

**LAS GARANTÍAS
DEL DERECHO
DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA
A TRAVÉS
DEL SUFRAGIO ACTIVO**

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

SUMARIO

1. LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS DEL SUFRAGIO ACTIVO: LAS INFRACCIONES Y LOS DELITOS ELECTORALES. 2. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES: LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LAS RESERVAS LEGALES. 3. LAS GARANTÍAS ORGÁNICAS E INSTITUCIONALES; EN ESPECIAL, LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y EL VOTO POR CORREO. 4. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES. A) LA GARANTÍA JURISDICCIONAL ORDINARIA: EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO EN MATERIA DE RECLAMACIONES CONTRA LAS RESOLUCIONES REFERIDAS A LA INSCRIPCIÓN EN EL CENSO ELECTORAL. A1. FUERA DEL PERÍODO ELECTORAL. A2. EN PERÍODO ELECTORAL. B) EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5. LAS GARANTÍAS EN CASO DE PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO.

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DEL SUFRAGIO ACTIVO

POR

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

La participación de los ciudadanos en el gobierno político de la comunidad mediante el ejercicio del sufragio ha de protegerse frente a las amenazas susceptibles de poner en peligro la eficacia de este derecho fundamental, que pueden provenir tanto de los poderes públicos, como de otros ciudadanos. En el caso que nos ocupa, la defensa frente a esos peligros se articula, en primer término, a través de unas normas que regulan el ejercicio del derecho. Como estas previsiones pueden resultar vulneradas es imprescindible, además, arbitrar los mecanismos de control jurídico y las sanciones oportunas.

Como se puede concluir del título que encabeza estas páginas, en las líneas siguientes no nos ocuparemos de todos los instrumentos de protección del proceso electoral, sino sólo de las garantías dirigidas a la tutela del sufragio activo, con especial atención a las de impronta jurisdiccional y, dentro de éstas, a las atribuidas a los Jueces y Tribunales, dado que el amparo constitucional será objeto de tratamiento pormenorizado por parte de Francisco Caamaño en otro estudio de esta misma publicación.

1. LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS DEL SUFRAGIO ACTIVO: LAS INFRACCIONES Y LOS DELITOS ELECTORALES

Aunque las normas penales suelen ser, en la mayoría de los casos, limitativas de un derecho fundamental (se puede recordar la existencia de la sanción penal consistente en la privación del derecho de sufragio activo, ya derogada, así como la vigente pena de privación del derecho de sufragio pasivo), también sirven para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, como ocurre con el sufragio activo, pues el bien jurídico protegido por la norma sancionadora es, precisamente, el propio derecho: su carácter libre, su ejercicio de manera secreta, etcétera.

En términos generales, el Código Penal vigente se refiere, en una de las Secciones del Título XXI («Delitos contra la Constitución»), a «los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución» (artículos 510 a 521).

Con la tipificación penal y administrativa de comportamientos que impiden o dificultan la libertad de decisión de los titulares del derecho de sufragio se pretende, además de tutelar este derecho, dotar de protección eficaz al proceso electoral mismo¹, pues si la voluntad de los electores no se forma y manifiesta de manera libre, tampoco tendrá este atributo la decisión que es su resultado.

En las líneas siguientes no haremos mención a todos los delitos electorales, sino a los que constituyen garantías específicas del sufragio activo. Estas conductas no vienen tipificadas en el Código Penal, sino en la propia Ley Orgánica del Régimen Electoral General [en adelante, LOREG] (artículos 135 a 153), que actúa así como norma penal específica y, por consiguiente, es de aplicación preferente sobre la norma general, que actuará como supletoria en todo lo no previsto en la LOREG y se empleará, en todo caso, en materia de garantías penales y disposiciones generales sobre aplicación de la ley, personas responsables, delitos y consecuencias de la infracción penal (arts. 1 a 18 del Código Penal de 1995).

¹ En este mismo sentido, véase la voz «Delitos electorales», de la que son autores FRANCISCO MUÑOZ CONDE y ÁNGELA SALAS HOLGADO, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, volumen II, págs. 2084 y 2085. Sobre la regulación y grado de comisión de estos delitos en nuestra historia constitucional, véase ESTEBAN MESTRE: *Los delitos electorales en España (1812-1936)*, Editora Nacional, Madrid, 1977.

Por su parte, la Ley Electoral, como ley orgánica que es, reúne los requisitos previstos por la Constitución para establecer las conductas que se van a considerar constitutivas de los ilícitos penales y para imponer las correspondientes sanciones privativas de derechos fundamentales ².

Una primera serie de conductas contrarias al derecho de sufragio activo vienen caracterizadas por la comisión de las mismas por parte de «funcionarios públicos», concepto que viene definido por la Ley Electoral a sus efectos y en el que se incluye, además de los que tengan esa consideración con arreglo al Código Penal, a «quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones y, en particular, los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes.» (art. 135.1 LOREG).

Las conductas de estos «funcionarios» susceptibles de atentar contra el sufragio se refieren, para expresarlo de manera resumida, a la formación, conservación y exhibición del Censo Electoral; al planteamiento, sin motivo racional, de dudas sobre la identidad de las personas o la entidad de sus derechos; al incumplimiento de los trámites establecidos para el voto por correspondencia; a los fraudes en la anotación de los votantes o el recuento de los electores, y al consentimiento, pudiendo evitarlo, de que una persona vote dos o más veces o lo haga careciendo de capacidad para ello (arts. 139 y 140). Estas conductas pueden realizarse de manera dolosa o por imprudencia temeraria, siendo más grave la pena en el primer caso.

En segundo lugar, se prevé la conducta de los particulares que, siempre de manera dolosa, vulneren los trámites del voto por correo o cometan las falsedades antes mencionadas (art. 141).

² De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, «el derecho a la libertad del artículo 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley». Es una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido *el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas...* El que se requiera que la norma penal se contenga en una Ley Orgánica, que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía –frente al mismo legislador– a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad» [la cursiva es nuestra] (STC 140/1986, de 11 de noviembre, fj. 5.^ª); en el mismo sentido, la STC 169/1986, de 16 de noviembre.

En tercer lugar, se sanciona a los que voten dos o más veces en la misma elección o voten dolosamente sin capacidad para hacerlo (art. 142).

A continuación se tipifican los delitos cometidos con ocasión de la campaña electoral (art. 144) y, por último, en lo que a nosotros nos interesa, se describen una serie de conductas ilícitas que, en esencia, constituyen cohecho o coacciones a los electores y que representan de manera evidente la lesión del principio de libertad del sufragio (art. 146) ³.

Respecto al procedimiento judicial para la persecución y sanción de estas conductas, la LOREG se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y atribuye a las actuaciones carácter preferente, con lo que se tramitarán con la máxima urgencia posible. La acción penal que nace de estos hechos es pública y podrá ejercerse sin necesidad de depósito o fianza.

El Juez o Tribunal a los que corresponda la ejecución de las sentencias firmes dictadas en estos procesos dispondrá su publicación en el Boletín Oficial de la provincia y remitirá testimonio de las mismas a la Junta Electoral Central (arts. 151 y 152).

Además de estos ilícitos penales, y como instrumento adicional de garantía, se contemplan las «infracciones electorales», definidas en el artículo 153.1: «Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 20.000 a 200.000 pesetas si se trata de autoridades o funcionarios y de 5.000 a 100.000 si se realiza por particulares. 2. Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 50.000 a 500.000 pesetas.».

El reparto de las competencias sancionadoras entre las diferentes Juntas Electorales viene determinado, además de por el ámbito territorial, por la cuantía de las sanciones, pues las de Zona no pueden

³ «1. Serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas: a) Quienes por medio de recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención. b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto del voto. c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral. 2. Incurrirán en la pena señalada en el número anterior y además, en la inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo.»

imponer multas superiores a 50.000 pesetas y las Provinciales a 100.000 pesetas (art. 19.2). La Junta Electoral Central puede delegar en la Junta de Comunidad Autónoma –en los comicios autonómicos– o en las Provinciales –en los demás procesos– la instrucción del expediente que corresponda ⁴.

El procedimiento a seguir por las Juntas Electorales competentes para la represión y sanción de las infracciones electorales es el previsto con carácter general en el Capítulo II del Título IX (artículos 134 a 138) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que es la norma que reemplaza a la Ley de Procedimiento Administrativo a la que remite de manera expresa la LOREG (art. 120). Cualquier otra forma de proceder en esta materia tendría que llevar aparejada la anulación íntegra de la resolución administrativa sancionadora, constituyendo esa actuación una vulneración del ordenamiento apreciable de oficio ⁵.

2. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES: LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LAS RESERVAS LEGALES

Una consecuencia inherente a la «fundamentalidad» de un derecho es su sometimiento, como el resto de las normas constitucionales, a los procedimientos de reforma previstos en el Título X de la Constitución. De esta manera se refuerza la idea de que cada derecho fundamental tiene un contenido al que están vinculados de forma positiva los poderes públicos y, en principio, de forma negativa los particulares. Por esta razón, los derechos fundamentales quedan, únicamente, a disposición del constituyente.

La «fundamentalidad» de la participación se deriva de su inclusión en la norma superior del ordenamiento, que le otorga un objeto y un contenido determinados, sobre los que el legislador podrá realizar determinadas concreciones, pero siempre en el marco impuesto por el texto constitucional. Este rasgo es característico de las Constituciones democráticas, lo que impide que se produzca el fenómeno, frecuente en nuestro país durante el siglo XIX, de que el contenido del sufragio sea determinado por el legislador ante el silencio de la norma suprema.

El carácter «fundamental» de este derecho no es una consecuencia exclusiva de su catalogación en nuestro texto constitucional dentro

⁴ Acuerdo de la Junta Electoral Central de 27 de febrero de 1990.

⁵ Véase el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 17 de octubre de 1990.

de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»), sino que se deriva de su inclusión en el texto constitucional. Aunque no estuviese recogido en esa sección concreta también sería «fundamental» en el sentido indicado de norma dotada de supremacía jurídica. Lo que sí determina la inclusión entre los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por la Constitución es el establecimiento de un amplio sistema de garantías: el amparo judicial ordinario y el amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2), el desarrollo a través de ley orgánica (art. 81) y la especial rigidez para su reforma que se deriva de la previsión recogida en el artículo 168.

El derecho de participación política goza del mayor grado de protección, pues su eventual modificación o supresión tendría que articularse a través del procedimiento de reforma constitucional regulado en el artículo 168, donde, como es de sobra conocido, se contemplan una serie de requisitos que hacen harto complicada la mutación de los preceptos reservados a este procedimiento. Hay que añadir que no todos los aspectos de la participación política gozan de esta protección preferente, por lo que habrá elementos del derecho que podrían ser alterados a través del procedimiento menos agravado previsto en el artículo 167. Incluso, uno de los requisitos exigibles para el ejercicio pleno de la participación, como es el de tener los dieciocho años cumplidos, podría ser modificado a través de la mera reforma de la Ley Electoral, que es la que en su artículo 2.1 fija la mayoría de edad electoral en la mayoría de edad general, establecida por la Constitución en dieciocho años (art. 12 CE).

En lo que se refiere a las reservas fijadas por la Constitución, además de la reserva general de ley orgánica prevista en el artículo 81, existen reservas específicas que inciden en la idea de que el desarrollo «directo» de este derecho fundamental requiere la aprobación de una ley orgánica, que al regular su ejercicio lo hace posible, pues ni la participación en las consultas populares ni en la elección de representantes pueden llevarse a cabo sin normas que disciplinen el ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados.

En nuestro caso se han aprobado dos leyes orgánicas: la relativa al sufragio que se ejercita en los referendos y a la que remite el artículo 92.3, y la que regula el sufragio que se desenvuelve en los procesos electorales generales, a la que reenvía de manera expresa el artículo 69.2 en las elecciones al Senado —no lo hace sin embargo el 68.1 para las elecciones al Congreso— y también la reserva específica que, además de la general, se contiene en el artículo 81.1 para el régimen electoral general.

Es necesario, aunque se haga de manera concisa, aclarar el sentido que aquí se atribuye a las reservas generales en materia de derechos fundamentales previstas por la Constitución en el artículo 81 y, de manera previa, en el 53.1 («...Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades,...».).

Lo que el artículo 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional; con ello atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter abstracto, que resulta de la mención genérica de las conductas, las cuales en realidad han de transcurrir siempre como algo concreto. A esa concreción de la definición genérica y abstracta se refiere el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas ⁶.

Las reservas previstas en los artículos 81.1 (de ley orgánica) y en el 53.1 (de ley ordinaria) tienen un sentido semejante, pero cumplen funciones diferentes: la del artículo 53.1 es una reserva general de regulación del ejercicio, que impone su formalización en ley ordinaria; la del artículo 81 especifica la del 53.1, mandando que cuando esa regulación del ejercicio suponga la concreción de circunstancias fijadas por la propia Constitución, o se trate de regular los límites inmanentes, los límites externos y la realización de las reservas previstas en el derecho fundamental en cuestión, esa regulación deberá tener la forma de ley orgánica ⁷.

Aunque en las normas citadas se desarrolla el contenido y el ejercicio del derecho, no es necesario que dicha regulación se lleve a cabo en la misma ley orgánica, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional a propósito de la normativa electoral ⁸.

⁶ Cfr. al respecto Ignacio DE OTTO Y PARDO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 117; este autor se extiende sobre esta cuestión en «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos fundamentales y Constitución* (edición de Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo), Civitas, Madrid, 1988.

⁷ Así, Ignacio VILLAVEDE: «Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 22, 1998; págs. 53 y sigs. Una formulación distinta del carácter y alcance de las reservas es la que propone Javier JIMÉNEZ CAMPO en *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs. 61 y sigs.

⁸ «... en abstracto, es admisible que la Ley Electoral se haga por partes o que se modifique por partes, pero esta posibilidad no es sostenible en la coyuntura

En el derecho que nos ocupa, lo que hace la Constitución es admitir una regulación separada para la participación directa y para la que se ejercita a través de representantes. Como consecuencia nos encontramos con la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, y con la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Si en el supuesto de las consultas propias de la democracia directa la misma Constitución impone una normativa única para «las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución» (art. 93.3), en la que habrán de incluirse no sólo los referendos en sentido técnico-jurídico (las consultas previstas en los artículos 151.2.4.º, 167 y 168) sino también los plebiscitos (el aludido en el propio artículo 92 y el contemplado en el artículo 151.1), no existe una declaración de la misma rotundidad en lo que a los procesos electorales se refiere, pues mientras que el artículo 68.1 se refiere a los Diputados que habrán de ser elegidos «en los términos que establezca la ley», el 69.2 alude de manera expresa a «una ley orgánica»; por su parte, el artículo 140 dispone que los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio «en la forma establecida por la ley», que asimismo «regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto». Por último, «en los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior [el 151], la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio...» (art. 152.1).

histórica del inicial desarrollo de la Constitución, pues confeccionar parcialmente la Ley Electoral significa modificar sólo parcialmente, a través de una Ley Orgánica, el Real Decreto-ley 20/1977. La imposibilidad no nace por razón del rango de la citada disposición, pues este Tribunal ha señalado ya que las normas que no poseían especial reserva de rango en el momento de dictarse no devenían inconstitucionales con la aprobación de la Constitución, sino en atención a que el desarrollo de la materia electoral por Ley Orgánica constituye específica necesidad de desarrollo de la Constitución... En todos los casos en que el legislador es soberano y le corresponde la decisión de legislar o de no legislar nada le impide que la normación de una determinada materia se lleve a cabo por partes. Lo mismo puede decirse en aquellos casos que el legislar sea una obligación impuesta por la Constitución. Si la Constitución no establece lo contrario –y lo contrario ha de entenderse siempre excepcional–, corresponde a la oportunidad política decidir si la legislación. Se hace por partes o de una sola vez. Sin embargo, no puede aplicarse el mismo criterio a aquellos otros casos en que por las razones que fueran la Constitución establezca la unidad de legislación para una sola materia o para un conjunto de problemas y situaciones enlazadas y próximas entre sí, sin perjuicio de que una vez establecida esta legislación pueda modificarse parcialmente.» (STC 72/1984, fj. 5.º).

Las preguntas que surgen son las relativas al contenido que ha de incluir la legislación electoral y si se necesita una misma ley orgánica para los diferentes procesos electorales.

A la primera se puede contestar que para que una Ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y con qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial (STC 72/1984, fj. 4.º). Por este motivo, no cualquier ley puede regular esta materia, sino que parece que ha de ser de manera necesaria una ley «electoral».

Respecto a la segunda cuestión, resulta oportuno reproducir un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional; en concreto un extenso fragmento de la STC 38/83, de 16 de mayo:

3. En conexión con lo precedentemente expuesto, cabe considerar que el alcance y contenido del «régimen electoral general», según expresión del art. 81.1 de la C.E., viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad, formado de acuerdo con el art. 28 de la LOTC, por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía. La consideración de este bloque permite afirmar que frente a la expresión régimen electoral general se contemplan diversos regímenes electorales especiales y particulares: así la elección de Senadores por las Comunidades Autónomas queda deferida a sus Estatutos (art. 69.5 de la Constitución); la elección del legislativo de cada Comunidad Autónoma queda deferida a los Estatutos para las de mayor nivel de autonomía –art. 152 de la Constitución– y ha sido asumida por cada Comunidad en los respectivos Estatutos, sin excepción y con independencia de tal nivel; en cuanto al régimen electoral local de los municipios y provincias en que se organiza territorialmente el Estado (art. 137 de la Constitución), se contempla separadamente del régimen local y se asume como materia específica en la Comunidad Autónoma del País Vasco lo relativo a la legislación electoral interior que afecte a las Juntas Generales y Diputaciones Forales, sin perjuicio de las facultades correspondientes a los Territorios Históricos [arts. 10.3 y 37.3 e) del Estatuto], peculiaridades que admite y respeta en su art. 36 la Ley 39/1978, de 17 de julio, sobre Elecciones Locales, modificada –en cuanto a otros pasajes– por el texto hoy impugnado. El régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades terri-

toriales en que se organiza, a tenor del art. 137 de la C.E., salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos. En conclusión, la reforma de Ley de Elecciones Locales regula una materia reservada a la Ley Orgánica, y en consecuencia le corresponde esta calificación de conformidad con el art. 81 de la Constitución.».

En definitiva, el desarrollo legislativo del derecho de participación política se ha llevado a cabo en diferentes bloques normativos: la intervención en plebiscitos y referendos en la Ley Orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum; el régimen de concejo abierto en la Ley de Bases del Régimen Local ⁹; el sufragio a ejercer en las elecciones a Cortes y a los municipios en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, y la que se desenvuelve en las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en las normas legales aprobadas por estas instituciones.

No parece que carezca de sentido plantearse por qué las elecciones a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no están reguladas en una norma que revista la forma de Ley Orgánica, puesto que no ofrece dudas que en dichos procesos también se está ejerciendo el derecho de participación política. En buena medida, la reserva de Ley Orgánica se mantiene también en estos procesos electorales dado que una buena parte de los elementos esenciales de los mismos están recogidos en los respectivos Estatutos de Autonomía: quiénes gozan de los derechos políticos y son, por tanto, electores; tipo de sufragio; fórmula electoral, número máximo y mínimo de escaños a elegir, fecha de celebración de las elecciones, convocatoria de las mismas, etcétera.

Por otra parte, si el desarrollo legislativo de estos elementos se hace por ley ordinaria, dado que no existe en el sistema de fuentes

⁹ De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de Bases del Régimen Local: «1. Funcionan en Concejo Abierto: Los Municipios con menos de 100 habitantes y aquellos que tradicionalmente cuenten con este singular régimen de gobierno y administración. Aquellos otros en los que su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable. 2. La constitución en Concejo Abierto de los Municipios a que se refiere el apartado b) del número anterior, requiere petición de la mayoría de los vecinos, decisión favorable por mayoría de dos tercios de los miembros del Ayuntamiento y aprobación por la Comunidad Autónoma. 3. En el régimen del Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una Asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local.

autonómico la ley orgánica, ello se debe no al intento de sustraer estas elecciones a la reserva del artículo 81.1 de la Constitución, sino a la necesidad de garantizar la realización de otro concreto principio estructural de nuestro ordenamiento constitucional: el de autonomía política, que demanda el desarrollo legislativo de determinadas cuestiones (entre ellas el régimen electoral propio) por las instituciones investidas de la mencionada autonomía. A través de las leyes electorales autonómicas nos encontramos ante una formalización del desarrollo legislativo de un derecho fundamental válida en tanto excepción prevista por la propia Constitución.

Dicho lo anterior, no puede obviarse que si no es admisible que se excluya del ámbito de la Ley Orgánica lo relativo a las elecciones locales, tampoco nos parece que quepa excluir de dicho ámbito el régimen de concejo abierto, pues también en este caso nos encontramos con una forma de participación política cuya regulación, sin embargo, se reduce en la actualidad a lo previsto en la legislación básica del régimen local.

3. LAS GARANTÍAS ORGÁNICAS E INSTITUCIONALES; EN ESPECIAL, LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y EL VOTO POR CORREO

Dentro de estas garantías se pueden incluir los órganos e instituciones cuya existencia tiene como finalidad la protección y salvaguarda del derecho de participación a través del sufragio activo. No incluiremos aquí a las de impronta jurisdiccional, pues serán objeto de tratamiento diferenciado en el apartado siguiente.

En términos generales, los órganos que garantizan el sufragio y, de manera más amplia, el proceso electoral, son los que integran la Administración Electoral; es decir, las Juntas Electorales, las Mesas Electorales y la Oficina del Censo Electoral, de la que son colaboradores los Ayuntamientos y Consulados.

Sin extendernos sobre este particular ¹⁰, hay que recordar que la Oficina del Censo, en lo que al ejercicio del sufragio respecta, tiene como misiones fundamentales la elaboración y actualización del Censo, donde el elector ha de figurar a efectos de ejercer el sufragio.

¹⁰ Para un análisis pormenorizado véase el estudio de Artemi RALLO LOMBARTE: *Garantías electorales y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 193 y sigs.

Aunque la redacción de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General ha propiciado interpretaciones diversas y contradictorias a propósito de la incardinación de la Oficina del Censo Electoral ¹¹, desde una perspectiva funcional consideramos más acertada su inclusión dentro de la denominada «Administración electoral» ¹².

Si bien la LOREG no incluye a dicha Oficina de manera expresa dentro de esa Administración (art. 8.2), luego la regula en la Sección 3.^a del Capítulo III. Además, y esto es lo importante, lo que determina la caracterización de un órgano resulta, de manera principal, de la función que cumple y, en este caso, la Oficina del Censo Electoral participa de forma plena de la tarea consistente en «garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.» (art. 8.1 LOREG); en particular, a través de la formación del censo electoral. Se trata de un supuesto en el que los órganos públicos no actúan como decisores de conflictos de intereses, ni ostentan un interés propio que se contraponga al de otro ente público implicado en la decisión, sino que ejercen funciones de control de la legalidad de determinados actos de entes públicos, realizando una tarea estrictamente objetiva y ajena a toda controversia de intereses (STC 197/1988, de 24 de octubre, fj. 6.^o).

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia más reciente ha excluido de la «Administración electoral» a la Oficina del Censo Electoral:

«Debe significarse que la LOREG tiene un concepto preciso de lo que sea la «Administración Electoral», que regula en el Capítulo III del Título Primero, y que en dicho concepto no se incluye la Oficina del Censo Electoral, y menos aún la Administración Local, que es la que tiene a su cargo el empadronamiento, presupuesto, a su vez, de la inclusión en el Censo Electoral.

El art. 8 LOREG regula tanto la función institucional de la Administración Electoral, como su composición orgánica. Respecto a lo primero, el apartado 1 dispone que «la Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad». Y respecto a lo segundo, el apartado 2 del propio artículo dice que «integran la Administración Electoral las Juntas Electorales, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales». El examen de las competencias de esos órganos de la Administración

¹¹ Artemi RALLO LOMBARTE hace una exposición de las diferentes interpretaciones en su obra *Garantías electorales y Constitución,...*, págs. 206 y sigs.

¹² De la misma opinión es Francisco J. BASTIDA FREJEDO: «Ley electoral y garantías judiciales», en *Poder Judicial*, núm. 1, 1986, pág. 25.

electoral evidencia que entre ellas no se contiene ninguna relativa a la formación del censo o a la decisión acerca de sus revisiones.» (SSTC 148/1999 y 149/1999, de 4 de agosto, fjs. 7.º y 6.º, respectivamente).

Estas afirmaciones se realizaron a propósito de sendos recursos de amparo en los que se discutía el procedimiento jurisdiccional a emplear para subsanar las irregularidades detectadas en el censo electoral, pero, a nuestro juicio, la existencia de instrumentos procesales diferentes para controlar las cuestiones atinentes al censo y al procedimiento electoral no permite concluir que en el caso de la Oficina del Censo Electoral nos encontremos, funcionalmente, ante un órgano administrativo de naturaleza distinta a los otros que integran la Administración electoral.

La Mesa es el lugar donde el elector ha de ejercer el sufragio y ha de contar, entre otros elementos garantizadores de la libertad y el secreto del voto, con una cabina para elegir las papeletas electorales e introducirlas en los sobres correspondientes. Además, el Presidente de la Mesa vela por el carácter personal y directo del sufragio pues es el que recoge el sobre o sobres del elector y los deposita en la urna o urnas correspondientes. Por lo que respecta a las Juntas Electorales, la más inmediata es la de Zona, ante la que se pueden elevar las consultas que se estimen pertinentes.

En lo que toca a las garantías de naturaleza institucional, se dirigen a proteger la emisión del sufragio y, por consiguiente, la participación política democrática de los ciudadanos, el «voto asistido» y el «voto por correspondencia», pues en determinadas circunstancias (enfermedad, incapacidad física, ausencia,...) puede resultar muy dificultoso que el individuo entregue de forma personal su voto.

En primer lugar, la legislación electoral admite el «voto personal indirecto» o «asistido», de manera que los electores que no sepan leer o que, por defecto físico, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza (art. 87 LOREG). Como resulta obvio, no se trata de que el «asistente» vote por el elector, sino de que se limite a auxiliarle para las concretas operaciones de las que se habla y siempre en presencia física del elector, lo que no se exigiría si nos encontrásemos ante un voto por delegación.

El «voto por correo» reviste una especial significación como instrumento que puede hacer posible la participación política de un número relativamente alto de electores que de otro modo no podrían votar.

A estos efectos, quienes prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, puede emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral (art. 72 y siguientes LOREG). El carácter personal del sufragio se mantiene también en esta modalidad, pues la solicitud deberá formularse personalmente ¹³, salvo en el caso de una enfermedad o incapacidad que lo impida, en cuyo caso se permite que lo solicite otra persona pero cumpliendo una serie de requisitos formales ¹⁴. Estas cautelas se aplican también para la recepción de la documentación electoral necesaria para la emisión del voto por correo, que deberá entregarse al elector o a su representante ¹⁵, y para la propia remisión de ese voto ¹⁶.

No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se trata del voto por correo de los «residentes ausentes» que vivan en el extranjero, pues en

¹³ En nuestro país, y de acuerdo con lo establecido en la sesión de 29 de febrero de 2000 por la Junta Electoral Central, «El artículo 72. b) de la LOREG exige la exhibición del DNI al funcionario de correos encargado de recibir la solicitud del voto por correo, a los efectos de identificación del elector, y deberá comprobar tanto la identidad del mismo –a través de la fotografía– como la coincidencia de la firma. Excepcionalmente podrá admitirse, para solicitar la documentación del voto por correo, el pasaporte en sustitución del DNI, pero nunca un resguardo acreditativo de la denuncia del robo del DNI, ni de la renovación de éste, que carecen de fotografía del titular».

¹⁴ La incapacidad o enfermedad deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita. Además la persona autorizada habrá de serlo notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona pueda representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará la concurrencia de estas circunstancias. Estos trámites se regulan con más detalle en el artículo 8 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, y han sido objeto de varias Instrucciones de la Junta Electoral Central (de 10 de febrero de 1992 y de 26 de abril de 1993).

¹⁵ En su Sesión de 7 de marzo de 2000 la Junta Electoral Central se pronunció a propósito de si debe entregarse la documentación para el voto por correo al apoderado de un elector que ha fallecido. La respuesta fue negativa: «Dado que ha de ostentarse el derecho de sufragio activo el día de la elección, no procede entregar la documentación electoral para emitir el voto por correo al apoderado del elector del que consta suficientemente que ha fallecido con posterioridad a la solicitud del voto por correo, pero antes del día de la elección».

¹⁶ A este respecto, la Junta Electoral Central, en su Acuerdo de 10 de mayo de 1995, estimó que «el artículo 73.3 de la LOREG no exige que el elector personalmente acuda a la Oficina de Correos a certificar el sobre de votación, sino que puede hacerlo cualquier persona en su nombre.». En buena lógica jurídica, y en coherencia con lo anterior, no podrá ser «cualquier persona», sino la debidamente autorizada en vía consular o notarial.

este caso «las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes... un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa.» (art. 75.1 LOREG).

El envío «de oficio» de esta documentación, en lugar de hacerlo previa petición del interesado, se ha justificado como una forma de favorecer la participación de estos ciudadanos y de asegurar la información sobre el proceso electoral en marcha. Sin embargo, el legislador no es coherente en sus previsiones, dado que en el caso de las elecciones municipales estos electores «deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral... mediante escrito al que se adjuntará fotocopia del Documento Nacional de Identidad o pasaporte.» (art. 190.1 LOREG). Recibida dicha comunicación, la Delegación Provincial envía la documentación electoral.

Entendemos que con esta solicitud del interesado, se establecen mayores garantías frente al fraude, aunque nada habría que objetar al envío de oficio si en las oficinas de correos del Estado donde residen los electores ausentes se comprueba que la identidad del remitente coincide con la de la persona que entrega el sobre. Es obvio que el Estado español no puede garantizar que se comprobará la identidad del votante en esas oficinas postales, pero sí puede y debe, en el caso de que se mantenga el envío de oficio de la documentación electoral, mantener actualizado el censo de los «residentes ausentes» de manera que no figuren en él personas fallecidas bajo cuya identidad podrían ser remitidos los sobres con la papeleta electoral ¹⁷, práctica habitual a finales del siglo XIX ¹⁸, pero que, por lo que revelan datos recientes, no cabe declarar extinguida.

La necesidad de esta actualización se ha puesto de manifiesto ante la «llamativa» longevidad de alguno de nuestros nacionales residentes en el extranjero: según se ha publicado en la prensa, las listas del Censo tienen inscritos prácticamente tantos españoles con más de

¹⁷ En su sesión de 7 de marzo de 2000, la Junta Electoral Central concluyó: «Dado que ha de ostentarse el derecho de sufragio activo el día de la elección, no procede entregar la documentación electoral para emitir el voto por correo al apoderado del elector del que consta suficientemente que ha fallecido con posterioridad a la solicitud del voto por correo, pero antes del día de la elección».

¹⁸ Véase el trabajo de José VARELA ORTEGA: *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)* (2.ª ed.), Marcial Pons, Madrid, 2001.

100 años residentes en España –3.488, el 0,008% de los casi 40 millones de población española– como entre los residentes en el exterior –3.021, el 0,31% del cerca de un millón de españoles emigrantes registrados–. Es decir, si el censo de ausentes reflejara la realidad, se demostraría 40 veces más probable llegar a centenario cuando el español es emigrante que cuando vive en España y, por concretar un ejemplo, en Buenos Aires hay registrados 1.364 españoles de más de 100 años, el 1% del censo de ese consulado; en La Habana, los 297 españoles registrados de más de 100 años equivalen al 2,13% del censo ¹⁹.

Con el objetivo de evitar el fraude a través de un voto doble, personal y directo y por correo, la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral realizará la anotación correspondiente en el censo a fin de que el día de las elecciones no se pueda votar por quien ha votado por correo ²⁰. Esta cautela parece lógica pero no se ha articulado de manera muy correcta, pues, según el artículo 73.1 de la LOREG, tal ano-

¹⁹ Puede obtenerse una información más detallada en las páginas del diario *El País* de 5 de junio de 2001.

²⁰ Nuestro Tribunal Constitucional ha aclarado (STC 119/1991, de 19 de julio, fj. 2.º) que: «Este precepto, al disponer que por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral se realizará en el censo la anotación correspondiente (la de la solicitud de voto por correo, regulada en el artículo anterior), «a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente», tiene un sentido inequívoco: el de prohibir el voto de tales solicitantes ante la Mesa electoral. Prohibición bien lógica, además, puesto que, mediante la institución de esta modalidad de ejercicio del sufragio, la ley pretende facilitar el de quienes «prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse», art. 72.

La prohibición no cede porque el solicitante no haya recibido con la suficiente antelación la documentación interesada o cuando, próximo a cerrarse el colegio electoral el día de la votación, se constate que el Servicio de Correos no ha entregado a la Mesa la correspondencia con el sufragio del referido solicitante, según pretende el actor. La ley, de forma coherente con el presupuesto fáctico de la solicitud de voto por correo –o sea, la ausencia o imposibilidad señaladas–, no prevé esos supuestos de levantamiento de la prohibición, ni el mismo habría de venir exigido por la garantía constitucional del derecho de sufragio, como se sostiene en la demanda. A fin de asegurar ese derecho en los casos de voto por vía postal, el art. 73 de la LOREG impone a la Oficina del Censo y al Servicio de Correos una actuación diligente en la tramitación de las solicitudes («recibida la solicitud...»: apartado 1), en la remisión de la documentación electoral («tan pronto como estuvieran disponibles...»: apartado 2) y en la entrega a las Mesas de la correspondencia electoral, debiendo nevar el Servicio de Correos un registro de toda documentación recibida (apartado 4). Es, pues, clara la responsabilidad que a ambos incumbe y la que por diversos cauces les sería exigible de obrar con diligencia, sin que, de acuerdo con lo expuesto, el elector defraudado en su expectativa de votar por correo pueda superar la eventual deficiencia de los Organismos referidos emitiendo personalmente su sufragio ante la Mesa electoral.

tación se realiza cuando se recibe la solicitud y antes de que se haya recibido la documentación electoral y, en consecuencia, de que se haya enviado el voto por correo, por lo que parece que si luego no se remite ese voto tampoco se podría votar de manera directa, lo que está falto de justificación pues se priva al elector de la posibilidad de ejercer el sufragio. Dicha anotación tendría que realizarse una vez que ya se hubiera entregado el voto por correo.

Además del voto por correo cuya tramitación se deja a la iniciativa del interesado, la propia legislación contempla un deber positivo de actuación por cuenta de las Administraciones Públicas a efectos de favorecer la participación política de determinados colectivos de personas; en concreto los que se encuentren cumpliendo el servicio militar, los embarcados en buques de la Armada, de la Marina mercante o de la flota pesquera ²¹, y los residentes ausentes que vivan en el extranjero ²².

²¹ «El Gobierno adoptará las medidas que garanticen el ejercicio del derecho de sufragio por los ciudadanos que se encuentre cumpliendo el servicio militar. Asimismo, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, para el voto por correo del personal embarcado en buque de la Armada, de la Marina Mercante española o de la flota pesquera.» (art. 74 LOREG). Estas medidas están contempladas en el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y en la Orden 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional.

En el caso del personal embarcado, se utilizarán los servicios de radiotelegrafía y el voto se remitirá desde cualquiera de los puertos en que el buque atraque (art. 9 Real Decreto 605/1999).

²² «1. Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes que vivan en el extranjero un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa... 3. Estos electores ejercerán su derecho de voto conforme al procedimiento previsto en el párrafo tercero del artículo 73... 6. 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 sea practicable lo dispuesto en este artículo. 7. Las disposiciones de este artículo no son aplicables al voto en las elecciones municipales de los residentes ausentes que vivan en el extranjero, que se rige por las disposiciones especiales de esta Ley.» (art. 75 LOREG). Esta regulación ha sido complementada por el Real Decreto 605/1999, de regulación complementaria de los procesos electorales, y por la Instrucción de la Junta Electoral Central de 20 de abril de 1998, sobre requisitos del voto de los electores inscritos en el Censo Especial de Residentes Ausentes.

Mientras que en los dos primeros casos nos encontramos, en principio, ante situaciones de carácter transitorio, en el supuesto de los residentes ausentes que vivan en el extranjero parece que el voto por correo será la forma ordinaria de ejercicio del sufragio, por lo que es importante la articulación de un sistema que permita su participación efectiva y continuada en la vida política española, para lo que se requiere una información actualizada de su situación y que a estos ciudadanos les sean comunicadas de manera diligente las diferentes consultas políticas en las que están habilitados para participar ²³. La propia Constitución, cuando se refiere al sufragio para las elecciones al Congreso de los Diputados, establece en términos imperativos que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.» (art. 68.5.2). No parece que esta obligación se circunscriba a estas concretas elecciones, sino que ha de hacerse extensiva a los demás procesos de participación política previstos en nuestro ordenamiento constitucional.

El voto por correo también se contempla en otras legislaciones (por ejemplo, en la alemana –art. 36 de la Ley Electoral Federal–), aunque en algunos ordenamientos ha sido rechazado con argumentos que no parecen demasiado convincentes; el caso paradigmático a estos efectos es el italiano. Hasta fechas muy recientes no se ha contemplado en el sistema electoral de la República italiana una modalidad de voto que asegure la participación política de sus ciudadanos residentes en el extranjero, cuyo número no es precisamente pequeño, pues sobre esta cuestión, y con motivo de las deliberaciones previas a una reforma constitucional, se han manejado cifras que lo sitúan en los cinco millones de personas ²⁴.

Con la Ley Constitucional 1/2000, de 17 de enero, se ha introducido una reforma en los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución al efecto de instituir una circunscripción «exterior» para el ejercicio del derecho

²³ Las Oficinas Consulares de carrera y Secciones Consulares de las Misiones Diplomáticas tramitarán de oficio la inscripción de los españoles residentes en su demarcación en la forma que se disponga reglamentariamente. Para la actualización del censo de los electores residentes ausentes que vivan en el extranjero, los Consulados tramitarán conforme al mismo procedimiento que los Ayuntamientos las altas y bajas de los españoles que vivan en su demarcación, así como sus cambios de domicilio. (arts. 32 y 36 LOREG).

²⁴ Ofrece esta cifra, basada en datos oficiales del Parlamento italiano, Ernesto BETINELLI en su estudio *Il voto degli italiani all'estero*, en *Riforme elettorali* (a cura di Massimo Luciani e Mauro Volpi), Laterza, Bari, 1995, pág. 200, nota 3.

de voto de los italianos residentes en el extranjero ²⁵. Se ha optado así por una fórmula apenas utilizada en el derecho comparado si se exceptúa el modelo portugués de «circunscripción personal», en la que la cualidad de elector viene determinada por su condición de residente fuera del país ²⁶.

A esta solución se ha llegado en Italia después de un largo proceso de debates políticos y doctrinales ²⁷ en el que se han utilizado como argumentos constitucionales que impedirían el establecimiento del voto por correo los principios de sufragio personal y secreto previstos en el artículo 48 de la Norma Fundamental italiana ²⁸. Desde luego, y a la luz de nuestro sistema, no parece que dichos caracteres del sufragio constituyan obstáculos infranqueables para la introducción del voto por correo, pues está fórmula no constituye un tipo de sufragio no personal si es el elector el que remite el voto. Tampoco atenta contra el carácter secreto, pues no tiene por qué saberse la opción política por la que ha optado el elector. Lo único que se puede constatar es que se ha remitido un sobre, pero esta fórmula también permite el voto en blanco y el voto nulo. No se conoce, pues, en el voto por correo nada que no se pueda conocer cuando el elector entrega su papeleta en la

²⁵ Conforme al nuevo párrafo del artículo 48, la ley establecerá los requisitos y modalidades para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, y asegurará su efectividad. Con este fin se instituye una circunscripción exterior para las elecciones a las Cámaras, a la que le serán asignados los escaños en el número establecido por la norma constitucional y de acuerdo con los criterios establecidos por la ley. De acuerdo con el nuevo artículo 56, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57 de la Constitución, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero.

²⁶ De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Electoral (art. 12.4), en Portugal existen dos circunscripciones de esta naturaleza: la de los que residen en países europeos y la que comprende a los residentes en cualquier otro país. A cada una de ellas le corresponde la elección de dos diputados de la Asamblea de la República.

²⁷ Los términos de este debate, así como las diferentes tesis doctrinales y político-constitucionales, pueden consultarse en Temistocle MARTINES: «Art. 56-58», en *Comentario della Costituzione, Le Camere*, Zanichelli-II Foro, 1984, Tomo I, págs 59 y 60; Fulco LANCHESTER: *Il voto degli italiani all'estero: un esercizio difficile*, en *Il voto degli italiani* (a cura di Fulco Lancaster), Roma, 1988; VARIOS AUTORES: *Esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero*, Ministero degli Affari Esteri-CNEL, Roma, 1988; Ernesto BETTINELLI: *ob. cit.*, Silvio GAMBINO-Giovanni MOSCHELLA: *La riforma elettorale in Italia*, en *Formas de gobierno y sistemas electorales. La experiencia italiana y española* (coordinado por Gerardo Ruíz-Rico y Silvio Gambino), Universidad de Jaen-Tirant lo Blanc, Valencia, 1997, pág. 167, nota 66.

²⁸ Asumen estos argumentos, por ejemplo, Temistocle MARTINES: *ibidem*, pág. 60, y Silvio GAMBINO y Giovanni MOSCHELLA: *ibidem*, pág. 167; son rechazados, por ejemplo, por Ernesto BETTINELLI: *ibidem*, págs. 205 y 215 y sigs.

urna. Por otra parte, no dejaba de resultar sorprendente que el propio sistema electoral italiano impidiera el ejercicio de lo que la Constitución, en su artículo 48, no sólo considera un derecho, sino también «un deber cívico» de los ciudadanos. Dicho deber ha permanecido sin poder ser ejercido por los ciudadanos italianos residentes en el extranjero durante más de cincuenta años.

Las profundas y vertiginosas transformaciones que las sociedades modernas están experimentando como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación se han proyectado también en el ámbito propio del ejercicio de los derechos políticos.

Además del aprovechamiento de estas tecnologías para favorecer una mayor rapidez en el desarrollo de las consultas políticas, algo que parece fuera de discusión, no debe descartarse su empleo para facilitar la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos, siempre que con ello no se menoscabe la libre expresión de su voluntad política. De esta manera podría pensarse en la posibilidad de desarrollar un sistema de «voto a través del correo electrónico» que complemente y, en su día, sustituya al voto por correo postal; o reemplazar las tradicionales papeletas electorales por una «papeleta virtual». En ambos casos nos seguiríamos encontrando ante un sufragio personal ejercido de manera periódica, pero a través de fórmulas distintas a las tradicionales, con lo que el cambio sería más instrumental que estructural.

Esto es lo que ha ocurrido en Bélgica, que desde 1994 cuenta con una Ley que regula el voto electrónico. Esta norma, de 11 de abril de 1994 y modificada por última vez por la ley de 12 de agosto de 2000, organiza esa forma de votar a través de una urna electrónica y unas máquinas equipadas con una pantalla, un lector de tarjetas magnéticas y un lápiz óptico. Para emitir el sufragio se introduce la tarjeta magnética en el lector y luego se indica, por medio del lápiz óptico, la lista electoral escogida o, en su caso, un voto en blanco; la operación concluye con la confirmación por parte del elector de que la opción que indica la pantalla es la señalada por él, pudiendo en otro caso reiniciar la operación. Si el elector se enfrenta con dificultades técnicas puede solicitar ayuda del presidente o de otro miembro del colegio electoral. Como es obvio, todos estos instrumentos sólo pueden utilizarse si el Ministerio del Interior garantiza tanto la fiabilidad y seguridad del sistema, así como el secreto del voto.

En nuestro país, el 27 de febrero de 2001 se constituyó una Ponencia en el Senado para el estudio de la implantación de los sistemas electrónicos de ejercicio del voto y para el recuento de los sufra-

gios. Con carácter previo ya se había aprobado en el Parlamento Vasco la Ley 15/1998, de 19 de junio, de modificación de la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco ²⁹; con esta reforma se introduce un sistema de voto electrónico muy similar al belga, si bien con algunos «excesos» técnicos, como el de configurar, paradójicamente, una opción válida para emitir un voto nulo (lo será el emitido en tarjeta con banda magnética grabada con la opción de voto nulo). Los rasgos esenciales del sistema son los siguientes:

En cada Mesa Electoral tendrá dos urnas, una electrónica y otra para el voto por correo con papeletas y sobres de votación, y al menos una cabina electoral o, en su defecto, un espacio reservado que permita al elector aislarse, equipados con una pantalla de votar.

Los electores se acercarán a la Mesa Electoral que les corresponda y uno de los Vocales les entregará una tarjeta con banda magnética de votación validada. A continuación, el elector deberá entrar en la cabina electoral e introducir en la pantalla de votar la tarjeta con banda magnética de votación, para efectuar la selección de la opción deseada. A estos efectos, figurarán las denominaciones, siglas y símbolos de las candidaturas en la circunscripción electoral correspondiente, colocadas por filas de izquierda a derecha según el orden de proclamación de las mismas, así como la opción de voto en blanco y de voto nulo en últimos lugares. Inmediatamente de realizada la selección, la pantalla de votar mostrará, en su caso, la candidatura escogida con sus candidatos proclamados y el elector deberá confirmar su opción elegida. Caso de no desear confirmarla, el elector tendrá la posibilidad de realizar una nueva selección. Una vez confirmada su elección, la opción de voto elegida se grabará en la tarjeta con banda magnética, quedando ésta liberada de la pantalla de votar para ser recogida por el elector. Seguidamente, el elector deberá dirigirse a la urna electrónica manifestando al Presidente de la Mesa su

²⁹ En su Exposición de Motivos se puede leer que «el establecimiento del voto electrónico en las elecciones al Parlamento Vasco es la primera respuesta que al desafío de las nuevas tecnologías y sus implicaciones en el proceso democrático se da desde la Comunidad Autónoma del País Vasco. Es por tanto un primer paso en este proceso de modernización de la vida política, mejorando los procedimientos electorales anteriores y educando a la población en la utilización de las nuevas tecnologías, que abren unas perspectivas e interrogantes de gran trascendencia en el desarrollo de las formas de participación democrática... Por otra parte, la menor carga de trabajo en el desarrollo de la votación para los miembros de las mesas electorales, la previsible ausencia de conflictos electorales en el escrutinio de los votos, la significativa reducción del tiempo empleado en las operaciones de escrutinio de los votos en cada mesa electoral, así como la máxima exactitud y prontitud en la información a la ciudadanía de los datos del escrutinio provisional de los resultados electorales, configuran al voto electrónico como un sistema más eficaz, por su privacidad, seguridad, sencillez, rapidez y modernidad.»

nombre y apellidos... Acto seguido, el elector, por su propia mano, entregará la tarjeta con banda magnética de votación al Presidente de la Mesa, quien a la vista del público dirá «botoa ematen du», o bien «vota», e introducirá la tarjeta con banda magnética en la urna electrónica, donde permanecerá tras el registro de la información que lleva en el software electoral en soporte magnético. La secuencia de estos registros se determina por un procedimiento aleatorio. (art. 132).

La reforma incorpora un Anexo en el que se explica, entre otras cosas, lo que se entenderá por:

a) *Cabina electoral*: Recinto reservado en el que se coloca la pantalla de votar, con el fin de preservar la privacidad de la elección del voto por el elector. c) *Escrutinio electrónico*: Conjunto de operaciones de la urna electrónica destinadas al recuento del número y contenido de las tarjetas con banda magnética de votación validadas y registradas en la urna electrónica de cada Mesa Electoral. e) *Pantalla de votar*: Elemento en el que el elector introduce la tarjeta con banda magnética de votación, previamente validada en la máquina o urna del Presidente, para seleccionar su opción de voto en la pantalla mediante un lápiz electrónico, quedando grabada la opción seleccionada en la tarjeta introducida por el elector. g) *Software electoral de la urna electrónica y de la pantalla de votar de la Mesa Electoral*: Aplicación informática que incluye las funcionalidades del sistema de voto electrónico. Básicamente permite la apertura y cierre de la urna, la votación con tarjetas con banda magnética validadas por la Mesa, el control del número de tarjetas registradas en la urna, el escrutinio y la transmisión de los resultados electorales de la Mesa. h) *Tarjeta con banda magnética de votación validada*: Soporte activado en el aparato de validación de la urna, que un Vocal de la Mesa entrega a cada elector para poder ser introducido en la pantalla de votar. Esta tarjeta no es personalizada y constituye el soporte en el que el elector registra su opción de voto. i) *Tarjeta con banda magnética de votación no validada*: Soporte para ser activado por la Mesa Electoral en el aparato de validación de la urna electrónica. j) *Urna electrónica*: Máquina del Presidente de la Mesa compuesta por un aparato de validación, un recipiente de depósito de tarjetas con banda magnética, un ordenador con lector-registrador de votos, una pantalla de visualización y un teclado. Esta máquina permite validar las tarjetas con banda magnética de votación de la Mesa, recepcionar, registrar y computar dichas tarjetas con la opción de voto grabada en la pantalla de votar, así como realizar las operaciones de escrutinio de forma automática, una vez haya finalizado la votación.

Por último, ha de hacerse mención a las «certificaciones censales específicas» a las que se refiere el artículo 85.1 LOREG. Según el apartado 5 de este precepto, la certificación se regirá en cuanto a su expedición, órgano competente para la misma, plazo y supuesto en que

proceda, por lo que disponga al respecto la Junta Electoral Central mediante la correspondiente Instrucción. Esta Instrucción data del 29 de abril de 1991 y fue modificada el 28 de abril de 1993³⁰. En ella la Junta Electoral Central hace una serie de puntualizaciones que parece oportuno recordar: se trata de un modo de probar que el elector está inscrito en el censo electoral vigente, aunque, por la razón que sea, no figure en los ejemplares certificados de las listas del Censo que hayan sido entregadas a la Mesa Electoral; no abre, por tanto, el período de rectificación del censo.

En consecuencia, tendrá derecho a obtener esta certificación no quien alegue ostentar la cualidad de elector y, por tanto, el derecho a ser inscrito en el censo, sino quien, figurando inscrito en el censo, no aparezca en la lista entregada a la Mesa.

Al tratarse de una omisión que el elector no puede detectar sino precisamente el mismo día de la elección, estas certificaciones deberán ser expedidas, en los supuestos en los que proceda, hasta la hora de cierre de los Colegios Electorales. La competencia para expedirlas corresponde en exclusiva a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral y, según la citada Instrucción, se expedirán en los casos siguientes: 1.º A los electores que figuraban en las listas provisionales expuestas al público con motivo de la revisión anual o durante el período electoral. 2.º A los electores que, sin figurar en las citadas listas, presentaron reclamación administrativa por exclusión en el censo y les fue aceptada. 3.º Para la corrección de errores materiales en los datos de identificación personal (apellidos, nombre o fecha de nacimiento) de electores incluidos en las listas del censo. 4.º En cualquier otro supuesto en el que el elector figure inscrito en el censo vigente para cada elección y, sin haberse producido cambio de domicilio que haya dado lugar a su inscripción en otra localidad, no figure en el ejemplar certificado de la lista del censo puesto a disposición de la Mesa electoral.

Sobre esta materia también habrá de tenerse en cuenta la Orden de 3 de febrero de 1987, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se regula la distribución de copias del Censo Electoral en soporte magnético y la expedición de certificación de inscripción en el Censo Electoral³¹.

³⁰ BOE de 1 de mayo de 1991 y de 30 de abril de 1993, respectivamente.

³¹ Según lo dispuesto en el artículo 8, «1. El elector que solicite certificación de inscripción en el Censo Electoral, deberá hacer constar en la solicitud los datos indicados en el punto 7.1 de esta Orden (además del nombre y apellidos, la

4. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Se trata de las garantías jurídicas encomendadas de modo inmediato a las instituciones del Estado que tienen atribuidas el ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional, aunque no siempre estén integradas de modo orgánico dentro del Poder Judicial. Por este motivo se incluyen aquí tanto las denominadas garantías ordinarias, conferidas a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, como la que se articula a través del amparo ante el Tribunal Constitucional. Aquí nos ocuparemos de ellas en cuanto instrumento de protección del ejercicio del derecho de sufragio activo; más adelante nos referiremos a las garantías previstas para la privación de ese derecho.

A) La garantía jurisdiccional ordinaria: el procedimiento ordinario y el procedimiento preferente y sumario en materia de reclamaciones contra las resoluciones referidas a la inscripción en el Censo electoral

Puesto que no pueden disociarse como esferas distintas el ámbito del contenido del derecho de participación política y el ámbito de ejercicio del sufragio activo, los requisitos imprescindibles para el ejercicio del derecho afectan de lleno a su contenido; en consecuencia, forma parte de éste el derecho a la inscripción en el censo electoral; en otras palabras, la exclusión o la no inclusión de una persona con capacidad electoral en el censo suponen una privación de su derecho a participar en los asuntos públicos³².

fecha y el lugar de nacimiento (municipio y provincia) y la residencia de dicha persona en la fecha de referencia del Censo Electoral vigente, con expresión de la vía urbana y número, así como el municipio y la provincia en que estaba inscrito en el Padrón Municipal de Habitantes como residente).

2. La solicitud deberá hacerse personalmente en la Delegación de la Oficina del Censo Electoral correspondiente a la provincia a la que pertenece el municipio en el que se encuentra inscrito en el Censo Electoral.

Se exigirá, junto con la solicitud, la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte o permiso de conducir, para comprobación de los datos del elector.

3. En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, ésta podrá ser efectuada en nombre del elector, por persona debidamente autorizada, acreditando ésta su identidad y representación con documento autenticado por Notario o para los españoles residentes en el extranjero autenticado por el Cónsul.».

³² Véase, en este mismo sentido, la STC 148/99, fj. 7.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional (154/1988, fj. 3.^º):

«A este respecto debe ponerse ante todo de manifiesto la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo... la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta –la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma–, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo. Por ello resulta perfectamente congruente con la protección especial que la Constitución dispensa al derecho fundamental proclamado en su art. 23.1, que el art. 38.4 de la vigente Ley Orgánica electoral disponga la aplicación del procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 C.E. a los recursos jurisdiccionales que se deduzcan frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral, fuera del período electoral, en materia de listas electorales. Y que quepa también, por la vía configurada en el art. 43 de la LOTC, recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas...».

La eficacia de la tutela judicial del ejercicio del sufragio se ejemplifica con la posibilidad (arts. 40 y 85 LOREG) de que un elector pueda votar a pesar de que no figure inscrito en las listas, si justifica a través de la sentencia dictada a resultas de lo previsto en el artículo 40 [«Contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de Primera Instancia... La sentencia,...., se notifica al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Esta sentencia agota la vía judicial.»] el derecho a ejercer el sufragio y al tiempo acredita su domicilio a los efectos de votar en la Mesa que le corresponda ³³.

Con la LOREG, y a diferencia de lo que sucedía en el Real Decreto-Ley 20/1977, sobre Normas Electorales, las reclamaciones sobre las inscripciones en el censo tienen un tratamiento similar, con independencia del supuesto del que traigan causa, pero el procedimiento a seguir depende de que se presente la correspondiente reclamación fuera o dentro de un proceso electoral en curso ³⁴. Por este motivo, parece más conveniente su análisis por separado.

³³ Véase, al respecto, el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de noviembre de 1989.

³⁴ Sobre las diferencias en esta materia entre la regulación electoral pre-constitucional y la LOREG, véase el estudio de Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: «Ley electoral y garantías judiciales», en *Poder Judicial*, núm. 1, 1986, pág. 26.

A.1. Fuera del período electoral

La competencia corresponde, en la vía administrativa, a la Oficina del Censo Electoral, que tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, asume de manera plena las competencias que en redacciones anteriores de la LOREG se atribuían en primera instancia a los Ayuntamientos y Consulados³⁵. En concreto, a través de sus Delegaciones Provinciales (art. 38.3), «resuelve [en el plazo de cinco días] las reclamaciones contra las actuaciones de los órganos que participan en las operaciones censales y en particular las que se plantean por la inclusión o exclusión indebida de una persona en las listas electorales. Sus resoluciones agotan la vía administrativa.» (art. 30.f).

Como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina³⁶, lo primero que llama la atención del precepto que se acaba de transcribir es su defectuosa redacción, pues se habla de «inclusión o exclusión indebida», cuando debiera decir «indebidas»; en segundo término, las hipótesis mencionadas no agotan todas las posibilidades que pueden presentarse, ya que una inclusión debida, pero no realizada, no es igual que una exclusión indebida; y una exclusión debida pero no llevada a cabo no es lo mismo que una inclusión indebida. Sólo pueden ser excluidos, de manera debida o indebida, los que con carácter previo estén incluidos en el censo, y sólo pueden ser incluidos, de forma debida o indebida, los que no apareciesen en la lista correspondiente del censo anterior.

Según establece el artículo 38 LOREG, si de la consulta del Censo, que podrá realizarse a través de los Ayuntamientos, Consulados o en la propia Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, surgen motivos para instar una reclamación, ésta se podrá presentar en cualquiera de esas entidades, debiendo las dos primeras remitirla de manera inmediata a la tercera, que resolverá en un plazo de cinco

³⁵ La normativa anterior fue objeto de reiteradas críticas doctrinales; pueden verse en los estudios de Ángela FIGUERUELO BURRIEZA «La rectificación del censo en período electoral (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1993, de 3 de mayo)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993, pág. 135; y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «Las garantías del derecho de sufragio activo en España», en *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, págs. 304 y sigs.; este autor valora de manera positiva la vigente regulación, introducida por la Ley Orgánica 3/1995, pues ha supuesto la inclusión de unos elementos de racionalidad en el régimen jurídico de estas reclamaciones; cfr. pág. 306.

³⁶ Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: «Ley electoral y garantías judiciales», *ob. cit.*, pág. 26.

días a contar desde su recepción. Contra la resolución se puede recurrir ante los tribunales por el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53 de la Constitución.

De la lectura de esta regulación cabe plantearse, al menos, las siguientes cuestiones: en primer lugar, si el único procedimiento jurisdiccional susceptible de ser empleado es el preferente y sumario; en segundo lugar, cuál es el orden jurisdiccional competente para resolver los recursos que nos ocupan.

Respecto de la primera cuestión, hay que decir que en tanto nos encontramos ante la tutela jurisdiccional del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.1 del texto constitucional, su garantía puede hacerse valer a través de un procedimiento ordinario, como cualquier otro derecho contemplado en la Constitución, y también, en su condición de derecho fundamental de la Sección del Capítulo II del Título I, a través del procedimiento preferente y sumario al que remite de manera expresa el artículo 38.5 de la LOREG. Parece absurdo el recurso al procedimiento jurisdiccional ordinario pudiendo acudir de forma directa al preferente y sumario, pero eso no significa que no se pueda utilizar el primero ³⁷.

En segundo lugar, se ha discutido si el orden jurisdiccional competente para conocer de estas reclamaciones es el contencioso-administrativo o el civil y, por consiguiente, si hay que acudir a los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [en adelante LJCA] o bien a las previsiones que para la protección de los derechos fundamentales prevé la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite a los trámites del juicio ordinario (art. 249.2 LEC). La mayoría de la doctrina se ha manifestado a favor de la vía contencioso-administrativa ³⁸, si bien no faltan autores que consideran que el orden jurisdiccional competente es el civil ³⁹.

³⁷ Véase, en el mismo sentido, Artemi RALLO LOMBARTE: *Garantías electorales y Constitución,...*, pág. 145.

³⁸ Así, por ejemplo, Cecilio SERENA VELLOSO: *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (dirigidos por Luis M.^a Cazorla Prieto), Civitas, Madrid, 1986, págs. 290 y sigs.; Miguel SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO: «Las garantías del derecho electoral», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 20, 1990 pág. 105; Vicente GIMENO SENDRA Y OTROS: *Derecho procesal administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 635; Marc CARRILLO LÓPEZ: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 105; Artemi RALLO LOMBARTE: *ob. cit.*, pág. 146.

³⁹ Véanse, por ejemplo, los estudios de Martín BASSOLS COMA: «La contribución del censo a la configuración de la Administración electoral: la oficina del

A nuestro juicio, y como se reiterará con más detalle en el apartado siguiente, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, pues, de acuerdo con el artículo 1.3.c) de la vigente LJCA, se atribuye a este orden el conocimiento de las actuaciones de las entidades que forman parte de la Administración electoral. Postular otra cosa sería extender a las reclamaciones jurisdiccionales fuera del período electoral la incoherencia prevista en el artículo 40 LOREG, que atribuye a la jurisdicción civil los recursos dentro del período electoral. Para nosotros, el procedimiento a seguir es el previsto en el Capítulo I del Título V de la LJCA (arts. 114 a 122) ⁴⁰.

A.2. En período electoral

Existe una reclamación administrativa y otra jurisdiccional. La primera se desarrolla de la siguiente manera: los Ayuntamientos y Consulados están obligados a exponer las listas electorales vigentes durante el plazo de ocho días, a partir del sexto día posterior a la convocatoria de elecciones. Dentro de ese plazo cualquier persona podrá formular reclamación dirigida a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral sobre sus datos censales. Las reclamaciones podrán presentarse directamente en las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral correspondiente o a través de los Ayuntamientos o Consulados, quienes las remitirán inmediatamente a las respectivas Delegaciones. La Orden de 21 de marzo de 1991 del Ministerio de Economía y Hacienda regula los trámites a seguir en este proceso de reclamación administrativa.

La Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, en un plazo de tres días, resolverá las reclamaciones presentadas y ordenará las rectificaciones pertinentes, que habrán de ser expuestas al público el decimoséptimo día posterior a la convocatoria. Asimismo notificará la resolución adoptada a cada uno de los reclamantes, y a los Ayuntamientos y Consulados correspondientes. (art. 39 LOREG)

censo electoral y la formación del censo electoral», *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 442; y Enrique ARNALDO ALCUBILLA: *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 335 y 336.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, véase Marc CARRILLO LÓPEZ: «La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999, págs. 155 y sigs.

El recurso jurisdiccional viene regulado en el artículo 40: contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de Primera Instancia en un plazo de cinco días a partir de su notificación. 2. La Sentencia, que habrá de dictarse en el plazo de cinco días, se notifica al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Esta sentencia agota la vía judicial.

Es esta regulación la que ha suscitado mayor polémica como consecuencia de la decisión de atribuir la competencia para resolver estos recursos no a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los del orden jurisdiccional civil, al Juez de Primera Instancia. Las discusiones se han proyectado también sobre el propio procedimiento que ha de seguirse ante el Juez de lo Civil: si ha de emplearse el contencioso, por ser de esta naturaleza el objeto litigioso, o si ha de acudir al proceso civil como consecuencia de la competencia jurisdiccional.

Respecto de la primera cuestión, nos encontramos con un pronunciamiento del legislador en favor de la jurisdicción civil, que se puede discutir pero que es de una claridad meridiana. En su momento, esta opción pudo justificarse con el objeto de arbitrar un sistema que hiciera posible una rápida y eficaz rectificación del censo, si bien el propio legislador en el proceso de elaboración de la LOREG no pareció plantearse, al menos de manera expresa, esta imperiosa necesidad.

El vigente artículo 40 apenas experimentó cambios de importancia a lo largo de su tramitación parlamentaria. En el Proyecto de Ley (art. 19) disponía que «1. Contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de Distrito o en su caso de Primera Instancia en un plazo de cinco días a partir de su notificación. 2. La Sentencia, que habrá de dictarse en el plazo de cinco días, agota la vía judicial». Tras el Dictamen de la Ponencia del Congreso el precepto se trasladó al artículo 39 y se suprimió, como consecuencia de una enmienda del Grupo Popular, la alusión a los Jueces de Distrito. En el Dictamen de la Comisión Constitucional se convirtió en el artículo 40. Por último, tras una enmienda en la Cámara Alta del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos, se introdujo la necesidad de notificar la sentencia al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral ⁴¹.

⁴¹ *Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Trabajos Parlamentarios*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986; págs. 15, 368, 395, 560, 843,861 y 1063. Puede consultarse un cuadro comparativo de la evolución del precepto en las págs. 1316 y 1317.

Si, en su inicio, esta regulación facilitó una rápida rectificación del censo, lo hizo en manifiesta contradicción con las previsiones de la LJCA, aspecto éste que fue criticado de manera inmediata por nuestra doctrina más cualificada ⁴². El artículo 1 de la mencionada Ley disponía, de igual modo que el mismo precepto de la Ley aprobada en 1998, que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas. La Oficina del Censo Electoral está encuadrada desde un punto de vista orgánico en el Ministerio de Economía y Hacienda y sus actos son funcionalmente administrativos. Además, en la actualidad la LJCA añade de manera expresa que los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, «conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.» (art. 1.3.c).

Por todos estos motivos, si fue criticable en su momento esta atribución competencial a los Juzgados de Primera Instancia, más lo es, si cabe, que se mantenga en la actualidad, sobre todo si se tiene presente que con la LJCA de 13 de julio de 1998 se ha producido la articulación de los Juzgados de lo Contencioso previstos ya en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LJCA, son competentes para conocer «de las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.».

En definitiva, consideramos que ha sido un error legislativo no haber aprovechado la elaboración de la nueva LJCA para introducir en su articulado un procedimiento especial relativo a la rectificación del censo, al que habría de remitir el artículo 40 LOREG luego de la correspondiente modificación de su enunciado.

Impuesta la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Primera Instancia, no se especifica si los trámites a seguir son los propios del procedimiento civil o si ha de guiarse por los del contencioso-admini-

⁴² FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO: *Ley electoral y garantías judiciales*, ob. cit., pág. 27; también, F. DELGADO RODRÍGUEZ: «Algunos aspectos de la legislación electoral», *Derecho Electoral. Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1993, pág. 496; y Jorge LOZANO MIRALLES: *Los recursos en materia electoral, Formas de gobierno y sistemas electorales*, Universidad de Jaén/Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 405.

nistrativo. El silencio pudiera entenderse en el sentido de que el Juez ha de actuar según los trámites del proceso civil ordinario, si bien con las especialidades previstas en el propio artículo 40: un plazo de cinco días para dictar sentencia, que agota la vía judicial ⁴³.

No obstante, es posible una interpretación diferente en virtud de la cual la comentada atribución jurisdiccional a los Jueces civiles no altera la naturaleza del procedimiento, que sigue siendo contencioso-administrativo y, por consiguiente, ha de resolverse de acuerdo con lo previsto en la LJCA, pues «en todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia contencioso-electoral será de aplicación la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.» (art. 116.2 LOREG) ⁴⁴.

Entendemos que esta segunda interpretación guarda mayor coherencia con el objeto propio de este proceso electoral, en el que la controversia tiene una innegable impronta administrativa –no olvidemos que se trata de resolver sobre las inclusiones o exclusiones indebidas en el censo–, cuya naturaleza no resulta desvirtuada por el hecho de que el Juez competente sea del orden civil, a lo que hay que añadir el dato indiscutible de la mencionada remisión de la propia LOREG a la aplicación supletoria en todo lo no regulado de manera expresa en su articulado a la LJCA, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional, por mandato del artículo 117.3 de nuestro texto constitucional ha de verificarse «según las normas de competencia y procedimiento» que las leyes establezcan. La Ley Electoral como norma de competencia remite a la jurisdicción civil y como norma de procedimiento al contencioso-administrativo.

B) El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Una vez agotada la vía judicial, tanto fuera como dentro del proceso electoral, el individuo que no obtenga la reparación pretendida en su derecho de sufragio activo como consecuencia de una inclusión o exclusión indebidas en el censo, tiene abierta la vía del recurso de

⁴³ En este sentido se manifiesta Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «Las garantías del sufragio activo en España», *ob. cit.*, págs. 314 y 315; de la misma opinión, Cecilio SERENA VELLOSO: «Comentario al artículo 40 de la LOREG», *ob. cit.*, pág. 310.

⁴⁴ Defienden esta tesis Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: *Ley electoral y garantías judiciales*, *ob. cit.*, pág. 27; Miguel SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO: «Las garantías del derecho electoral», *ob. cit.*, pág. 105, y Ángela FIGUERUELO BURRIEZA: «Los recursos constitucionales del procedimiento electoral», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, 1991, págs. 107 y sigs.; en especial, pág. 120.

amparo. La LOREG no dispone nada de manera expresa en esta materia, pero tampoco existe necesidad alguna de que lo haga, pues la existencia, o no, de este instrumento de protección del derecho fundamental no es algo que quede a disposición del legislador, sino que viene impuesta por el propio texto constitucional.

Lo que sí podía, y debía, haber hecho el legislador electoral era regular un procedimiento específico de amparo para tutelar la lesión del derecho derivada del comportamiento activo u omisivo de la Oficina del Censo Electoral, del mismo modo que ha previsto un «recurso contencioso-electoral» para impugnar «los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.» (art. 109 LOREG).

De manera previa, se contempla la existencia del recurso de amparo frente a la proclamación de candidaturas y candidatos, cuya especialidad radica en que «el amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes.» (art. 49.4).

Puesto que las impugnaciones relativas a la rectificación del censo no encajan en ninguno de los dos supuestos que se acaban de mencionar, su tramitación se desarrollará según el procedimiento general que, en este caso, será el del artículo 43 de la LOTC. El propio intérprete supremo de la Constitución ha dicho a este respecto (STC 154/1998) que:

«3. resulta perfectamente congruente con la protección especial que la Constitución dispensa al derecho fundamental proclamado en su art. 23.1, que el art. 38.4 de la vigente Ley Orgánica electoral disponga la aplicación del procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 C.E. a los recursos jurisdiccionales que se deduzcan frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral, fuera del período electoral, en materia de listas electorales. Y que quepa también, por la vía configurada en el art. 43 de la LOTC, recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas, del mismo modo que respecto al sufragio pasivo aparece expresamente previsto en el art. 49 de aquella Ley Orgánica electoral.».

En este fundamento jurídico el Tribunal hace una afirmación poco afortunada, pues, como se acaba de constatar, no es cierto que el recurso de amparo frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral se desarrolle «del mismo modo» que el recurso previsto de manera expresa en el artículo 49 de la LOREG.

Por último, no hace falta extenderse mucho para poner de relieve la total inoperancia de este recurso si lo que se pretende es la rectificación del censo en el curso de un proceso electoral en marcha, pues no existe tiempo material para que el Alto Tribunal examine y, en su caso, estime el recurso planteado. Es más, teniendo en cuenta los plazos que el Tribunal emplea normalmente para resolver los recursos de amparo puede ocurrir que la estimación de uno de ellos sea extemporánea incluso si se tramita fuera del proceso electoral. En definitiva, resulta sorprendente y censurable que, a diferencia de lo que ha sucedido con el derecho de sufragio pasivo, haya quedado desprotegido de hecho el ejercicio del sufragio activo.

5. Las garantías en caso de privación del derecho de sufragio activo

Con la fijación de la mayoría de edad a los 18 años se establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad intelectual necesaria para participar de manera activa en los asuntos políticos del Estado, con lo que se excluye la posibilidad de imponer un sufragio capacitario. Por debajo de esa edad la presunción es la contraria, aunque no tiene por qué tener un carácter *iuris et de iure ex constitutione*, por lo que el legislador electoral podría presuponer la capacidad a una edad inferior.

Una vez alcanzada la edad mínima para el ejercicio del derecho de voto, únicamente se puede excluir a las personas que carezcan de las condiciones intelectivas necesarias para que su intervención sea expresión de una voluntad con capacidad reflexiva y de discernimiento. Esta exclusión procede cuando ha quedado desvirtuada la presunción que se deriva del cumplimiento de la edad y ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento judicial especial en el que se constate de manera expresa la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

La capacidad para autodeterminarse políticamente, fruto de la posibilidad de comprender las diferentes opciones políticas y de discriminar entre ellas las que se consideran preferibles para la orientación política de la comunidad, es, pues, una exigencia inherente a la participación y, por este motivo, la ausencia de esa capacidad es un límite lógico de ese derecho, derivado de la necesidad de preservar su propia idiosincrasia, pues si la intervención política no es expresión de la libertad del individuo, no hay una participación democrática auténtica.

Por esta misma razón carecía de coherencia y, lo que es más importante, menoscababa el carácter participativo del sufragio, la pri-

vacación del mismo como consecuencia de una pena accesoria a una de privación de libertad. El que cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeterminarse políticamente y desde luego no parece que la privación del sufragio activo sea compatible con el mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución ⁴⁵. Por otra parte ni apelando a razones técnicas se puede justificar que los reclusos no puedan votar, pues es un problema fácilmente solucionable a través del voto por correo.

La pena de privación del derecho de sufragio activo ha desaparecido como consecuencia de la supresión de esa sanción penal. Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se podía producir bien por razón de una inhabilitación absoluta (art. 35), una inhabilitación especial (art. 37) o una suspensión (art. 39). La primera y la tercera eran penas accesorias a las de privación de libertad, mientras que la segunda era una penas específica ⁴⁶. En todos los casos tenía que llevarse a cabo a través de una sentencia judicial que hubiese adquirido firmeza, requisito que actuaba como garantía para el titular

⁴⁵ «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.»

⁴⁶ De acuerdo con la STC 154/1993, de 3 de mayo, «es evidente que la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio prevista en el art. 36 del Código Penal hay que ponerla en relación con la inhabilitación para el ejercicio del cargo del art. 37, y en ese sentido debe alcanzar exclusivamente a los procesos electorales para los que ha sido inhabilitado, así como para los de los cargos que, en los términos del art. 38, realicen “funciones análogas”, sin extender la eficacia de esta medida restrictiva de derechos fundamentales a otros cargos electivos que por su ámbito territorial y naturaleza de sus funciones no pueden ser considerados “análogos” a los del objeto de la inhabilitación especial. Ahora bien, la diferente naturaleza de los cargos de Concejal y Parlamentario autonómico a efectos de determinar el alcance de una inhabilitación ha sido ya establecida por las tantas veces citada STC 80/1987, y por ello, en la medida en que la Sentencia que condenó al recurrente no contiene ningún pronunciamiento expreso en relación a la inhabilitación para el ejercicio de cargos de representación a nivel regional, ni éstos pueden ser considerados “análogos”, la Sentencia impugnada supone objetivamente una indebida ampliación de un fallo restrictivo de derechos fundamentales y como tal inaceptable y vulnerador del art. 23 de la C.E., ya que la inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo debe ser entendida exclusivamente para el cargo objeto de la misma o para aquellos otros que razonablemente puedan ser considerados análogos, pero no alcanza a procesos electorales de ámbito y naturaleza distintos.» (fj. 3.º).

del derecho pues mientras la resolución no fuese firme se podía continuar ejerciéndolo.

En la Disposición Derogatoria del Código Penal de 1995 se derogan de manera expresa los términos «activo y» del artículo 137 de la LOREG («Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo.»). Habrá que entender también derogada la letra a) del artículo 3 («Carecen de derecho de sufragio: los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento»), ya que tal pena no existe ⁴⁷.

Con la desaparición de esta pena en el nuevo Código Penal, que únicamente prevé la privación del sufragio pasivo, las circunstancias negativas que impiden el voto tienen plena coherencia con el principio que preside este derecho: la posibilidad de decidir con libertad como consecuencia de estar en posesión de las condiciones intelectivas necesarias para ello.

La Junta Electoral Central se había pronunciado, no sobre este particular, pero sí sobre el sufragio activo de los detenidos, concluyendo que «ha de arbitrarse el procedimiento específico que resulte conveniente en relación al ejercicio del derecho de sufragio activo de los detenidos en dependencias judiciales ponderando los aspectos jurídicos relativos a la posibilidad de ejercicio del citado derecho.» (Acuerdo de 17 de octubre de 1989). Esta línea argumentativa tendría que ser trasladada a la situación de los reclusos, para los que tendría que arbitrarse un procedimiento específico que haga posible el ejercicio del sufragio; el voto por correo podría ser la solución más sencilla. En este sentido, la Junta Electoral Central ha recordado que la legislación vigente no permite otra forma de ejercicio del derecho de sufragio por los internos en un centro penitenciario que la de emisión del voto por correo, salvo que el régimen penitenciario aplicable en cada caso les permita votar personalmente (Acuerdos de 22 de noviembre de 1978 y de 13 de abril de 1983) ⁴⁸.

⁴⁷ Véase al respecto el estudio de Laura POZUELO PÉREZ: *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998, págs. 14 y 15.

⁴⁸ En el Acuerdo de 15 de febrero de 2000, «Sobre la posibilidad de que los funcionarios de Correos que acudan a los centros penitenciarios admitan la acreditación de la identidad del interno mediante el Documento de Identidad Interior» se dice que siempre que en dicho Documento de Identidad Interior aparezca fotografía del titular, podrá admitirse como documento válido para acreditar la identidad del interno, a los efectos de solicitar el voto por correo.

Por lo que hace referencia a las otras circunstancias que impiden la emisión del sufragio, no se trata, como dice de manera errónea el artículo 3 de la LOREG, de que esas personas carezcan del derecho de sufragio, sino de su incapacidad para la emisión del voto. Dado que esta incapacidad afecta a un bien protegible por el Estado habrá de ser apreciada en un proceso judicial, bien sea de incapacitación o de internamiento en un hospital psiquiátrico, ya que, como declaran los artículos 199 y 211 del Código Civil, «nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley»; «el internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial.». En estos procesos «será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos» (art. 206 CC).

Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC) ⁴⁹. Por lo que a nosotros nos interesa, la incapacidad para el ejercicio del sufragio tiene que haber sido declarada de manera expresa («A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.» –art.3.2 LOREG–). No obstante, tal y como prevé el art. 212 del Código Civil, este pronunciamiento «... no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.».

A este respecto, la Junta Electoral Central ha reiterado que «no cabe privar del derecho de sufragio ni excluir de las listas del censo electoral sin la previa resolución judicial..., procediendo instar la citada resolución solamente a quienes, conforme al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, estén legitimados para ello» (Acuerdo de 27 de febrero de 1990). Dicho de otra manera, los internados en un hospital psiquiátrico tienen derecho de sufragio si no se encuentran legalmente

⁴⁹ Estima el Tribunal Supremo que hay que referir las deficiencias a «aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y, a veces, progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como habilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.» (STS de 31 de diciembre de 1991).

incapacitados conforme al procedimiento establecido en el artículo 199 y siguientes del Código Civil (Acuerdo de 5 de junio de 1991). Igualmente, los deficientes mentales tienen derecho de sufragio si no se encuentran legalmente incapacitados (Acuerdo de 21 de abril de 1983) ⁵⁰.

Los incapacitados de manera expresa para la emisión del voto podrán hacer valer las acciones para la garantía y defensa de su derecho de sufragio, pidiendo la rectificación en el Registro Civil y, si fuera necesario, en la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, de las circunstancias que afectan a su capacidad y que estas instituciones no hubiesen realizado de oficio (art. 37 LOREG) ⁵¹. Y es que, en lo que a la incapacidad se refiere, el propio incapacitado puede instar judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida (arts. 212 y 213 CC). Esta nueva declaración se anotará en el Registro Civil, trámite que no restituye al incapacitado en su capacidad electoral plena, sino que se limita a dar publicidad a esa circunstancia. La restitución de la capacidad se produce como consecuencia de la correspondiente resolución judicial.

Esta posibilidad de reclamar se fundamenta en el hecho de que los incapacitados para votar pueden ejercer parte del contenido de la participación política, dado que tienen la posibilidad de llevar a cabo las

⁵⁰ Según el Acuerdo de 21 de febrero de 2000, «Sobre la posibilidad de que una Oficina Móvil de Correos se desplace a las Residencias de Mayores no válidos a los efectos de que éstos puedan solicitar el voto por correo» se dice que la LOREG no impide la instalación de Oficinas de Correos en las Residencias de Mayores para cumplir las funciones que prevé el artículo 72 en relación con los enfermos e incapacitados, siempre que la medida se adopte en relación con todas las Residencias de Mayores.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 3 del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo, «1. Los encargados de los Registros Civiles comunicarán mensualmente a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral la información sobre las defunciones acaecidas... 2. Asimismo, en el mismo plazo, comunicarán a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral las variaciones acaecidas en las circunstancias siguientes: c) Declaraciones de incapacidad para ejercer el derecho de sufragio por sentencia judicial firme.». En esta línea, la Orden de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del censo electoral, dispone en su norma 4.^a que «[los encargados de los Registros Civiles]... comunicarán a las Delegaciones Provinciales, en los impresos que se establecerán en la respectiva Resolución, las circunstancias específicas a las que se refiere el apartado 2.^o del artículo 3.^o del Real Decreto 157/1996, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo. En concreto... las declaraciones de incapacidad para el derecho de sufragio en virtud de sentencia firme, o, en su caso, modificaciones de las mismas.».

acciones necesarias para garantizar en su momento la emisión del voto. Esto es lo que de manera expresa prevé la Ley Electoral cuando, a propósito de la formación y actualización del censo, dispone que «en la actualización correspondiente al primer mes del año se acompañarán además, en los términos previstos en el párrafo anterior, las altas, con la calificación de menor, de los residentes que cumplirán dieciocho años entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año siguiente.» (art. 35.2). Lo mismo ocurre con los mayores de edad que no pueden votar por incapacidad o internamiento en un hospital psiquiátrico: «los encargados del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunicarán a las Delegaciones Provinciales de las Oficinas del Censo Electoral, mensualmente y dentro de los plazos fijados por la Oficina del Censo Electoral, cualquier circunstancia, de orden civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el censo electoral, referida al mes anterior.» (art. 37).

La posibilidad de reclamar frente a las omisiones o a las inclusiones incorrectas en el censo electoral forma parte del contenido del sufragio, aunque no es, como resulta obvio, emisión del voto. Y el ejercicio de estas acciones pueden llevarlo a cabo los que no pueden votar por ser menores o por estar temporalmente incapacitados para ejercerlo.

Estas conclusiones tienen como premisa que la titularidad de este derecho no es privativa de los mayores de edad que no estén afectados por una causa de incapacidad de las previstas en la Ley Electoral; también los menores y los incapaces son titulares del derecho, aunque no pueden desarrollar la facultad por excelencia que confiere: emitir el voto, pero sí pueden, como se acaba de comprobar, ejercer otras facultades contenidas en el derecho, como la de exigir la inscripción o rectificación en el censo. Por este motivo no es correcta la dicción del artículo 3 de la LOREG, donde se empieza afirmando que «carecen del derecho de sufragio: ..., los declarados incapaces..., los internados en un hospital psiquiátrico...».

No se trata de un problema de carencia del derecho de sufragio, sino de que no pueden votar. De hecho, en el mismo precepto se habla de las sentencias y autorizaciones judiciales que declaren «expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio»; es decir, esas personas no carecen del derecho sino que no pueden ejercer el voto por falta de capacidad intelectual. En la medida en que se alcance esa facultad de decisión, lo que en el caso del menor sucederá con el mero transcurso del tiempo y en el del incapaz cuando, en su caso, desaparezcan las causas que lo inhabilitan, se podrá participar a través de la emisión del voto.