una primera aproximación no se manifieste la relación. Volveremos sobre él enseguida, al final del siguiente apartado, tras abordar la valoración de las dos prescripciones de la Instrucción sobre la aplicación del mandato legal de voto consciente, libre y voluntario.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUACIÓN DE LA JUNTA Y PAUTAS QUE SEGUIR

En primer lugar, cabe plantear la cuestión de la conveniencia de la admisión absoluta, sin excepciones, que propugna la JEC del voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral, con independencia de las condiciones en que se ejerza (de consciencia, libertad y voluntariedad). En el pasado, antes de la reforma de la LOREG, esta cuestión se había suscitado en el plano teórico, con ejemplos diversos de falta de libertad o de conciencia en el ejercicio del sufragio, recibiendo respuestas doctrinales dispares: a favor de restringir el voto, Díaz Alabart (2012: 17) y Martínez Pujalte (2015: 98); en contra García Roca (2007: 197-198), Gálvez Muñoz (2009: 85-86) y Gómez-Riesco Tabernero de Paz (2017: 266-267). Y después de la reforma y

el de 23 de enero de 2019, sobre una consulta del director de la Oficina del Censo Electoral.

¹² Sin cambios respecto de la Instrucción 5/2019.

¹³ El texto anterior, el de la Instrucción 5/2019, era distinto: «Las Juntas Electorales de Zona deberán velar por el correcto cumplimiento de esta modificación legal, así como de lo establecido en esta Instrucción, adoptando las medidas pertinentes tanto para hacer efectiva esta regulación como para garantizar que el voto de las personas con discapacidad pueda ejercerse de forma consciente, libre y voluntaria».

antes de la Instrucción de la JEC se había mostrado favorable a la posibilidad de introducir restricciones Gómez Garrido (2018).

A nuestro juicio, no obstante, la respuesta de la JEC es adecuada, teniendo en cuenta que va unida a la posibilidad de anotación de la incidencia en el acta de la sesión a los efectos oportunos. No creemos que las mesas electorales, que al fin y al cabo son órganos administrativos temporales y que están integradas por ciudadanos designados por sorteo, sin posesión de pericia especial de ningún tipo, puedan ir más allá y restringir un derecho fundamental en caso de duda o convencimiento de que el voto no se ejerce de forma consciente, libre y voluntaria, aun en el supuesto de que el voto se salvaguardara adjuntándolo al acta. Además, con ello no se hace otra cosa que reiterar el tradicional criterio interpretativo de la Junta al respecto¹⁴, así como de los tribunales¹⁵.

Para ello sería preciso un apoyo legal expreso, dada la aplicación del principio de legalidad en materia de limitación de derechos, que, a día de hoy, no existe. Del tipo, por ejemplo, del art. 85.4 de la LOREG, relativo a las dudas que pueda tener la mesa electoral sobre la identidad del votante, previéndose que decida por mayoría; o del art. 56 del Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio, que permite al funcionario competente pedir dictamen médico en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presente «una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedir prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo»¹⁶. Consideramos que no es suficiente a estos efectos el art. 91.1 de la LOREG, que atribuye al presidente de la mesa electoral competencia exclusiva para asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la ley. Este precepto permite al presidente realizar ciertas actuaciones en defensa del voto libre, consciente y voluntario previsto en el art. 3.2, pero no impedir el voto. Así, hacer preguntas al elector (por ejemplo, si desea votar), realizar advertencias sobre la personalidad del voto, anotar cualquier incidencia en el acta, poner los hechos que estime en conocimiento de la Junta Electoral y del Ministerio Fiscal, etc. (Gálvez Muñoz, 2009: 86).

¹⁴ Véase, entre otros muchos, los acuerdos de la JEC de 5 de mayo de 1977, 21 de abril de 1983, 27 de febrero de 1990, 7 de junio de 1991, 3 de junio de 1993 y 24 de junio de 1999.

¹⁵ Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Penal, de 10 de mayo de 2005.

¹⁶ Redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Solo introduciríamos una precisión al criterio sostenido por la JEC, aunque quizás, en un esfuerzo de suma generosidad, cabría darla por sobreentendida en la Instrucción, y es que la admisión del voto ha de operar sobre una base fáctica imprescindible: que se cumplan las mínimas condiciones formales que permitan atribuir el acto de votación al elector, por estar mínimamente lúcido y en condiciones de responsabilizarse del sobre de votación que va a entregar. En otro caso, no cabe considerar que haya en el elector decisión real de votar, sino el mero acto físico de un tercero de llevarlo al local electoral con un sobre de votación para depositar en la urna.

No es este el único elemento de la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, a valorar. Debemos plantearnos también la oportunidad de la facultad atribuida a los miembros de las mesas electorales y a los apoderados e interventores de que se recoja en el acta de la sesión su consideración de que el voto de determinado elector no se ajusta a la exigencia de voto consciente, libre y voluntario.

Este punto de la Instrucción ha recibido críticas por parte de las asociaciones de personas con discapacidad¹⁷, que rechazan la posibilidad de identificar al elector cuestionado que apunta el apartado 2.2. Consideran que esta facultad de la mesa puede perjudicar a las personas con discapacidad y empañar el categórico mandato de la reforma electoral de 2018 de reconocerles sin posibles excepciones el derecho de voto¹⁸.

No obstante, a nuestro juicio, esta posibilidad que recoge la Instrucción es pertinente, pues lo único que persigue es garantizar la pureza del proceso electoral y facilitar el buen fin de posteriores recursos; y no creemos que incurra en ningún sesgo discriminatorio, pues no se hace alusión alguna a las personas con discapacidad, y no hay ningún otro elemento objetivo, ni directo ni indirecto, que permita interpretar la prescripción de esta negativa forma.

Además, la toma de datos no es una medida extraña en nuestro ordenamiento electoral, pues la contempla expresamente el art. 94.1 de la LOREG en relación con «cualquier incidente que hubiera afectado al orden en los locales de las Secciones», supuesto diferente, pero estrechamente conectado con el actual. No consideramos, por ello, que se pueda censurar a la Junta por exceso instructor e invasión, por tanto, del ámbito legislativo, como ha apuntado Presno Linera (2019).

¹⁷ Así CERMI, Plena Inclusión, Autismo España, Comité Catalán de Representantes de Personas con Discapacidad (COCARMI), etc.

¹⁸ Vid el comunicado del CERMI de 19 de marzo de 2019. Disponible en: <http://bit.ly/2VN0jRk>

La JEC ha dado, por otra parte, muestras de comedimiento en este terreno y, por tanto, de sentido de la proporcionalidad. Así, mientras el art. 94.1 de la LOREG dispone que se recoja el nombre y apellidos de las personas implicadas en el incidente en el local, el apartado 2.2 de la Instrucción de la JEC se limita a prescribir la anotación del número del documento nacional de identidad del elector bajo sospecha de voto no consciente, libre o voluntario, lo que impide la identificación directa e inmediata de la persona y preserva, por tanto, en la medida de lo posible, su intimidad. Es más, conviene recordar que la Instrucción habla de la toma de datos como una posibilidad a activar por los miembros de la mesa electoral y los interventores, y no de una obligación que haya que cumplir en cuanto surja la sospecha por parte de alguno de ellos; se requiere, pues, primero sospecha en alguno de los legitimados y, segundo, petición de que se anote.

Estamos de acuerdo, por tanto, con los dos criterios interpretativos de la Instrucción de la JEC para aplicar el requisito de voto consciente, libre y voluntario del art. 3.2 de la LOREG, y creemos que este órgano ha hecho con su establecimiento, en general, un buen servicio para el correcto desarrollo de la jornada electoral y el buen fin de la reforma legal. Es difícil que la Junta hubiera podido ir más allá en la ordenación de la actuación de las mesas electorales, dado el estado de la ley, las inevitables limitaciones de la función interpretativa y, sobre todo, el momento inicial de aplicación de la ley en que nos encontramos.

No obstante, echamos en falta una dedicación más sustancial de la Instrucción al voto por correo. Lo que ahora se señala en el punto tercero de la Instrucción es, además de limitado, por referirse exclusivamente al supuesto de las personas que se encuentren en una situación en que por enfermedad o por su incapacidad no puedan realizar la formulación personal de la documentación electoral en Correos, bastante obvio, al no aportar nada a la situación legal existente; se limita, recordemos, a señalar que estas personas tienen que cumplir la regulación aplicable («deberán seguir lo dispuesto en el art. 72. c) de la LOREG y en la Instrucción de la JEC de 10 de febrero de 1992»). Esta referencia es incluso desconcertante, pues podría entenderse como desentendimiento de la Junta por la aplicación de la exigencia de voto consciente, libre y voluntario en este procedimiento de votación¹⁹.

¹⁹ Hay un párrafo del preámbulo de la Instrucción 7/2018 que permite entender que es una decisión consciente. Está en la parte final: «[...] la Junta Electoral Central considera que resulta necesario clarificar estos extremos, para que las Mesas Electorales puedan seguir un criterio uniforme de actuación». Es un texto además diferente al que

Y ello carece, a nuestro juicio, de justificación. Creemos que la JEC debería haber adoptado —y, por tanto, debería adoptar— en este terreno del voto por correo indicaciones semejantes a las establecidas para el voto en mesa electoral, señalando, con las matizaciones necesarias, el papel que debe corresponder a cada órgano y funcionario actuante en relación con la exigencia de que el sufragio se emita con conciencia, voluntariedad y libertad (fundamentalmente, empleados de Correos, notarios y juntas electorales). Es la única forma —mientras la LOREG no se reforme o sea desarrollada reglamentariamente— de que dicha exigencia legal no se convierta en una proclamación meramente formal o retórica, sin vigencia efectiva, en el ámbito del voto por correo.

Ello se debería hacer tanto en el procedimiento ordinario de voto por correo como en el específico de los electores que, por enfermedad o incapacidad para desplazarse, no pueden hacer la solicitud en persona. La adaptación es en este segundo caso más fácil, pues el notario que acude al domicilio del elector para autorizar la solicitud por representante debe, en aplicación de la normativa notarial general, realizar un juicio de capacidad del elector otorgante. Se trataría de indicar que el notario no solo debe constatar la capacidad y libre voluntad para apoderar a determinada persona en orden a tramitar su solicitud, sino también para el acto mismo de votar, pues el ejercicio del derecho de sufragio debe, por exigencia legal, ser libre, consciente y voluntario, y este es el acto que sustenta el apoderamiento; si falla uno, el otro carece de sentido. Es algo que antes de la reforma ya hacían muchos notarios y que hoy, a nuestro entender, deben hacer todos, y así debería exigirlo la JEC —antes de la reforma Gómez-Riesco Taberero de Paz (2017: 267); después de la reforma, Rosales (2018)—.

No obstante, no ha sido este el camino transitado por la Junta con posterioridad a la Instrucción. Pocos días antes del cierre de este trabajo la JEC ha aprobado un acuerdo, en contestación a una consulta del Consejo General del Notariado, en el que opta por una interpretación restrictiva del juicio notarial de capacidad y, por tanto, centrado en el apoderamiento, y en el que descarta de forma expresa que el notario deba entrar en otras valoraciones. Es el Acuerdo de 16 de abril de 2019, en cuya parte final se señala:

El criterio de esta Junta Electoral Central es que, conforme a una interpretación más favorable al derecho de sufragio, como sugiere el Consejo General del Notariado y en línea con lo aprobado por el legislador en la Ley Orgánica 2/2018, el juicio

figuraba en la Instrucción 5/2018, que aludía en este punto de forma más general «a los diferentes sujetos afectados» y no específicamente a las mesas electorales.

notarial de capacidad debe orientarse a la constatación del deseo de votar del elector, así como de designar a una persona que le preste su apoyo en la formulación y recepción de la documentación electoral, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho» (punto 3 del Acuerdo).

Este Acuerdo cuenta con un voto particular discrepante del vocal Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, al que se adhiere la vocal Lourdes López Nieto, que se mueve en el sentido que antes hemos preconizado. En él, tras apuntar que «el juicio de capacidad que debe efectuar el notario afecta al núcleo esencial del derecho de sufragio activo: voto consciente, libre y voluntario», señala que con el criterio interpretativo de la JEC se incide negativamente «no solo en el ejercicio profesional de la función notarial, limitando indebidamente el contenido de su juicio de capacidad, sino también en los presupuestos para el válido ejercicio del derecho de sufragio activo, que debe ser libre, consciente y voluntario». Además, a su juicio, no hay razón alguna para no aplicar a los notarios, la misma prescripción que a los miembros de la mesa, es decir, la posibilidad de dejar constancia de que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria²⁰.

Esperemos que la Junta rectifique en próximos procesos electorales su criterio y que se decida a ordenar la aplicación de esta exigencia normativa no solo en el voto emitido por el elector directamente en la mesa electoral de inscripción, como ha hecho, sino también en el voto expresado por correo. La seguridad jurídica y el imperio de la ley así parecen exigirlo.

Bibliografía

Arnaldo Alcubilla, E. (2018). La LOREG y sus reformas. En B. Pendás García (dir.), E. González Hernández y R. Rubio Núñez (coords.). *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas* (pp. 3085-3106), Tomo 4. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

²⁰ Al respecto señala: «Además, si la Instrucción 7/2019, en su obligación de garantizar la pureza de todo proceso electoral, permite que los miembros de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa, puedan dejar constancia de que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, nunca debió excluirse tal posibilidad o cuando menos debió otorgársele también, a quienes, por disposición normativa, están llamados expresamente a garantizar la actuación consciente, libre y voluntaria del otorgante del poder para la tramitación del voto por correo».

- Díaz Alabart, S. (2012). El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista. *Revista de Derecho Privado*, 96 (1), pp. 3-24.
- Gálvez Muñoz, L. A. (2009). *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gálvez Muñoz, L. A. (2017). El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia. *Revista de Derecho Político*, 100, pp. 1057-1096.
- García Roca J. (2007). Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo. En I. Serrano García (coord.). *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional* (pp. 171-190). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Garrido, L. M. (2018). El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual. *Almacén de derecho* [blog], 28-12-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2mpwW9U>.
- Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. (2017). La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre. *Derecho Privado y Constitución*, 31, pp. 243-274.
- Martínez-Pujalte, A. L. (2015). *Derechos fundamentales y discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Presno Linera, M. Á. (2019). Breves —y aquí urgentes y extraordinarios— apuntes sobre los procesos electorales (3): el ejercicio del voto por personas con alguna discapacidad. *El derecho y el revés* [blog], 14-3-2019. Disponible en: <https://bit.ly/2mNt1UF>.
- Rosales, F. (2018). Discapaces y voto por correo con poder notarial. *Notario Francisco Rosales* [blog], 11-12-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2ladEp5>.