

EL RÉGIMEN DE VOTACIÓN DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES Y SUS GARANTÍAS, EN PARTICULAR LA PENAL¹

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia
lgalvez@um.es

PEDRO ÁNGEL RUBIO LARA
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Murcia
parubio@um.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Normas y abusos en el voto de las personas especialmente vulnerables. 1. Consideraciones generales. 2. El «voto ordinario» de las personas con problemas de desplazamiento. 3. El «voto asistido» de los analfabetos y las personas que, por discapacidad, no pueden votar por sí mismas. 4. El «voto accesible» de las personas con discapacidad visual. 5. El voto «a distancia» de las personas que se encuentren en situación de enfermedad o de incapacidad para desplazarse. III. Garantías frente a los abusos. El protagonismo del derecho penal. 1. Garantías posibles. 2. La posición del Derecho penal. IV. Modalidades delictivas. 1. Premisa introductoria: la tutela penal de los delitos electorales. 2. Delitos previstos en la legislación electoral. 2.1. Delitos electorales realizados por funcionarios públicos. 2.2. Delitos electorales realizados por particulares. 3. El Código penal como legislación penal suplementaria. 3.1. Delitos activos. 3.2. Delitos omisivos. V. Observaciones conclusivas.

RESUMEN: En este trabajo se lleva a cabo el estudio jurídico multidisciplinar de uno de los temas más preocupantes de cara a la afirmación en nuestro país de los principios constitucionales del sufragio, en especial los de libertad y personalidad del mismo: los abusos en

1 Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación sobre «Revisión y mejora del Derecho Electoral» (Código SEJ 2005-09295/JURI), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y por los Fondos FEDER de la Unión Europea.

el voto de las personas especialmente vulnerables (invidentes, analfabetos, discapacitados manuales, discapacitados con problemas de desplazamiento, enfermos temporales, ancianos dependientes, personas con graves problemas psíquicos...). Se analiza el estado de la legislación, la forma en que pueden producirse los abusos y los instrumentos con que cuenta el ordenamiento jurídico para reaccionar frente a los mismos y atajar los conflictos que plantean, haciendo especial hincapié en la llamada garantía penal.

PALABRAS CLAVE: derecho de voto, elecciones, discapacidad, régimen electoral, votación, garantías electorales, delitos electorales, delitos contra personas especialmente vulnerables, responsabilidades por omisión en delitos electorales.

ABSTRACT: This multidisciplinary paper deals with one of the most worrying items about the reassertion of suffrage constitutional principles in our country, mainly those relating to freedom and personality: the abuses of specially vulnerable people's vote (blind, illiterate or handy-handicapped people; temporal patients, elderly people, patients with restricted mobility, insane people...). The study analyzes the state of the legislation, the way how those abuses can be produced and the legal instruments to react against them with special attention to penal guarantee.

KEY WORDS: suffrage right, elections, disability, suffrage law, vote, electoral guarantees, electoral crimes, crimes against specially vulnerable people, liabilities for omission in electoral crimes.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española, a semejanza de otros textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos, se ha preocupado de sentar las condiciones básicas a las que el sufragio debe responder. Éstas son muy fáciles de identificar, a la vista de los artículos 23.1, 68, 69, 140 y 152.1 de la Constitución: el sufragio ha de ser *universal, libre, igual, directo y secreto*².

El que el sufragio se configure así, y no de otra manera, es de la mayor importancia. Está en juego la pureza de las elecciones y con ello la legitimidad de los gobernantes y la autenticidad misma de la propia democracia. Hay que tener en cuenta que si fallan la universalidad, la personalidad, la libertad, la igualdad o el secreto del sufragio, falla también la regla de la mayoría, clave de la formación de la voluntad popular.

La realidad normativa y fáctica del ejercicio del derecho de voto por parte de las personas especialmente vulnerables pone de manifiesto, sin embargo, los muchos peligros a los que se enfrenta este esquema ideal. Son, ciertamente, muy numerosos

2 En relación con las condiciones o garantías básicas del sufragio vid. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., *El acto de confección del voto como momento decisivo de las elecciones. La necesidad de replantear su regulación a la luz de los principios constitucionales del sufragio*, en proceso de publicación.

y de muy diversa naturaleza, los hechos y actuaciones que pueden interferir en el proceso de confección y emisión del voto de estas personas.

Esta cuestión es, precisamente, la que, dada su importancia, va a ser tratada en el presente trabajo. Nos proponemos poner de manifiesto el estado de la legislación, la forma en que pueden producirse los abusos y los instrumentos con que cuenta el ordenamiento jurídico para reaccionar frente a los mismos y atajar los conflictos que plantean. Y lo vamos a hacer incidiendo de forma especial en la llamada garantía penal, *la garantía de las garantías*.

II. NORMAS Y ABUSOS EN EL VOTO DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

1. Consideraciones generales

Son muchas, como es fácilmente comprensible, las formas posibles de describir de modo resumido el régimen jurídico de la emisión del voto por parte de las personas especialmente vulnerables. De todas ellas nos hemos decantado por la que consiste en poner de relieve las que pueden ser consideradas como las grandes líneas directivas en esta materia.

Es ésta, sin embargo, una tarea sumamente complicada, dada la gran riqueza normativa existente en este ámbito. Nos encontramos, ciertamente, con normas muy variadas, pues, por un lado, el colectivo de las personas especialmente vulnerables es muy heterogéneo (invidentes, analfabetos, discapacitados manuales, discapacitados con problemas de desplazamiento, enfermos temporales, ancianos dependientes, personas con graves problemas psíquicos) y, por otro lado, hay que tener en cuenta que a estas personas les son aplicables no solo las normas dictadas específicamente para ellos, sino también el resto de las normas electorales, algunas de las cuales tienen a estas personas entre sus destinatarios principales.

Desde esta perspectiva, son cuatro los bloques normativos a considerar. A saber: primero, el «voto ordinario» de las personas con problemas de desplazamiento; segundo, el «voto asistido» de los analfabetos y las personas que, por discapacidad, no pueden votar por sí mismas; tercero, el «voto accesible» de las personas con discapacidad visual; y cuarto, el voto «a distancia» de las personas que se encuentren en situación de enfermedad o de incapacidad que les impide desplazarse a Correos. Pasemos a su estudio, si bien con la brevedad requerida por los fines de este trabajo³.

3 Para un examen más profundo de esta cuestión nos remitimos a GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., *El Derecho español ante el voto de los discapacitados y otras personas especialmente vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, en proceso de publicación.

2. El «voto ordinario» de las personas con problemas de desplazamiento

Existen en nuestro país, lo mismo que en todos los demás, numerosas personas (enfermos, ancianos, minusválidos físicos) que adolecen de graves problemas de movilidad. La heterogeneidad de este colectivo es elevada, pero, a los efectos de este trabajo, sus integrantes se pueden clasificar en dos grandes grupos: por un lado, están las personas que tienen dificultades para desplazarse a determinado lugar por no disponer o no poder valerse de un medio de transporte adecuado que supla el problema de desplazamiento que padecen o, teniéndolo, no saber dónde dejarlo⁴; y, por otro lado, nos encontramos con todos aquellos ciudadanos que no tienen problemas para llegar a un sitio, pero sí, en cambio, para acceder a su interior, por no disponer dicho sitio de las instalaciones adecuadas que les franquee el paso.

La pregunta que se plantea en relación con este colectivo de ciudadanos es la de determinar la normativa que regula la accesibilidad a los colegios electorales y, en su caso, a las oficinas de correos. Dicho de otra forma, se trata de saber qué normas específicas existen en nuestro Derecho para facilitar a cualquier ciudadano y, en particular, a las personas en situación de minusvalía funcional, el acceso a los colegios electorales y oficinas postales y que puedan, así, utilizar los procedimientos ordinarios de votación, ya directo o presencial, ya a distancia.

Las normas dictadas en este terreno no son muchas, como cabía esperar de una legislación tan apegada a la tradición como la española, aunque algo se ha avanzado últimamente. En concreto, son tres las normas que hay que tener en cuenta. Las mencionamos, siguiendo el orden de mayor a menor grado de proximidad al problema de la minusvalía:

- a) Primera: Los locales que se elijan para ubicar las Mesas Electorales «deben ser accesibles a las personas con limitaciones de movilidad» (artículo 1 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales). Conviene poner de manifiesto que, conforme al artículo 24 de la LOREG, la competencia para determinar estos locales corresponde a las Delegaciones Provinciales de la OCE, previa audiencia de los Ayuntamientos, y que contra la delimitación efectuada por dichas Delegaciones los electores pueden interponer reclamaciones ante las Juntas Electorales Provinciales⁵, que

4 Son muchos los casos en que el problema para el minusválido no es el de carecer de medio de transporte para llegar al colegio electoral, sino el de su utilización en determinadas zonas de la ciudad y el de su aparcamiento en las proximidades del colegio electoral.

5 La legitimación para recurrir corresponde únicamente a los electores y no a los Ayuntamientos. Vid. los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 26 de abril de 1993 y 5 de mayo de 1995.

deben resolverlas «en firme», esto es, sin posibilidad de recurso, en un plazo de cinco días⁶.

- b) Segunda disposición: La entrada al local debe conservarse siempre «libre y accesible para las personas que tienen derecho a entrar en él», imponiéndose al Presidente la obligación específica de velar por ello (artículo 91.2 LOREG). Se trata con ello de proteger el primer derecho que cabe reconocer al elector que acude a votar a su colegio electoral: poder acceder al mismo con facilidad⁷. Esta norma tiene, como es fácilmente observable, carácter general, pero no cabe duda de que sus principales beneficiarios son los discapacitados físicos, pues en la misma se encuentra implícita la obligación del Presidente de la Mesa Electoral de adoptar las medidas que considere oportunas para franquearles el acceso.
- c) Tercera norma: Está prohibido formar grupos «susceptibles de entorpecer, de cualquier manera que sea, el acceso a los locales», estando el Presidente de la Mesa obligado a tomar a este respecto «todas las medidas que estime convenientes» (artículo 93 LOREG, segunda parte). La fórmula empleada no puede ser más amplia y resultaría vano todo intento de describir el ámbito de aplicación. Basta tener en cuenta ahora que su aplicación a los minusválidos vendrá determinada, en la práctica totalidad de los casos, por las aglomeraciones casuales que se puedan producir a la entrada de los colegios.

Como se ve fácilmente, todas estas medidas hacen referencia al acceso de los electores a los locales electorales, quedando sin regulación específica alguna la cuestión de la accesibilidad a las oficinas de Correos a fin de cursar la solicitud de voto postal, laguna que alguna vez se ha intentado solventar, aunque sin éxito⁸. Además,

6 La Junta Electoral Central ha confirmado la imposibilidad de recurso ante la Junta Electoral Central contra los acuerdos de las Juntas Electorales Provinciales que resuelven reclamaciones presentadas por los electores. Vid. los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 23 de mayo de 1989, 17 de mayo de 1995, 9 de octubre de 1997 y 13 de mayo de 1999.

7 Durante la transición la Orden de 9 de mayo de 1977, por la que se determinan las características o disposición interior que deben adoptar los locales donde se verifique la votación de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, estableció en su artículo 2 una medida de interés en el punto que ahora estudiamos: «Se prohibirá el estacionamiento de vehículos frente a las puertas de los edificios en que se instalen los locales electorales, y se adoptarán las medidas convenientes para la adecuada regulación del tráfico en sus inmediaciones». Esta disposición desarrollaba el artículo 58.2 del Real Decreto Ley 20/1977, sobre normas electorales, que era muy parecido al actual artículo 91.1 de la LOREG.

8 Vid., por ejemplo, la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la VII Legislatura en relación con «mejora de la accesibilidad de los procesos electorales para las personas con discapacidad» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 580, de 8 de septiembre de 2003, págs. 20-21). No obstante, Correos, como ha reconocido la Junta Electoral Central, siempre tiene la posibilidad de constituir las oficinas postales específicas que considere convenientes al objeto de facilitar el ejercicio del derecho de sufragio por parte de determi-

son aplicables únicamente al grupo de las personas que tienen problemas para acceder a los locales electorales y no a las personas cuyo problema es el de llegar a la puerta de los mismos.

La única norma que podría aplicarse a este último grupo, y forzando mucho las cosas, es la primera citada, es decir, el artículo 1 del Real Decreto 605/1999, y únicamente a los efectos de facilitar el aparcamiento de estas personas. En este terreno nos encontramos, más bien, con la posibilidad de adopción de medidas voluntarias por parte de los poderes públicos y otras entidades –por ejemplo, Cruz Roja–, como poner coches, ambulancias o autobuses adaptados a disposición del discapacitado que solicite ser trasladado al colegio electoral, a fin de ejercer su derecho de sufragio.

3. El «voto asistido» de los analfabetos y las personas que, por discapacidad, no pueden votar por sí mismas

Nuestro Derecho electoral, como el de la práctica totalidad de los países de nuestro entorno⁹, contiene un régimen específico de votación para las personas analfabetas y las que tengan problemas físicos graves para votar por sí mismas, ya sea por problemas de visión, ya de movilidad en las manos, cualquiera que sea su causa. Con su establecimiento se da también continuidad a una larga tradición histórica, cuyo origen se remonta al Real Decreto de 24 de mayo de 1836 para la elección de Procuradores a las Cortes Generales del Reino¹⁰.

Este régimen específico de votación se encuentra recogido en el artículo 87.1 de la LOREG, de muy reciente y mínima reforma¹¹. Su texto dice así:

nados colectivos de personas; en concreto, todos aquellos que, por el motivo que sea, tengan dificultades para hacer uso de la red ordinaria de oficinas de Correos: enfermos en hospitales, presos, ancianos en residencias, etc. (Vid. los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 13 de mayo de 1991, 17 de junio de 1993, 2 de junio de 1994, 17 de mayo de 1995, 20 de febrero de 1996, 21 de febrero de 2000, 13 de mayo de 2003 y 19 de mayo de 2003).

9 Es el caso de Alemania, Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Reino Unido, Suiza...

10 Se trata del párrafo segundo del artículo 20 del Real Decreto de 24 de mayo de 1836 para la elección de Procuradores a las Cortes Generales del Reino: «el elector que por cualquier causa se halle imposibilitado de escribir su voto, podrá valerse de otro elector para que se lo escriba».

11 La reforma se hizo por medio de la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, de modificación de la LOREG, que tan solo afectó a tres artículos (24.1, 74 y 87) y la Disposición adicional primera, apartado 2. La modificación del artículo 87.1 ha consistido en sustituir el término «defecto físico» por el de «discapacidad», de factura más moderna y más conforme con la corriente actual de lo políticamente correcto.

«Los electores que no sepan leer o que, por discapacidad, 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».

El examen de este artículo pone de relieve que el voto de las personas analfabetas o que tengan problemas físicos graves de visión o de movilidad en las manos, presenta una única especialidad respecto del conjunto del procedimiento ordinario de votación¹². Esta especialidad consiste en que este tipo de electores se sirven de una persona de su confianza para confeccionar el voto y para entregarlo al Presidente de la Mesa Electoral en orden a que éste proceda a su inmediata introducción en la urna. Son dos, pues, las operaciones electorales en que el tercero presta asistencia a este tipo de electores: la confección del voto y la posterior entrega del mismo.

Esta especialidad explica que el voto de estas personas se conozca también con la denominación de «voto asistido»¹³. Con ello se pone de manifiesto que el auxilio o asistencia que un ciudadano presta a otro que está imposibilitado de realizar por sí mismo determinadas operaciones electorales es lo que lo singulariza respecto del procedimiento ordinario de votación.

La singularidad del régimen de votación de las personas analfabetas o que tengan problemas físicos graves de visión o de movilidad en las manos se reduce, pues, a un único punto, aunque hay que tener en cuenta que el mismo es sumamente importante y polémico. Se ponen en juego, nada más y nada menos, que la integridad de algunos de los principios básicos del sufragio.

La asistencia que un tercero presta al elector en orden a confeccionar el voto supone, ante todo, excepcionar dos principios o garantías básicas del sufragio: el principio de personalidad del voto, que exige la confección del voto por su titular; y el principio de secreto del sufragio, que asegura la privacidad de la elección del elector.

Es importante tener en cuenta que la vulneración de estos principios no se agota en sí misma, sino que se extiende también a los principios y valores que se protegen con ellos. Así, en el caso del principio de personalidad del voto resulta afectado el principio general de autenticidad del mismo, insito en el propio concepto de sufragio,

12 No consideramos que constituya una especialidad independiente la previsión del artículo 91.3 de la LOREG de que el acompañante del elector tenga derecho a entrar en el local electoral, aunque no sea elector de la sección electoral en que se halla la Mesa Electoral donde le corresponde votar. Entendemos que forma parte de la única especialidad, consistente en la asistencia al elector por parte de una persona de confianza.

13 Algunas veces se utiliza también la denominación de «voto por persona de confianza» (por ejemplo, ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 165), aunque creemos que esta fórmula no es aconsejable, pues puede inducir a confusión con el procedimiento de voto por procurador.

en la medida en que existe el riesgo de que la voluntad del elector pueda ser sustituida o alterada por el asistente¹⁴; y en el supuesto del principio de secreto del voto lo que resulta afectado es la libertad del elector y, por supuesto, su intimidad.

El objetivo que se persigue con el establecimiento de este procedimiento específico de votación es, sin embargo, de la mayor relevancia: se trata de contribuir a la realización del principio de universalidad del sufragio, que constituye la base y hasta el alma misma del sistema democrático de nuestros días. Se puede decir que la regulación del voto asistido permite a los analfabetos y a las personas con problemas físicos para confeccionar y entregar su voto participar de manera efectiva en el proceso electoral, participación que resultaría imposible siguiendo los actuales mecanismos del procedimiento ordinario de votación directa.

Por último, y en otro orden de ideas, conviene puntualizar un extremo. Se trata de poner de relieve que los discapacitados psíquicos y las personas dependientes de otras quedan fuera del procedimiento del voto asistido regulado en el artículo 87.1 de la LOREG, pues ni unos ni otros cumplen de ningún modo las condiciones requeridas para ello. Estos sujetos pueden acercarse al colegio electoral el día de las elecciones y votar si no se encuentran legalmente incapacitados y privados por la propia sentencia de incapacitación del derecho de sufragio¹⁵, pero han de seguir de forma

14 No será lo corriente, pues el asistente debe ser, como sabemos, «una persona de confianza», pero el riesgo existe. Basta con pensar que en muchos casos la «persona de confianza» que ayuda al minusválido en la realización de las operaciones electorales es, simplemente, la persona que le cuida o que está a cargo de él y que es este hecho, y no tanto la confianza en su lealtad, lo que determina que se convierta en el asistente del elector para el ejercicio del voto. No estamos diciendo, por otra parte, que estos minusválidos no tengan o puedan tener una persona que goce de su absoluta confianza, sino que es posible que, teniéndola, ésta no se halle disponible el día de las elecciones por el motivo que sea –estar ocupada ese día, enferma, hallarse en otra localidad– y que entonces, a fin de poder ejercer su sufragio, tengan que servirse de otra persona que les merece menos confianza.

15 Del derecho de sufragio de los incapacitados se ocupa el artículo 3 de la LOREG. El apartado primero dice que «carecen de derecho de sufragio... b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio». El apartado segundo añade una medida de control: «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 de sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente». La Junta Electoral Central, por su parte, ha declarado la imposibilidad de impedir el ejercicio del derecho de sufragio de los disminuidos psíquicos si no se encuentran legalmente incapacitados y privados por la propia sentencia de incapacitación del derecho de sufragio (Acuerdos de 5 de mayo de 1977, 21 de abril de 1983, 27 de febrero de 1990 y 5 de junio de 1991 y 3 de junio de 2003). En relación con este tema vid. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., *El Derecho español...*, op. cit.; y José L. GUTIÉRREZ CALLES, «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, 345 y ss.

plena el procedimiento ordinario de votación. Han de confeccionar, por tanto, el sufragio por sí mismos, sin auxilio de nadie, como ha tenido que reconocer en alguna ocasión la Junta Electoral Central¹⁶.

Esta puntualización puede parecer obvia y, por tanto, innecesaria, pero hemos considerado conveniente hacerla a la vista de la práctica electoral. Su examen pone de manifiesto el riesgo evidente de que el voto asistido se extienda en muchas ocasiones a estos sujetos, con la agravante, además, de que no es realmente la voluntad del elector la que se expresa, sino la de un tercero, sea su cuidador u otra persona con dominio efectivo sobre ella.

Esta práctica, denunciada en algunas ocasiones ante las juntas electorales y los tribunales de justicia, aunque sin mucho éxito, nos parece muy grave¹⁷. No solo es contraria al artículo 87.1 de la LOREG, sino que, además, lesiona gran parte de los principios básicos del sufragio reconocidos en la Constitución y otros preceptos de la LOREG: personalidad, libertad, secreto e igualdad. Su erradicación es, sin embargo, muy complicada, pues exige medidas de carácter general en el procedimiento ordinario, como conseguir que las papeletas de votación solo estuvieran disponibles en los colegios electorales el día de la votación, el uso obligatorio de la cabina de votación para todos los electores y la ubicación de las papeletas electorales dentro de la cabina y no fuera de ella.

4. El «voto accesible» de las personas con discapacidad visual

España cuenta, desde hace muy poco, con un procedimiento de voto accesible para las personas con discapacidad visual¹⁸. Su regulación se encuentra en el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, que ha sido desarrollado por la Orden del Ministerio del Interior 3817/2007, de 21 de diciembre¹⁹.

Se trata de un procedimiento que se ubica en el terreno del voto directo o presencial y que cabe delimitar por los tres factores siguientes: su complementariedad con el procedimiento del voto asistido regulado en el artículo 87.1 de la LOREG, de

16 Vid. el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 5 de junio de 1991.

17 Vid., por ejemplo, el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 22 de junio de 1999; y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de junio de 2003.

18 Se le llama así porque se basa en la puesta a disposición de estas personas de determinada documentación en braille, cuya consulta les va a permitir identificar de forma autónoma la papeleta y el sobre de votación.

19 Vid. también la norma habilitante, que es el artículo 87.2 de la LOREG, introducido tras la última modificación de la misma, la operada por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, y en el que se ordena al Gobierno que regule un procedimiento de votación específico «para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizado el secreto del voto».

tal forma que los ciegos y discapacitados visuales siempre tiene la posibilidad de optar entre uno y otro procedimiento, según sea su deseo²⁰; solo lo pueden utilizar las personas que conozcan el sistema de lecto-escritura braille y tengan, al propio tiempo, reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33% o estar afiliado a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)²¹; y, por último, se aplica a todas las elecciones y referendos, salvo a las elecciones locales, cuya exclusión se basa en motivos puramente organizativos²².

El examen del articulado del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, pone de manifiesto la existencia de diversas especialidades en el procedimiento de voto accesible respecto del procedimiento ordinario de votación. Son tres, y las tres tienen lugar en relación con el acto de la confección del voto, aunque afectan, lógicamente, a aspectos distintos del mismo. Veamos:

a) La más importante es la que hace referencia a la forma de confeccionar el voto. Consiste en la utilización personalizada del lenguaje braille: los invidentes van a utilizar las mismas papeletas y sobres de votación que los demás ciudadanos, pero a ellos se les proporciona, además, una documentación complementaria en braille, cuya consulta les va a permitir confeccionar el voto por sí mismos, sin necesitar la colaboración de una tercera persona²³.

El Real Decreto regulador no detalla el modo concreto que han de seguir los invidentes a la hora de confeccionar el voto, aunque, a la luz del examen de la regulación de la documentación que se pone a su disposición²⁴, no es difícil deducirlo:

- En las elecciones mediante selección de papeleta y en los referendos el elector deberá escoger el sobre con indicaciones en tinta y en braille referido a la opción política que desee; a continuación, debe extraer de su interior la papeleta normalizada que contenga; finalmente, ha de introducir esta papeleta dentro de un sobre de votación normalizado, que será el que entregue al Presidente de la Mesa Electoral.
- En las elecciones al Senado, con papeleta única, el elector debe, en primer lugar, identificar a los candidatos a los que pretenda otorgar su voto; acto seguido, y haciendo uso de la plantilla de votación colocada sobre la papeleta normalizada, marcar con una X dentro de las ventanas correspondientes.

20 Vid. el artículo 1.2 del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

21 Vid. el artículo 3 del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

22 Vid. el artículo 2 del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

23 Con ello se da cumplimiento a la exigencia del artículo 87.2 de la LOREG de que el Gobierno regule «un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto».

24 Vid. los artículos 4.3 y 5.3 del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

- b) La segunda especialidad se refiere al modo de obtener la documentación precisa para votar; y es que los invidentes, en este procedimiento, no pueden recibir de los partidos políticos dicha documentación electoral con carácter previo a la votación, ni tampoco van a poder encontrarse la misma en la cabina de votación o en las mesas auxiliares. La única posibilidad que tienen de recibirla es por medio del Presidente de la Mesa Electoral, a quien deben dirigirse el día de las elecciones tras haber hecho días antes la oportuna solicitud al Ministerio del Interior²⁵.
- c) La tercera y última especialidad del procedimiento de voto asistido afecta al lugar en que puede tener lugar la confección del voto. Las personas con discapacidad visual disponen de un sitio específico para confeccionar su voto, en la medida en que el Real Decreto 1612/2007 ha previsto en su artículo 7 la existencia en los locales electorales de un espacio accesible y reservado para la manipulación de la documentación por parte de estas personas²⁶.

5. El voto «a distancia» de las personas que se encuentren en situación de enfermedad o de incapacidad para desplazarse

El procedimiento especial de votación a distancia para los ciudadanos que se encuentren en situación de enfermedad o incapacidad que les impida formular personalmente la solicitud del certificado de inscripción en el censo se encuentra regulado en los artículos 72.c y 73.2 de la LOREG, reformados ampliamente en 1992, así como en el artículo 8 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales²⁷, y en el artículo del mismo número (el

25 El motivo de ello es, sin duda, evitar posibles fraudes y ahorra gastos, por lo que está plenamente justificado. Ahora bien, lo que no tiene ninguna justificación es el plazo tan reducido que se ha establecido para que el elector curse al Ministerio la solicitud de que se le reserve la documentación en el colegio electoral. El Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, ha fijado como fecha inicial el mismo día de la convocatoria de las elecciones o referéndum y como fecha final el día vigésimo séptimo posterior a dicha convocatoria (artículo 3.3).

26 El Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, ha previsto también la obligación del Presidente de la Mesa Electoral de indicar al elector cual es el espacio del local electoral habilitado para este menester, una vez que el usuario del procedimiento se ha presentado ante él a recoger la documentación (artículo 6, párrafo 2º). Al Presidente no puede exigírsele, sin embargo, un papel protagonista en este terreno, pues, en principio, debe limitarse a trasladar las indicaciones que a él le ha dado la Administración.

27 La regulación contenida en el artículo 8 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, sustituye a la del artículo 9 del Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, por el que se dictan normas reguladoras de los procesos electorales (BOE núm. 92/1991, de 17 de abril), igual que ésta sustituyó a la del Real Decreto 1733/1985, de 24 de septiembre, sobre solicitud del voto por correo en caso de enfermedad o incapacidad que impida formularla personalmente (BOE 233/1985, de 28 de septiembre).

8) del Real Decreto 1954/1982, de 30 de julio, por el que se aprueba el Anexo cuarto del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, relativo al ejercicio de la fé pública en materia electoral²⁸.

El procedimiento que comentamos presenta dos únicas especialidades. La primera es que la presentación en Correos de la solicitud de certificación de la inscripción del elector en el censo no ha de efectuarla el propio elector sino otra persona en su nombre (artículo 72-c LOREG); la segunda supone que, en el caso de que el enfermo o imposibilitado no se encuentre en su domicilio en el momento en que el Servicio de Correos va a entregarle la documentación electoral enviada por la Delegación Provincial de la OCE, es el representante del elector y no éste el que ha de acudir a recogerla a la Oficina de Correos correspondiente (artículo 73.2 LOREG).

Las dos especialidades tienen lugar, como es posible observar, en los dos momentos en que debe producirse la conexión del elector con el Servicio de Correos: el de cursar la solicitud del certificado de inscripción en el censo y el de recibir la documentación para votar. Y las dos se caracterizan por utilizar la figura del «representante del elector» para subsanar la imposible o difícil personación de éste en las Oficinas de Correos.

La singularidad del procedimiento especial de los enfermos es, por tanto, muy reducida. Salvo en los dos puntos señalados, el resto del procedimiento sigue el mismo curso que el del procedimiento ordinario de votación a distancia. De hecho, una vez que el elector recibe la documentación electoral enviada por la Delegación Provincial de la OCE se suceden sin cambio alguno las diversas etapas del procedimiento ordinario que quedan por cubrir: emisión y envío del voto por el elector, tramitación del voto por Correos y materialización del sufragio por parte de la Mesa Electoral correspondiente²⁹.

Esto no significa, sin embargo, que este procedimiento especial carezca de interés alguno, pues hay que tener en cuenta que la implementación de las dos especialidades mencionadas requiere numerosas actuaciones, dada la necesidad de acreditar tanto la existencia de la enfermedad o incapacidad impeditiva de la formulación personal de la solicitud como de la misma representación que ostenta el apoderado³⁰. No basta, pues, con afirmar que se padece una enfermedad o que se es el

28 La redacción actual del artículo 8 del Anexo IV del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por el Real Decreto 1954/1982, de 30 de julio, relativo al ejercicio de la fé pública en materia electoral (BOE núm. 194/1982, de 14 de agosto), procede del Real Decreto 557/1993, de 16 de abril, sobre actuación notarial en el procedimiento de emisión del voto por correo (BOE núm. 92/1993, de 17 de abril de 1993).

29 Vid. los artículos 72 y 73 de la LOREG.

30 Obsérvese que un solo paso, la obtención del certificado de inscripción del elector en el censo, implica los siguientes trámites: el elector ha de llamar a un médico para que certifique su enfermedad o incapacidad; el médico debe acudir a su domicilio en la fecha en que se acuerde y realizar el recono-

representante del elector, sino que es preciso acreditarlo y ello requiere, evidentemente, numerosas actuaciones por parte del elector y de los poderes públicos. Si no se hiciera así, el fraude y la lesión de los principios de personalidad, libertad e igualdad del voto estarían, sin duda, asegurados.

Finalmente, es preciso indicar que las dos especialidades que configuran este procedimiento parecen razonables y guardan coherencia con el sentido del establecimiento del mismo, centrado en la dificultad o imposibilidad de desplazamiento a Correos por parte del elector. Ahora bien, lo que ya no parece tan razonable es que no exista control alguno sobre la posterior entrega de la documentación electoral al elector por parte del representante o sobre la emisión personal del voto por el elector.

Esta ausencia de control supone, a nuestro juicio, dar libre curso al voto representativo de estos electores, habida cuenta, por otra parte, la aplicación en este procedimiento de la posibilidad consagrada en el procedimiento ordinario de que el voto sea remitido por un tercero³¹. No serán pocos los casos en los que el representante del elector, con consentimiento expreso o tácito de éste, aproveche el estado de la legislación para emitir el voto en su lugar.

Aunque sólo sea por razones de mera comodidad el riesgo es real. Es mucho más rápido y sencillo acudir al voto representativo en estos casos: el representante recoge la documentación en Correos y, acto seguido, abre el sobre de envío, emite el voto y lo envía por correo certificado desde la misma oficina; si no lo hiciera así, tras recoger la documentación debería acudir al domicilio del elector para entregarle

cimiento pertinente; posteriormente, el elector tiene que solicitar la presencia de un notario para que autorice el apoderamiento; el notario debe acudir al domicilio del elector para desarrollar su labor; a continuación el representante del enfermo tiene que desplazarse a Correos para solicitar el certificado de inscripción en el censo; el Servicio de Correos debe trasladar toda la documentación a la Delegación Provincial de la OCE; esta Delegación debe examinar genéricamente la procedencia o no de la solicitud y comprobar la inscripción del elector en el censo; acto seguido debe remitir la documentación, antes de tramitarla, a la Junta Electoral Provincial; este órgano debe comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas por la Ley y cuando adopte una decisión sobre la tramitación debe comunicársela a la Delegación Provincial de la OCE y remitirle de nuevo la documentación; esta Delegación Provincial deberá enviar al elector la documentación necesaria para el voto por correo o bien notificarle la decisión contraria de la tramitación de la solicitud; el funcionario de Correos debe personarse en el domicilio del elector para hacerle entrega personal de la documentación electoral; finalmente, y para el caso de que el elector no se encuentre en su domicilio, el representante del elector deberá acercarse a Correos para recoger dicha documentación y entregársela al elector.

31 El artículo 73 de la LOREG, referente al procedimiento ordinario de votación a distancia, no exige, como ha confirmado la Junta Electoral Central, que el elector tenga que acudir personalmente a la Oficina de Correos a certificar el sobre de votación, de tal modo que es perfectamente posible que un allegado del elector pueda hacer esta gestión en su lugar. Vid. los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 21 de mayo de 1991, 24 de abril de 1995 y 10 de mayo de 1995.

la documentación recogida, esperar que el elector vote y luego volver a Correos a certificar el envío del voto³².

III. GARANTÍAS FRENTE A LOS ABUSOS. EL PROTAGONISMO DEL DERECHO PENAL

1. Garantías posibles

Los hechos y actuaciones abusivas y fraudulentas que hemos puesto de manifiesto no son, por supuesto, las únicas interferencias o distorsiones que pueden producirse en la confección del voto de las personas especialmente vulnerables. Es posible pensar en otras muchas, aunque parece que siempre mantendrán una relación más o menos directa con alguna de éstas.

Con independencia de ello, lo que importa señalar, por encima de todo, es la existencia de vías jurídicas generales de reacción frente a estas interferencias. El ordenamiento jurídico cuenta, en efecto, con varios mecanismos de carácter general para poner freno a estos abusos. Entre otros cabe citar:

- La tipificación penal de conductas antijurídicas –con el importante efecto preventivo que produce–.
- El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las juntas electorales y los tribunales de justicia³³.
- La posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa declare la invalidez de la votación en determinada Mesa Electoral³⁴.
- Las órdenes de cesación de determinada conducta que pueden emitir los Presidentes de Mesa y las Juntas Electorales³⁵.

32 Existen diversas formas de atajar, o al menos mitigar, este riesgo. Una muy sencilla de instrumentar, aunque con riesgo de ineffectividad, sería exigir al Servicio de Correos que continuara intentando la entrega personal de la documentación: en el caso de que alguien (el un familiar, un vecino) diere noticia detallada al cartero de que el elector ha cambiado de residencia, allí debería intentarse la entrega; y en el caso de que no hubiera señal alguna de traslado o de que se informara de que el elector iba a regresar posteriormente al domicilio el cartero debería volver en otro momento a hacer la entrega. La mejor, sin embargo, para asegurar la emisión personal del sufragio, sería la constitución de mesas electorales móviles que acudirían al domicilio de los enfermos o incapacitados a recoger sus votos.

33 Vid. el artículo 153 de la LOREG.

34 Vid. los artículos 109 y ss. de la LOREG.

35 La norma general que ampara esta actuación es el artículo 8 de la LOREG: «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». Hay que tener presente también normas específicas como, por ejemplo, el artículo 91.1 de la LOREG, según el cual: «El Presidente de la Mesa tiene dentro del local electoral autoridad exclusiva para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la ley».

- La posibilidad de modificación normativa por parte del Parlamento y el Gobierno.
- La actuación del Defensor del Pueblo.

Todos estos mecanismos generales de garantía tienen una extraordinaria importancia en la lucha contra los abusos en el voto de las personas especialmente vulnerables. No obstante, no es nuestra intención examinarlos todos ahora, puesto que si lo hiciéramos nos encontraríamos ante una peligrosa disyuntiva: o excederíamos en mucho el espacio de que disponemos para el presente trabajo; o tendríamos que realizar un examen mínimo y superficial de cada mecanismo.

Hemos preferido, por todo ello, profundizar en el examen del instrumento de garantía que nos parece de mayor relevancia: el penal. Vamos a examinar, por tanto, a continuación, el papel del Derecho Penal frente a los abusos en el voto de las personas especialmente vulnerables.

2. La posición del Derecho Penal

El Derecho penal interviene como «*última ratio*» para corregir los abusos que se puedan dar respecto del proceso de votación de las personas especialmente vulnerables, si bien resulta ser lo cierto que el legislador penal, no atento a la entidad de esta problemática, todavía no ha visto la conveniencia político-criminal de dar una respuesta punitiva adecuada y específica a la misma. Siendo esto así, el principio penal de intervención mínima aconseja que la intervención del «*ius puniendi*» del Estado, sólo se represente en aquellos supuestos más graves y que, en consecuencia, no puedan ser corregidos previamente por otros órdenes jurisdiccionales, distintos al penal. Por tanto, el Derecho penal se encargará de castigar aquellas conductas especialmente graves que atenten contra el derecho al voto que tienen las personas especialmente vulnerables³⁶.

En este mismo sentido, cuestión importante, antes que ninguna otra cosa, será la de decidir las conductas merecedoras de amparo penal, sobre todo atendiendo a la calidad de la víctima, al tratarse de una persona especialmente vulnerable y también por la posición de superioridad del sujeto activo del delito, que le permite llevar a cabo con mayor impunidad –si cabe– el hecho delictivo. Pero, dichas conductas no sólo hay que encontrarlas en los denominados delitos electorales, sino que también

36 Este principio explica que toda sanción ha de ser adecuada a la finalidad de tutela de un determinado bien jurídico, como es el libre ejercicio del derecho al voto. También se identifica con el principio de necesidad, pues únicamente los ataques más graves a los bienes jurídicos son merecedores de sanción penal y sólo ha de aplicarse el derecho penal cuando los demás medios resulten ser insuficientes (carácter subsidiario del Derecho penal).

han de ser ubicadas en cualquier otro delito o falta que, aun cuando no se encuentren recogidas específicamente como un delito electoral, sean realizadas con ocasión del ejercicio del derecho al voto; por lo que, estos supuestos tendrán solución en la Parte Especial del propio Código penal³⁷. Siendo esto así, podemos concluir que la política-criminal del legislador penal sobre el Derecho penal electoral no ha sido muy acertada, ni tampoco lo ha sido el tratamiento de determinados ilícitos que, o bien no se han considerado merecedores de reproche penal cuando debieran de haberlo sido o, simplemente, ni siquiera se han tratado las correspondientes agravaciones para determinados tipos delictivos, atendiendo al especial círculo de sujetos pasivos del delito, como pueden ser las personas especialmente vulnerables.

Al mismo tiempo, se ha de tener presente –como ya se avanzó–, que las víctimas son personas especialmente vulnerables y como tales se encuentran sometidas, bien a custodia o guarda, ya sea en centros públicos o privados, o bien se encuentran custodiados o asistidos en domicilios particulares o en su propia casa, por familiares o por empleados no familiares. Esta situación hará, sin duda alguna, especialmente difícil la práctica de la prueba, atendiendo tanto a la situación de desprotección de la víctima, como por la inexistencia de publicidad, dado el lugar de comisión de los delitos. En estos últimos casos, la relación del sujeto activo del delito y la víctima especialmente vulnerable está presidida por una relación de prestación de servicios marcada por una posición de dependencia fáctica de quien recibe estos servicios. Y, en cualquiera de los supuestos, nos encontraremos con situaciones de subordinación o dependencia de la víctima con el sujeto activo del delito. Ciertamente son imaginables situaciones de subordinación extrema entre sujeto activo y la víctima especialmente vulnerable, que resten libertad y la expongan a alguna clase de abusos³⁸. En todo caso, sería aconsejable que el legislador penal buscara agravar los tipos penales en atención a la calidad de la víctima, llegando a un tratamiento jurídico-penal diferencial entre sujetos pasivos³⁹. Sin duda, nos encontraríamos con conductas merecedoras de una severa respuesta penal. También sería convincente una respuesta político-criminal que justificase una tipificación específica, inexistente hoy día, a pesar de que no se trate de casos habituales.

Así, el fundamento de esta cualificación reside en la mayor vulnerabilidad de estas personas y las circunstancias de indefensión en que se encuentran por su condición

37 Resultará claro que se cometerán determinados delitos que, aun no siendo delitos electorales, se realicen con ocasión del ejercicio del derecho de voto, en cuyo caso se tendrá que acudir a la Parte Especial del Código penal, para ser tratados como cualquier otro delito, si bien no tendrá ninguna consideración especial que se hayan realizado con ocasión del derecho de voto, por lo que no gozarán de una protección especial.

38 Sin duda esta situación de dependencia-subordinación de la víctima supondrá un mayor injusto, sobre todo por conllevar un mayor desvalor de la acción.

39 Que sirva, pues, de propuesta de *lege ferenda* para el legislador penal.

de incapacidad. Para delimitar penalmente el término incapaz hay que acudir al concepto normativo que se define en el artículo 25 del C.P., señalando «a los efectos de este código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma». La persona del incapaz en nuestro Código penal fundamenta el injusto o bien lo cualifica agravando la pena. Como vemos, el Código penal aporta un concepto normativo de «incapaz», que no coincide con la definición del derecho civil y que no requiere para la especial protección que la persona haya sido declarada judicialmente incapaz, bastando con que de forma autónoma en el proceso penal quede acreditado que no podía gobernar por sí su persona y bienes.

Cuestión importante es la relativa a la aplicación de la agravante de discriminación por enfermedad o minusvalía que prevé el apartado 4 del artículo 22 del código penal, pues no deja de ser una forma de abuso, que bien pudiera darse respecto del ejercicio del derecho al voto⁴⁰. Estas son, entre otras, precisamente las situaciones en las que se encuentran las personas especialmente vulnerables. En igual sentido, perfectamente podrían ser aplicables a estos supuestos las agravantes de ejecutar el hecho con abuso de superioridad (art. 22. 2º del C.P.)⁴¹, ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa (art. 22.3º del C.P.)⁴², obrar con abuso de confianza (art. 22.6º del C.P.)⁴³ y la de prevalerse del carácter público que tenga el

40 Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, pues es requisito para apreciarla que la motivación sea la determinante para cometer el delito. No podrá ser comunicada a los partícipes en quienes no concurra.

41 Exige la concurrencia de los dos elementos siguientes:

- a) Que haya una situación de desequilibrio de fuerzas a favor del sujeto activo del delito frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia.
- b) Que esa superioridad suponga una disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas.
- c) Que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.
- d) Que esa superioridad no sea inherente al delito.

Así, las SSTS de 26 de febrero, 23 de marzo y 30 de noviembre de 1994, 7 de mayo de 1997 y 7 de octubre de 2003, como más significativas.

42 Esta circunstancia aumenta la culpabilidad del autor, pues se fundamenta en que el precio es el móvil del hecho. Puede tener un contenido económico o no tenerlo, tal como ocurre con la recompensa o promesa. Especialmente, ver la SSTS de 14 de septiembre de 1992.

43 Por significativas, ver las SSTS de 15 de diciembre de 1986 y de 28 de junio de 1989. Resultará necesario que exista una relación de confianza, que es lo que suele ocurrir en estos supuestos, en virtud de la cual, la víctima se coloca en una situación que hace más difícil su resistencia o expone sus bienes jurídicos a una más fácil vulneración para el autor.

culpable (art. 22.7º del C.P.)⁴⁴. Estas circunstancias favorecen la comisión del delito y suponen un mayor fundamento del injusto.

En último lugar, conviene analizar la eficacia del consentimiento en la víctima especialmente vulnerable, para los supuestos donde a través de las lesiones se llegue a vulnerar el derecho de voto de la persona especialmente vulnerable. Al respecto, habría que señalar dos cosas: que el consentimiento no será válido en las lesiones, si bien podría actuar como una atenuante y que en todo caso no será válido cuando sea emitido por un incapaz, que es precisamente una de las personas especialmente vulnerables (artículo 155 del Código penal)⁴⁵.

IV. MODALIDADES DELICTIVAS

1. Premisa introductoria: la tutela penal de los delitos electorales

La escueta regulación penal se inicia en el Capítulo VIII del Título I, que lleva por rúbrica «Delitos e infracciones electorales», dividiéndose en dos Secciones: la primera, que trata unas Disposiciones generales (artículos 135 a 138, ambos inclusive) y la segunda, que se encarga de tipificar algunos tipos delictivos concretos (artículos 139 a 150, ambos inclusive).

Las Disposiciones generales suponen una remisión al Código penal en todo lo que no se encuentre expresamente regulado en los delitos electorales que, como tendremos oportunidad de ver, lo será en la inmensa mayoría de las modalidades de conducta delictiva. También se remiten dichas disposiciones al Código penal para describir el concepto de funcionario público. En concreto, se señala en el artículo 135 de la L.O.R.E.G. que «a los efectos de este capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, 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».

Dicha remisión se inicia con lo previsto en el artículo 138 L.O.R.E.G. al señalar que «en todo lo que no se encuentre expresamente regulado en este capítulo se aplicará el código penal. También serán de aplicación, en todo caso, las disposiciones del capítulo primero, título primero, del Código penal a los delitos penados en

44 Se fundamenta en un mayor desvalor de la acción y por tanto de un mayor contenido del injusto que revela la autoridad inherente al cargo y que le coloca al autor en una posición de superioridad que facilita la comisión del delito. Se ha de tratar de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

45 Señala el artículo 155 del C.P. que «en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor o un incapaz».

esta ley». Y sigue añadiendo lo previsto en el artículo 136 de la L.O.R.E.G. al señalar que «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos». En este último sentido, se han de hacer dos precisiones:

- a) La Ley Orgánica de Régimen Electoral utiliza la regla 4º del artículo 8 del Código penal respecto del concurso aparente de normas penales, decidiendo la aplicación del principio de subsidiariedad impropia o alternatividad. De forma crítica, hemos de señalar que lo más oportuno habría sido acudir al principio de la especialidad que prevé el propio artículo 8, párrafo primero. De haber sido así, como en verdad correspondería, la ley especial prevalecería sobre la general, esto es, la ley que contempla más detalladamente, que recoge de forma más acabada, más específica y precisa el supuesto de hecho, ha de aplicarse con preferencia a la que lo contempla de forma más genérica. La consecuencia de esta deficiente regulación normativa es que, aún cuando exsta una norma más especial dentro de los delitos electorales, habrá que aplicar el Código penal si la conducta estuviese castigada en el mismo con mayor pena, cuando lo lógico sería que se atendiese a la especialidad de la materia electoral. Sirva esta sugerencia de propuesta de *lege ferenda* para nuestro legislador penal en orden a modificar este precepto en el sentido apuntado.
- b) Hay una incongruencia con respecto a las «faltas», pues no se han regulado en la tutela penal de la L.O.R.E.G. ningún tipo de faltas, por lo que lógicamente se han de remitir todas al Código penal necesariamente, no pudiéndose cumplir con lo preceptuado en el precepto.

No obstante, dentro de las Disposiciones generales se aportan dos normas penales de importancia para los delitos electorales, que son:

- a) La contenida en el artículo 135, apartado 2 de la L.O.R.E.G., donde se otorgan la consideración de documentos oficiales al Censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la ley encarguen su expedición.
- b) La aplicación de la pena de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo para quienes comentan algún delito electoral, conforme al artículo 137 de la L.O.R.E.G. además de la pena que corresponda. Este precepto debiera haber contemplado igual pena para los delitos que se realicen con ocasión del ejercicio de derechos electorales, aun cuando no estuviesen regulados en esta norma y hayan sido castigados con arreglo al código penal.

Será la Sección segunda la que describa los delitos electorales concretos, que deberán ser completados con los correlativos tipos penales del Código penal e, incluso, se valorará su aplicación o no en virtud de la entidad de la pena, tal como señala el artículo 136 de la L.O.R.E.G.

Por último, señalar que ni la legislación penal electoral, ni el propio Código penal se han ocupado de tipificar delitos específicos aplicables a las vulneraciones más graves que afecten al ejercicio del derecho de voto de las personas especialmente vulnerables, por lo que trataré de realizar un ensayo sobre su actual tratamiento en los preceptos existentes y una propuesta a nuestro legislador penal sobre un mejor tratamiento jurídico-penal de estas conductas.

2. Delitos previstos en la legislación electoral

Podemos distinguir entre los delitos electorales y delitos que, aun cuando se regulen fuera de la Legislación electoral específica, sean realizados con ocasión de la emisión del voto de las personas especialmente vulnerables.

En el primero de los casos, nos encontraríamos ante aquellos delitos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y sus disposiciones modificadoras, especialmente en el Capítulo VIII del Título I, artículos 135 a 150⁴⁶.

A falta de una definición legal, podemos señalar que los delitos electorales son aquellas conductas que atentan contra la transparencia y la objetividad del proceso electoral, así como la igualdad, integridad y pureza del mismo. Entendemos por delito electoral «aquellas acciones u omisiones encaminadas a entorpecer, impedir o tergiversar la campaña electoral, los actos previos a la votación, la libertad de los electorales, la misma votación o la veracidad de su resultado»⁴⁷. En todo caso, serán aquellas conductas penalmente típicas que afectan al proceso electoral⁴⁸.

No obstante, acotando el tema de estudio, nos referiremos en exclusiva a aquellos delitos electorales que tienen que ver con la vulneración del derecho al voto y dentro de este grupo delictivo a aquellos que pueden hacer referencia al ejercicio

46 El Título I lleva por rúbrica «Disposiciones comunes para las Elecciones por sufragio universal directo». Dentro de este Título I, el Capítulo VIII que lleva por rúbrica «Delitos e infracciones electorales», es el que se encarga de establecer las diversas infracciones penales en materia electoral, que, en todo caso, tienen la consideración de delito y no de falta.

47 Esta definición es aportada por ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, Madrid, 1997, pág. 274.

48 Sobre la discusión en torno al concepto de delito electoral, ver JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Delitos electorales. Su configuración según la ley orgánica 5/1985, de 19 de junio», en *Comentarios a la legislación penal*, XVI, Madrid, 1994, págs. 2-85.

del derecho al voto por las personas especialmente vulnerables. En estos supuestos, el bien jurídico protegido será el libre ejercicio del derecho de voto y los delitos se concretarán en aquellas conductas atentatorias contra los actos anteriores a la votación por parte de las personas especialmente vulnerables, esta misma o sus resultados.

Dentro de los delitos electorales podríamos diferenciar entre aquellos que son cometidos por funcionarios públicos, de aquellos otros que son realizados por los particulares, clasificándolos de la siguiente forma:

2.1. Delitos electorales realizados por funcionarios públicos

- a) Delito de falsedades electorales, especialmente en sus modalidades de cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral y de cualquier otra falsedad electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos del art. 390 del Código penal

Están reguladas en el artículo 140 de la Ley Electoral, como delitos de falsedades electorales. De todos ellos, serán aplicables a los supuestos de vulneración del derecho de voto por las personas especialmente vulnerables las modalidades de conducta siguientes:

- Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral (apartado c) del artículo 140)⁴⁹.
Se trata de un delito de falsedad en materia electoral, donde se protege la veracidad del acto de la votación para evitar un falseamiento de su resultado. Aunque nuestra actual Ley no prevé un concepto de falsedad electoral, podríamos entender por falsedad electoral «toda alteración u omisión intencionada en los libros, registros, actas, certificaciones, testimonios o documentos de cualquier género, que sirvan para el ejercicio de los derechos electorales y realizada para impedir o dificultar su práctica y variar u oscurecer la verdad de sus resultados»⁵⁰. Este delito tiene la finalidad de vulnerar la libertad de elección, que es precisamente lo que ocurre en estos supuestos. La forma de vulnerar la libertad de elección en el derecho de voto puede ser muy variada:
 - Modificando el sentido del voto.
 - Haciendo desaparecer el voto.

49 La pena será la de prisión, añadida la de multa, cuando el delito se cometa por funcionario público que abuse dolosamente de su oficio o cargo y realice esta forma de falsificación.

50 Esta definición es aportada por la Ley Electoral de 1878, que resulta ser más completa que los conceptos de las normas electorales precedentes.

- Cambiando el sentido de la elección.
Cambiar una papeleta equivale a sustituir una por otra. Ocultar es esconder y no introducir la papeleta en la urna que le ha entregado el elector; situación que puede darse con mayor facilidad en el supuesto de ser el elector una de las personas consideradas especialmente vulnerable. Finalmente, la conducta de alterar consistirá en modificar el sentido o contenido de la papeleta. Todas estas formas comitivas suponen una manipulación sobre las papeletas que pueden suponer una nulidad del voto y, en todo caso, una anulación de la voluntad libre del elector. El momento de cometer las falsedades descritas puede ser tanto durante la celebración del acto de votación, como también con posterioridad al mismo y antes de la proclamación del escrutinio.
Un supuesto imaginable sería el de aquellas personas que por estar impedidas necesitan la ayuda de un funcionario miembro de la mesa Electoral, incluidos los interventores, o incluso de un familiar para entregar el voto al Presidente de la Mesa.
El cambio, ocultamiento o alteración puede hacerse «de cualquier manera», tal como recoge la cláusula típica siempre que afecte al derecho a la elección libre en el voto, por lo que también podría constituir delito cambiar un sobre en blanco por uno nulo, aunque no afectara al resultado formal de la elección.
Sujetos activos del delito únicamente pueden serlo los funcionarios públicos, tal como prevé el artículo 135 de la L.O.E.G. y 24 del Código. Además de su condición de funcionario público, se exige el abuso de su oficio o cargo al realizar los delitos de falsedad. Si la conducta fuese realizada por el funcionario público sin competencia alguna en materia electoral, se aplicará la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público del artículo 22.7 del Código penal, pues en estos casos tendrá la consideración de particular.
- Cualquier otra falsedad electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos del art. 390 del Código penal⁵¹.

51 Señala el artículo 390 del Código:

«1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1º alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2º simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3º suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho,

4º faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado civil de las personas o en el orden civil».

La remisión al artículo 390 del C.P., esto es, al delito de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los transmitidos por servicios de telecomunicación, hace referencia a la falsedad documental e incluiría supuestos como la realización de solicitudes de voto por correo, alterando o falseando la firma del votante o consignando el nombre de personas que no les habían autorizado para ello al carecer de delegación del derecho al voto. Este también es un supuesto habitual con respecto a los minusválidos, incapaces, personas enfermas, ... en definitiva, dependientes.

Se trata de la aplicación de la técnica de la integración normativa que permite la propia ley, donde ha de excluirse aquellos supuestos analógicos «*in malam partem*». Esta técnica es utilizada en la medida en que resultará imposible realizar una enumeración de las diferentes posibilidades en las que podría efectuarse una falsificación electoral, no pudiendo hacer el tipo una enumeración cerrada o «*numerus apertus*» de supuestos de falsificación. En todo caso, la semejanza de los supuestos de falsedad ha de limitarse a aquellos que supongan una alteración de la verdad cometida en cualquiera de los actos del proceso electoral o de modificar o deformar el resultado de las elecciones⁵².

- b) Delito de obstaculización del proceso electoral, especialmente en la modalidad de incumplir los trámites establecidos para el voto por correspondencia y coacciones y cohecho electorales⁵³

Este supuesto está previsto en el apartado 8 del artículo 139 de la Ley Electoral, incorporando supuestos de denegación del derecho de voto o votar doblemente⁵⁴. También incluye los supuestos de voto de una persona sin capacidad legal para emitir el sufragio. Sin embargo, este delito contiene conductas típicas que no podrán considerarse como delitos de falsedades o de coacciones electorales. En todo caso, el incumplimiento de estos trámites supondrá la privación del derecho de voto a las personas especialmente vulnerables, así como la desvirtuación del resultado de las elecciones.

Sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público, en la concepción prevista en el artículo 135 del la L.O.R.E.G. y 24 del Código penal, no existiendo un corre-

52 Así, PEÑARANDA RAMOS, J. L., en CAZORLA PRIETO, L. M^a. (director), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral general*, Civitas, Madrid, 1986, págs., 158-1159.

53 Aun cuando de norma administrativa se trate, tendríamos que tener en cuenta lo establecido por el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. (BOE núm. 294/2007, de 8 de diciembre de 2007).

54 A este respecto ver las STS de 23 de febrero de 1994 y SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2000 y de Badajoz de 17 de febrero de 1988.

lativo delito cuyos sujetos activos sean los particulares. En todo caso, el particular que coejecuta, coopera o induce sólo podrá ser considerado como un partícipe.

2.2. Delitos electorales realizados por particulares

Dentro de los delitos electorales que pueden ser realizados por los particulares o, dicho de otro modo, por quien no sea funcionario en el ejercicio de su cargo u oficio, podemos encontrarnos los siguientes:

a) El artículo 141 prevé, mediante sus dos apartados, dos tipos delictivos:

- 1) La vulneración dolosa del particular de los trámites establecidos para el voto por correo (apartado primero del artículo 141).
- 2) La participación dolosa del particular en las falsedades realizadas por el funcionario público en abuso de su cargo u oficio (apartado segundo del artículo 141).

1) Delito de vulneración de los trámites del voto por correo (artículo 141.1 L.O.R.E.G).

Se producirá como consecuencia de la tramitación de voto por correo llevada a cabo por particulares, que previamente habrá realizado una falsedad en documento público o privado.

En el apartado primero, el delito tiene la finalidad de proteger la libertad de elección, que es precisamente lo que ocurre en estos supuestos. La forma de vulnerar la libertad de elección en el derecho de voto puede realizarse modificando el sentido del voto, haciendo desaparecer el voto o cambiando el sentido de la elección. El delito admite las modalidades delictivas de cambiar, ocultar o alterar el voto por correo. Cambiar una papeleta equivale a sustituir una por otra. Ocultar es esconder y no introducir la papeleta en la urna que le ha entregado el elector; situación que puede darse con mayor facilidad en el supuesto de ser el elector una de las personas consideradas especialmente vulnerable. La conducta de alterar consistirá en modificar el sentido o contenido de la papeleta.

2) Delito de falsedades (artículo 141.2 de la L.O.R.E.G).

Respecto del apartado segundo del artículo 141, se exige que el particular sea partícipe de un delito de falsedad cometido por un funcionario público con abuso de su oficio o cargo. Particular será aquel que lo sea en sentido estricto y también el funcionario público que no abuse de su oficio o cargo. La forma de participación es la establecida en los artículos 28 y 29 del Código penal, excluyéndose la figura del encubridor. Esto es, se deberá considerar partícipe el inductor, cooperador neces-

rio y el cómplice⁵⁵. Igualmente, el artículo 141.2 de la Ley Electoral prevé el delito de falsedades electorales realizadas por particulares, haciendo remisión expresa a lo previsto en el artículo 318 del Código penal de 1973, que actualmente ha de considerarse derogado. Este supuesto se puede reconducir a lo expuesto con anterioridad para el funcionario público, si bien el autor ha de carecer de esta condición.

b) Delito de votación indebida (artículo 142 L.O.R.E.G)

Se castiga a quien vote más de una vez y a quien vote sin tener capacidad legal para hacerlo. En la modalidad de suplantación de la personalidad de otro para votar se suele falsificar los documentos acreditativos de la identidad, donde existirá un concurso de delitos.

El sujeto activo puede ser cualquier persona que vote sin estar legitimada para ello. Pueden cometerlo los particulares que voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten dolosamente sin capacidad para hacerlo. También lo serán los funcionarios públicos que no actúen como tales en la elección y los funcionarios de la administración electoral.

Incluye el delito aquellos supuestos donde se vote doblemente, por doble inscripción en las listas, producido por error o malicia de un funcionario público, de un particular o del votante mismo. También se puede realizar la conducta típica cuando, a pesar de emitir un solo voto, se hace sin tener el sujeto capacidad legal para ello, como es el supuesto de depositar el sufragio en una sección distinta a aquella en la que se encuentra inscrito o cuando es realizado por una persona que no tiene derecho al sufragio, por ejemplo, los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme y los internados en hospitales psiquiátricos, siempre que las sentencias judiciales declaren expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de voto. Especialmente significativo, serán los supuestos de voto indebido en lugar de otro elector o utilizar ilegítimamente su nombre.

c) Delito de cohecho electoral (artículo 146. a) L.O.R.E.G)

El tipo delictivo viene configurado por la promesa de una ventaja o beneficio en interés particular, quedando excluidas las solicitudes de voto mediante regalos o promociones publicitarias, que son financiadas públicamente como gastos electorales.

55 Así, se señala en el artículo 28 que «también serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

Por su parte, el artículo 29 del C.P. señala: «son cómplices los que, hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Es un delito de mera actividad, no exigiéndose en resultado para su consumación. Se castiga la compra de votos. Se protege la libertad del elector para votar libremente y no sufrir presión ilegítima alguna que incida en el cambio de su decisión.

La conducta típica consiste en solicitar directa o indirectamente el voto de algún elector o inducirle a que se abstenga de votar, por medio de la entrega de dádivas, recompensas o remuneraciones o mediante promesa de entregarlas posteriormente. La presión sobre el elector ha de ser realizada mediante la entrega u ofrecimiento de una cantidad de dinero o de una ventaja evaluable económicamente, ya sea para el mismo elector o para un tercero. La solicitud ha de cambiar el sentido del voto, bien indicando que se vote o que no se vote a una forma determinada, bien porque se inste a abstenerse de votar, vote de forma nula o el voto sea en blanco.

Sin embargo, el elector que recibe la dádiva o recompensa no comete delito alguno, puesto que lo protegido es el derecho de todo elector a no sufrir presión alguna ilegítima que le lleve a cambiar el sentido de su voto, no pretendiendo, al menos en este precepto, proteger la limpieza del proceso ni de su resultado al no contemplarse el cohecho electoral pasivo.

d) Delito de amenazas y coacciones electorales (artículo 146.b y c de la L.O.R.E.G.)

Conforme a lo previsto en el artículo 146, apartado b) se castiga a quien con violencia o intimidación presione sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto del voto. En parecido sentido señala el apartado c) de este mismo artículo que cometerá delito electoral quien impida o dificulte 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. En el primero de los se preceptos tipifican las amenazas y coacciones electorales genéricas y en el segundo de ellos se regulan coacciones específicas.

En el apartado b) del artículo 146 se exige que la presión sobre los electores se realice con violencia o intimidación, incluyendo tanto las coacciones electorales en las que se emplea la fuerza o violencia para presionar sobre los electores como las amenazas electorales mediante la intimidación. La intimidación implicará la amenaza del empleo futuro de de la violencia o de un mal que afecte a los bienes jurídicos del elector. Estas presiones también pueden consistir en producir un perjuicio económico.

La conducta típica consistirá en la presión violenta o intimidatoria con el único propósito de que los electores no usen su derecho de voto, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto del voto.

El bien jurídico protegido por el precepto es la libre voluntad de voto del elector y el secreto de su voto.

Por su parte, el apartado c) de este artículo contempla el delito de coacciones electorales específico consistente en impedir o dificultar 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. No será preciso que se impida el acceso, pues basta con que se intente y se entorpezca. Se protege la libertad individual de los electores en entrar salir o permanecer en los actos del procedimiento electoral, así como la regularidad y corrección del proceso electoral.

Para finalizar, se establece en el párrafo 2 del artículo 141 que también se castigará a los funcionarios públicos que usen de sus competencias para alguno de los fines señalados en este artículo.

En todo caso, no se prevén faltas electorales.

3. El Código penal como legislación penal suplementaria

3.1. Delitos activos

Dentro del Código penal, serán especialmente aplicables a los supuestos de delitos contra el ejercicio del derecho al voto de las personas especialmente vulnerables, los delitos de lesiones, amenazas, coacciones, estafas, falsedades y las faltas de lesiones, vejaciones leves, principalmente.

Los medios o formas por los que se pueden cometer estos delitos habría que clasificarlos en cuatro, que son:

- a) Actos de violencia física o psíquica, ejercidos contra las personas especialmente vulnerables

Los actos de violencia física se pueden concretar en los supuestos de lesionar para vulnerar el libre ejercicio del derecho de voto, propias del artículo 147 y ss. del Código penal. El artículo 147 del C.P. regulará las lesiones realizadas, tanto en su modalidad básica como el tipo atenuado. Serán aquellas lesiones realizadas por cualquier medio o procedimiento que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental de las personas especialmente vulnerables, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico; excluyéndose del tratamiento médico la simple vigilancia o tratamiento facultativo del curso de la lesión⁵⁶. También constituirá delito la

⁵⁶ El resultado típico consiste en el menoscabo de la integridad corporal o de la salud personal física o mental, cuya gravedad requiera objetivamente de tratamiento médico o quirúrgico además de una primera asistencia facultativa. Sobre el tratamiento médico o quirúrgico ver las SSTS de 15 de abril de 1999, 18 de febrero de 2000 y 23 de febrero de 2002, así como la circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, como más significativas.

realización de cuatro veces en un año de las lesiones constitutivas de falta, propias del artículo 617 del Código penal. En el supuesto de que los medios empleados o el resultado producido resultase ser de menor gravedad, se procederá a la atenuación de la pena.

Además será significativo señalar, dentro de los tipos agravados, los supuestos previstos en el artículo 148 C.P. cuando en las agresiones se hubiesen utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, haya ensañamiento y cuando la víctima fuese menor de doce años o incapaz, supuesto éste último especialmente importante pues se considerará una persona especialmente vulnerable.

- b) Actos de violencia psíquica contra el derecho a la libre formación de la voluntad, ejercida contra este mismo tipo de personas dependientes de otra. Incluiría los delitos de coacciones, amenazas, torturas y tratos degradantes, principalmente

Como más significativas para el tema que nos ocupa trataremos las amenazas y coacciones. En estos tipos delictivos el bien jurídico protegido es la libertad, seguridad del individuo, el derecho a la libre formación de la voluntad y a no experimentar peligros o riesgos innecesarios que procedan de comportamientos antijurídicos extraños. Sin duda podríamos imaginar el supuesto donde a una persona especialmente vulnerable se le amenaza con un mal para vulnerar su libre formación de su voluntad y votar en el sentido apuntado por el autor.

El delito de amenazas previsto en el artículo 169 y ss. del Código penal consiste en dar a entender a otro con actos o palabras que se quiere hacerle un mal, ya sea constitutivo de delito (artículo 169 del C.P.) o no lo sea (artículo 171 del C.P.).

Las coacciones protegen la libertad de la persona en su concepción espiritual o psicológica de obrar y decidir por sí misma. Así, el tipo delictivo consistirá en constreñir a la persona especialmente vulnerable para que actúe del modo impuesto por el sujeto activo, mediante la puesta en práctica de medios violentos; teniendo presente que la violencia coactiva tiene carácter instrumental respecto del fin que se persigue por el autor: vulnerar su derecho al libre ejercicio del voto. Además, en este concreto supuesto será aplicable lo establecido en el párrafo segundo del artículo 172, pues supone la vulneración del ejercicio de un derecho fundamental⁵⁷.

⁵⁷ Señala el artículo 172 que «el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este código».

- c) El engaño, que puede ser utilizado como medio para vulnerar el libre ejercicio del voto

Entendemos por engaño aquel ardid o artificio que produce error en la víctima para hacer lo que no quiere. El engaño ha de tener la suficiente entidad objetiva para confundir al sujeto pasivo. En este sentido, podríamos imaginar que se engaña a la persona especialmente vulnerable dándole información falsa que puede llevar al engaño y, como consecuencia, emitir un voto diferente al que tenía pensado, menoscabando, de esta forma, su libre decisión y formación de su voluntad⁵⁸.

- d) Las falsificaciones de documentos como medio para vulnerar el libre ejercicio del derecho de voto

Nos referimos fundamentalmente a las falsificaciones de tipo documental previstas en el Capítulo II del Título XVIII dedicado a las falsedades.

El concepto de documento como objeto material del delito se encuentra en el artículo 135.2 de la L.O.R.E.G. al señalar que «tienen la consideración de documentos oficiales, el Censo, y sus copias autorizadas, las actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente ley encargue su expedición». Concepto de documento al que habría que añadir el aportado por el artículo 26 del Código penal donde se incluye todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos narraciones con eficacia probatoria o de cualquier otro tipo de relevancia jurídica; concepto este en el que se incluiría la papeleta del voto como documento público.

La conducta típica podría consistir en falsedad material por afectar a la integridad y estructura física del documento (alteración y simulación) y falsedad ideológica referida a la veracidad de lo declarado, es decir, el contenido del documento. Ha de considerarse punible el supuesto de imitación de firma con consentimiento del titular de la misma respecto de documentos públicos y oficiales.

3.2. *Delitos omisivos*

Tampoco debemos obviar aquellas conductas de omisión del deber de impedir determinados delitos, denunciarlos, denegación de auxilio a la víctima u omisión de la persecución de los delitos, cuando se trate de víctimas especialmente vulnerables, ya sea por los particulares que pueden impedirlos o denunciarlos, ya sea por los

58 Sobre el engaño bastante es importante tener en cuenta lo señalado en las SSTs de 26 de julio de 2000, 7 de julio de 2001, 23 de octubre de 2002 y 14 de marzo de 2003, entre otras.

funcionarios públicos que están obligados a ello, cuando éstos son concededores de la próxima o actual comisión de un delito electoral contra aquellos. Todas estas modalidades omisivas las encontraremos reguladas en el Código penal y suponen la infracción de una norma de mandato o preceptiva, donde se obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento tendente a evitar, denunciar, perseguir el delito o averiguar el delincuente o, finalmente, prestar el auxilio requerido a la víctima⁵⁹. En todo caso, el peligro para el bien jurídico existe con carácter previo, creando el deber jurídico de actuar para su evitación, denuncia, etc.

Los delitos omisivos recogen como conducta típica la abstención de una actuación, por lo que el tipo penal se fundamenta en la omisión⁶⁰, cuya estructura responde a los patrones de ese tipo de delitos: existencia de una situación típica, en la que se establece el presupuesto de hecho que da lugar al deber de actuar, ausencia de una conducta determinada o de realizar la acción mandada y capacidad personal de realizar esa acción, para lo que requieren determinadas condiciones externas⁶¹, y personales⁶².

Son delitos de omisión pura⁶³, castigándose la simple inactividad del sujeto, sin que se llegue a extender su responsabilidad al delito no impedido o mal no evitado.

59 Lo expuesto ha de ser entendido en el sentido de que la omisión constituye una forma de comportamiento, SILVA SANCHEZ, J. M., «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro», *ADPCP*, 1998, pág., 140.

60 El concepto de omisión del que hay que partir en el delito de denegación de auxilio es el normativo, donde lo importante es determinar aquel criterio que permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales, aquellos que son relevantes penalmente. En consecuencia, no se tendrá en cuenta el concepto natural de omisión, que lo hace depender de las propiedades del comportamiento humano, o, dicho de otro modo, de la pasividad o el no hacer la acción finalmente posible.

61 Como por ejemplo, que se dispongan de medios suficientes para la evitación de los delitos o de los males, que exista una proximidad temporal y de lugar, etc.

62 En este punto, debemos señalar que, en el delito de denegación de auxilio, debe entenderse que tanto la Autoridad como el funcionario público, cuentan con los conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción consistente en la prestación del adecuado auxilio al que va a sufrir un delito u otro mal.

63 El artículo 450 C.P. 95 tiene naturaleza de delito de omisión pura. En este sentido, vid CANCIO MELIÁ, M. (1996): «Artículo 450», en Rodríguez Mourullo, G; y Jorge Barreiro, J, *Comentarios al Código Penal*, 1997, 1996, pág. 1186; CORDOBA RODA, J. *Comentarios al Código penal*, Vol. III, Barcelona, 1977, págs. 1217-1218; HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pág. 204; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, Madrid, 1997, pág. 468; POLAINO NAVARRETE, M., «Omisión de denuncia de indicio de delito por parte de facultativo», en *Comentarios al Código penal*, XIV, 2º, Madrid, 1992, pág. 1035; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1995, pág. 1939; SILVA SANCHEZ, J. M., «Comisión y omisión. Criterios de distinción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pág. 19; VIVES ANTÓN, T., *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 292.

Sin embargo, la gravedad del resultado no evitado, en función de la importancia del bien jurídico vulnerado, habrá de ser tenida en cuenta para graduar la pena⁶⁴.

Responderán penalmente los particulares por las siguientes conductas típicas omisivas:

- a) Cuando omitan impedir los actos de violencia contra las personas especialmente vulnerables (artículo 450, párrafo primero del C.P.).
- b) Omitan la denuncia de la violencia contra las personas especialmente vulnerables (artículo 450, párrafo segundo).

Por su parte, los funcionarios públicos serán normalmente los primeros destinatarios de la «*notitia criminis*»⁶⁵. Así, los funcionarios y las autoridades encargadas de evitar o perseguir los delitos responderán penalmente cuando:

- a) Denieguen el auxilio requerido (artículo 412, párrafo tercero).
- b) Omitan la persecución de los delitos (artículo 408 del C.P.).

Sin embargo, no les serán aplicables ni la omisión de impedir los delitos del artículo 450, párrafo primero, ni tampoco la omisión de denuncia del artículo 450, párrafo segundo, pues estos preceptos no son aplicables a los funcionarios públicos.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de todos aquellos que conociendo la existencia de actos violentos de abuso contra las personas especialmente vulnerables no lo impidan, no denuncien o no auxilien a la víctima de los mismos, constituirá delito, en función de la conducta realizada, conforme a los siguientes preceptos del Código penal:

1º. En el artículo 450.1 la conducta típica consistirá en no impedir determinados delitos, por lo que no existirá obligación de impedir faltas, como pudieran ser las vejaciones leves. Además, dicha obligación se limita a determinados delitos y no a todos; siendo los obligados a impedir los delitos que afecten a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.

64 Sería conveniente tener presente las aportaciones que al respecto realiza RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pág., 362.

65 El cuidador puede llegar a una sospecha seria y fundada de que se está realizando un acto de violencia contra una persona especialmente vulnerable, pues constantemente son observadores privilegiados de esta problemática. Al mismo tiempo, cuando tengan noticia de la actual o próxima comisión de un delito o falta que integre este tipo de violencia han de intervenir intentando evitarla, y, aunque no se les exigirá responsabilidad por la no evitación del resultado, sí que será exigible la intervención impeditiva, ya sea con su intervención directa, ya sea denunciando los hechos ocurridos, o bien auxiliando a la víctima de los mismos.

El sujeto activo del delito podría ser cualquiera, lo que incluiría perfectamente a los familiares, vigilantes de seguridad del centro público o privado, al personal administrativo y de servicios que no tengan la consideración de funcionarios públicos, etc⁶⁶. No obstante, podría darse el supuesto en que el funcionario público no actúe en tal condición, en cuyo caso sí podría ser de aplicación lo previsto en el artículo 450, párrafo primero, del Código Penal⁶⁷.

2º. El artículo 450, párrafo segundo, se refiere a la omisión de denuncia de los familiares, vigilantes de seguridad y de cualquier otra persona ante la autoridad o las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, con la finalidad de que éstos lo impidan⁶⁸. En todo caso, existe la necesidad de que quien se dirige a estas autoridades o funcionarios públicos no esté en la posibilidad personal de impedir estos delitos por sí mismo. Al mismo tiempo, ha de estar en posesión de la *notitia criminis*, con un carácter próximo o actual⁶⁹.

3º. La omisión de impedir delitos se refiere a las autoridades que tienen competencia en materia de seguridad, y a los funcionarios públicos, pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad⁷⁰. Estos han de actuar dentro del ejercicio de sus cargos y el precepto sólo establece que dicha obligación nace de un previo requerimiento de particular, lo que a todas luces es una limitación al deber de actuar totalmente injustificado⁷¹. Sin embargo, el deber de intervención no se restringe a deter-

66 El sujeto activo del delito de omisión del deber de intervenir para impedir o denunciar determinados delitos puede ser cualquiera, excepto el funcionario público que resulte obligado por su cargo a tal actuación impeditiva, pues su regulación jurídico-penal se realiza en otro precepto, el artículo 412.3, del Código penal. Así, podrían formar parte del círculo de sujetos activos del delito cualquier persona, si bien será lo común que aquellas personas que se encuentran más relacionadas con el ámbito de custodia o cuidado de las personas dependientes, serán las más habituales en la comisión de este delito omisivo.

67 Todos aquellos supuestos donde el funcionario público no actúe obligado por su cargo y lo haga, por tanto, como mero particular se incluirán perfectamente como sujetos activos de los delitos previstos en el artículo 450 C.P.

68 La denuncia supondrá a todas luces la forma más eficaz de prevenir los actos de violencia, siendo especialmente importante desde el punto de vista de los fines de prevención general y especial que imprimen nuestro Derecho penal.

69 Esta cuestión es especialmente importante, pues habrá quien piense que denunciando los hechos constitutivos de violencia ya ha cumplido con su responsabilidad, si bien han podido impedirlos con su intervención inmediata. Lo cierto será que aunque se denuncien estos hechos, se incurrirá en el delito previsto en el párrafo primero del artículo 450, cuando no lo impidan y se encuentren presentes en la realización de los mismos.

70 La autoridad y el funcionario público incluirá tanto al ámbito docente como de la propia seguridad pública. También afectaría al personal de seguridad privada, aun cuando sea a título de particular, pues éste no puede ser equiparado con el funcionario público.

71 En principio, la ausencia de requerimiento de particular supondría excluir la obligación de intervenir de quien tiene el deber de hacerlo, pues es un elemento típico. No obstante, en estos supues-

minados delitos, sino que se amplía a cualquier delito y a cualquier mal, lo que supondrá incluir las faltas, especialmente las de vejaciones leves que suelen ser muy comunes en el abuso realizado contra las personas especialmente vulnerables.

4º. La previsión del artículo 408 se limita a castigar a las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, que omiten promover la persecución de los delitos y averiguación de los responsables de los mismos, lo que supone una conducta de omisión pura que se circunscribe a un ámbito posterior a la comisión del delito, y tiene la única finalidad de llevar a cabo su persecución. Este precepto también plantea unas importantes deficiencias de técnica-jurídica, como resulta ser, por ejemplo, la ridícula pena que a estas autoridades y funcionarios públicos se impone cuando dejan de perseguir los delitos procedentes de la violencia contra las personas especialmente vulnerables.

V. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

El legislador penal no ha realizado una estructura adecuada de los tipos delictivos relativos a las modalidades de conducta merecedoras de reproche penal dentro de las vulneraciones de los bienes jurídicos protegidos en materia electoral, ni tampoco lo ha conseguido respecto del ejercicio del derecho al voto, en particular. Así, la política-criminal de nuestro legislador adolece de rigor técnico-jurídico debido, principalmente a dos factores:

- a) No existe una adaptación de los tipos penales existentes en la legislación electoral, respecto a la realidad delictiva que de hecho se produce en la vulneración de la misma.
- b) La remisión al Código penal no responde a las necesidades de política-criminal para tratar el ámbito específico de la materia electoral.

De ahí que resulte necesario hacer una revisión de la tutela penal de las infracciones al régimen electoral que se adapte a las mayores vulneraciones que en esta materia se producen en la realidad, incorporando nuevos tipos penales específicos de esta materia que estén adaptados a la realidad social; quedando, de este modo, la remisión al Código penal, como algo verdaderamente residual.

Más difícil todavía resultará la aplicación de los tipos penales en cuestiones específicas del propio régimen electoral, tal como ocurre en el supuesto del ejercicio del derecho de voto por las personas especialmente vulnerables, pues ni nuestra legislación electoral penal, ni nuestro Código penal ha contemplado de forma espe-

tos la víctima se encuentra, en algunos casos, en un estado psicológico de anulación de la personalidad tan grande que difícilmente podrá hacer tal requerimiento.

cífica esta cuestión, lo que implicará que, aun cuando su vulneración sea especialmente trascendente no será posible acudir a modalidades delictivas concretas, ni mucho menos a agravaciones de los tipos penales ya existentes.

En conclusión y, sirviendo de propuesta de *«lege ferenda»*, instamos al legislador penal a revisar la tutela penal electoral en su conjunto con la finalidad de dar respuesta adecuada a la protección de determinados bienes jurídicos merecedores de ello y a crear tipos delictivos específicos, ya sean modalidades activas u omisivas, que castiguen de forma agravada las conductas atentatorias del ejercicio del derecho de voto por las personas especialmente vulnerables, dado el mayor desvalor de la acción y también del resultado, además de atender a una calidad del sujeto pasivo del delito merecedora de una respuesta penal específica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (2002): *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CALDERÓN SUSIN, A; y CHOCLÁN MONTALVO, J. (2004): *Código penal comentado (concordado. Jurisprudencia y Doctrina. Legislación penal especial y Normas complementarias*, Madrid.
- CANCIÓ MELIÁ, Manuel (1996): «Artículo 450», en Rodríguez Mourullo, G; y Jorge Barreiro, J, *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y otros (2005): *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid.
- CORDOBA RODA, Joaquín (1977): *Comentarios al Código penal*, Vol. III, Barcelona.
- CRAMER, P. (1991): *Strafgesetzbuch Comentar*, 20 Aufl., München, 1991.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A. (2008a): *El Derecho español ante el voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, en proceso de publicación.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A. (2008b): *El acto de confección del voto como momento decisivo de las elecciones. La necesidad de replantear su regulación a la luz de los principios básicos del sufragio*, La Ley, Madrid.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (1997): *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, Madrid.
- GUTIÉRREZ CALLES, José L. (1999): «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999.
- HUERTA TOCILDO, Susana (1987): *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid.
- JESCHECK, H.H., (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5ª edición completada, corregida y ampliada, Dunckr & Humblot), Berlín.

- JIMÉNEZ DÍAZ, María José (1994): «Delitos electorales. Su configuración según la ley orgánica 5/1985, de 19 de junio», en *Comentarios a la legislación penal*, XVI, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1998 y 1999), *Derecho penal*, Madrid.
- ORTS BERENGUER, Enrique (1997): «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, Madrid.
- PEÑARANDA RAMOS, José Luis. (1986), en CAZORLA PRIETO, L. M^a. (director), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral general*, Civitas, Madrid.
- POLAINO NAVARRETE, Manuel (1992): «Omisión de denuncia de indicio de delito por parte de facultativo», en *Comentarios al Código penal*, XIV, 2º, Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996): *Derecho penal. Parte General*, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1966): *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid.
- RUBIO LARA, Pedro Angel,(2002): *Omisión del deber de impedir determinados delitos y de promover su persecución*, Edersa, Madrid.
- RUBIO LARA, Pedro Angel, (2007): *Denegación de auxilio por funcionario público a requerimiento de particular (Código penal, artículo 412.3)*, CESEJ, Madrid.
- SAINZ CANTERO, José Antonio (1965): *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada.
- SILVA SANCHEZ, José Manuel (1986): *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona.
- SILVA SANCHEZ, José Manuel (1995): «Comisión y omisión. Criterios de distinción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid.
- SILVA SANCHEZ, José Manuel (1998): «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro», *ADPCP*, 1998.
- VIVES ANTÓN, Tomás, (1996): *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia.