

**Voto particular concurrente que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1478-2020, al que se adhiere la magistrada doña Encarnación Roca Trías**

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Pleno del Tribunal en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia no con el fallo, que comparto, sino con una parte muy concreta de la fundamentación jurídica: la que se refiere a la denominada – por la sentencia, que no por la ley– jornada de reflexión. Con el resto de la argumentación también estoy de acuerdo.

La mayoría considera que el art. 53 LOREG, al establecer que “[n]o puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado” está estableciendo una prohibición que tiene como finalidad “crear un marco de serenidad en las horas inmediatamente anteriores a la votación para que en esta aflore sin condicionamientos la verdadera voluntad política del elector”. Así se afirma en tres ocasiones [FFJJ 3 b); 4 a) y 5 c)]. A mi juicio, sin embargo, la finalidad de la prohibición que establece este precepto no puede ser entendida de esta manera en una sociedad democrática moderna, pues no puede evitar sugerir que el proceso de formación de la voluntad del elector constituye un proceso de reflexión individual aislada que produce como resultado la cristalización de su *verdadera* voluntad. Tal consideración parece partir de la idea de que la voluntad del elector es un *a priori* que solo puede salir a la luz si el votante tiene la serenidad suficiente para despojarse de cualquier influencia externa recibida durante la campaña electoral evitando de este modo que estas influencias puedan condicionar su decisión.

Este planteamiento no puede evitar la evocación, en el marco de discusiones históricas de carácter epistemológico, de concepciones que se remontan a las corrientes conservadoras en el seno de la Ilustración (Locke, Adam Ferguson, Edmund Burke...), las cuales, como es bien sabido, vinculan la imparcialidad de las decisiones de gobierno a un proceso de reflexión individual –“reflexión” es la palabra que ahora se utiliza para describir la actividad que aflora como introspección silente en la jornada previa a la elección– sin discusión pública ni

participación de los interesados. Estas concepciones, peligrosamente asociadas a veces a lo que Morton White llamó elitismo epistemológico, se apoyan en un individualismo incompatible con el predominio que, en el mundo contemporáneo, especialmente en la llamada filosofía continental, adquiere la idea de sociedad entendida, más allá de la solidaridad, como comunidad y compromiso entre sus miembros. Esta idea resulta subrayada con mayor énfasis, si cabe, en situaciones de extrema necesidad como la que estamos padeciendo por las crisis de diversa índole surgidas en torno a la pandemia. El elector forma su voluntad en la sociedad de la que constituye parte integrante tomando en consideración la información electoral que la comunidad y sus miembros ponen a su disposición. No cerrar con claridad el paso a la idea de que esta información es en sí misma perturbadora, que es lo que podría interpretarse cuando se afirma que el silencio impuesto en la jornada anterior a la elección crea un marco de serenidad para que “*aflore* sin condicionamientos la verdadera voluntad política del elector” (énfasis mío), podría suponer remontarse a postulados rousseauianos –el hombre es bueno por naturaleza y es la sociedad quien lo corrompe, por lo que debe evitarse en la formación de la voluntad popular por la Asamblea Legislativa cualquier comunicación entre los ciudadanos o intento de persuadirlos– o a ideas anteriores a la concepción liberal sobre la libertad de expresión, basada en el principio utilitarista, según el cual la verdad se alcanza sometiendo las opiniones al contraste de la discusión pública (Stuart Mill). Es cierto que en la sociedad moderna se ha puesto de relieve la facilidad para provocar desviaciones cognitivas o emocionales (Daniel Kahneman) en los electores mediante la manipulación informativa cuya intensidad es especialmente digna de destacar en la sociedad digital; pero resulta evidente que la manipulación informativa en general y, en particular, la electoral, no puede evitarse imponiendo el silencio, pues solo con información contrastada, llevada a cabo especialmente con criterios profesionales por medios solventes, puede lucharse contra la desinformación.

La finalidad de la propaganda o de los actos de campaña electoral es precisamente influir en la voluntad de los electores con objeto de captar sus votos. En consecuencia, todos los actos que la integran –también los realizados en el día inmediatamente anterior a la jornada electoral– no pueden rechazarse por la supuesta razón de estar destinados a “condicionar” la voluntad del elector. Solo el elector puede elegir cómo conformar su voluntad y decidir cuál es su “verdadera voluntad política”; lo hace como miembro activo de la comunidad en comunicación con los restantes miembros; y los poderes públicos no pueden incidir en este ámbito sin respetar los postulados constitucionales sobre los que se asienta el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de opinión, de información y de expresión.

Por lo demás, es ilusorio en la sociedad actual entender que las prohibiciones que establece el art. 53 LOREG puedan garantizar ese marco de serenidad que, según la concepción que no comparto, ha de tener el elector para poder decidir su voto. A través de las redes sociales pueden realizarse con los orígenes más variados actos de propaganda o campaña electoral –entendiendo como tales aquellos que tienen como objetivo captar el voto para una determinada formación política–, que en muchos casos pueden tener un impacto en los electores al menos equiparable al que pueden tener los medios de comunicación profesionales, que son, paradójicamente, los que en esta mal llamada jornada de reflexión padecen principalmente la limitación impuesta, pues no es necesario insistir en que tales actos de campaña por medio de redes sociales son difícilmente perseguibles al ser complicado, por no decir imposible, localizar a los miles de ciudadanos que han reenviado un mensaje a través de una aplicación electrónica o replicado hasta la saciedad comunicaciones en las redes sociales. Aunque no es objeto de este proceso, una situación similar se plantea con la prohibición de la publicación de encuestas electorales durante los días anteriores a la elección, ya que es bien sabido que estas pueden consultarse abiertamente acudiendo a una variedad de medios digitales, mientras los medios profesionales se encuentran condenados al silencio con riesgo de sufrir una sanción si publican tales encuestas, aunque sea recurriendo a formas encubiertas de carácter alegórico o metafórico.

Esta conclusión no cuestiona la constitucionalidad del art. 53 LOREG, sino únicamente la interpretación de este precepto que entiendo que efectúa la mayoría en cuya opinión se sustenta la sentencia. A mi juicio, las prohibiciones que establece este artículo no tienen como finalidad establecer un periodo para la introspección individual en la “jornada de reflexión”, aunque esta expresión se utilice comúnmente para referirse al día previo a la jornada electoral. Ciertamente, esta denominación ha hecho fortuna, pero nunca ha sido empleada por el legislador. Ni lo hizo el Decreto-ley 20/1977, ni lo hace la Ley Orgánica Electoral General (no la utilizó en su redacción originaria ni la usa la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2011). En todo caso, aunque sea prescindible la prohibición de propaganda electoral el día anterior a la elección, como demuestran las últimas experiencias de Derecho comparado, su finalidad no puede ser aislar al votante de la información electoral con el fin de que pueda reflexionar sin injerencias externas. Buena prueba de ello es que esta misma prohibición se establece también durante la precampaña, esto es, desde que se convocan las elecciones hasta el inicio legal de la campaña y es claro que en estos momentos del proceso electoral no tiene sentido proporcionar al elector ese supuesto marco de serenidad en las horas preelectorales (párrafo segundo del art. 53 LOREG).

La prohibición de difundir propaganda electoral o de realizar actos de campaña una vez que esta haya legalmente terminado, que establece el art. 53 LOREG, no puede relacionarse sino con finalidades que tengan por objeto la garantía de la regularidad del proceso electoral, de la protección de la libertad de los electores y de la igualdad de oportunidades entre las diferentes candidaturas. El procedimiento electoral se articula en fases y una de ellas es la campaña electoral. La ley electoral determina qué ha de entenderse por campaña electoral [“el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios” (art. 54 LOREG)] y el momento en el que tiene lugar [comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria, dura quince días y termina, “en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación” (art. 51 LOREG)]. Solo durante este tiempo del proceso electoral pueden las distintas formaciones políticas dirigirse al electorado para pedirle su voto.

La acotación en el tiempo de esta actividad tiende a garantizar la igualdad de oportunidades de las distintas candidaturas en el proceso electoral. De otro modo, aquellas formaciones políticas que tuvieran más recursos económicos podrían permitirse estar en campaña un tiempo que las formaciones con menos recursos podrían no poder sufragar. Esta finalidad justifica no solo que la campaña esté limitada en el tiempo, sino también que este tiempo pueda finalizar antes del día de la votación con objeto de evitar que las formaciones políticas que concurren a las elecciones con más medios económicos puedan acaparar la atención informativa las horas previas a la jornada electoral o durante esta misma jornada organizando actos electorales de gran impacto, lo que les situaría en una situación de ventaja frente a aquellos partidos o coaliciones que, por tener menos recursos, tuvieran que hacer un cierre de campaña más modesto. Establecer un lapso de veinticuatro horas entre el fin de la campaña electoral y la votación atenúa ese impacto electoral equilibrando la posición de las distintas fuerzas políticas que concurren a las elecciones. Esta exigencia, aunque en, mi opinión, no es constitucionalmente exigible, tampoco considero que sea contraria a la Constitución, pues tiene una finalidad legítima y proporcionada a los fines que trata de preservar.

No es una cuestión baladí precisar cuál es el sentido de las prohibiciones que establece el art. 53 LOREG, pues, dependiendo del modo en que se interpreten estas prohibiciones, se incurrirá o no en la infracción tipificada en el art. 153 LOREG, que es el objeto del proceso del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad. Un entendimiento constitucional correcto de la referida infracción exige ir más allá de las exigencias de tipicidad que se derivan del art. 25.1 CE, que, como bien argumenta la mayoría, el precepto cuestionado respeta, y obliga

a tomar en consideración la finalidad que a través de estas prohibiciones pretende conseguirse. Estas prohibiciones pueden conllevar una limitación de derechos constitucionales, en particular de los derechos a la libertad de expresión e información que garantiza el art. 20 CE y por ello solo serán legítimas cuando sean necesarias y proporcionadas para tutelar el bien jurídico o valor constitucional que intentan proteger.

Así lo reconoce también la mayoría [FJ 5 c)]. Sin embargo, dada mi diferente concepción de los fines que justifican las referidas prohibiciones, no puedo compartir la conclusión a la que llega la decisión mayoritaria cuando sostiene que, como la finalidad que pretenden estas prohibiciones es salvaguardar “la limpieza o la pureza de los procesos electorales y los derechos de participación política [...] mediante la neutralidad política propia de la jornada de reflexión”, basta –para que puedan sancionarse como ilegítimos los actos de difusión de información o expresión en los medios de comunicación durante la denominada jornada electoral– con que la sanción se funde “en la existencia de razones que prueben el carácter electoral de los actos considerados”. Esta expresión se matiza más adelante afirmando que se requiere que estén orientados a la captación de sufragios.

Discrepo de esta interpretación por las consecuencias a que puede conducir. Cualquier acto de contenido político realizado el día anterior de la jornada electoral, directa o indirectamente, puede incidir en los electores y afectar al sentido de su voto, por lo que interpretar las prohibiciones establecidas en el art. 53 LOREG en el sentido propuesto por la mayoría podría conllevar un efecto disuasorio conducente a que el día previo a la celebración de unas elecciones el debate político estuviera ausente de la esfera pública. Interpretar de este modo el art. 53 LOREG sería incompatible, a mi juicio, con la libertad de expresión e información y el Tribunal así lo ha entendido cuando ha aceptado numerosas excepciones en aras de la libertad de información a las restricciones que pueden suponerse derivadas de este precepto. Por ello, entiendo que para que unos determinados hechos producidos en el ámbito de la libertad de información puedan considerarse incursos en las prohibiciones que establece aquel precepto sin vulnerar los mandatos constitucionales no es suficiente con que tengan contenido electoral y puedan entenderse orientados a la captación de votos –los actos de información electoral realizados ese día difícilmente pueden tener otro efecto, pues este resulta inherente a la difusión de información en materia electoral–, sino que es necesario además que pongan en riesgo la regularidad del proceso electoral –porque puedan ocasionar altercados o desórdenes públicos, por ejemplo– o quiebren de forma grave la igualdad de oportunidades de las candidaturas, por colocar a una determinada formación política en situación de ventaja indebida respecto de las demás.

Solo interpretadas de este modo las prohibiciones que establece el art. 53 LOREG pueden estimarse acordes con la Constitución, pues las limitaciones de derechos fundamentales que conllevan se encuentran justificadas en la protección de otros bienes o valores constitucionales y son proporcionadas a los fines que a través de ellas pretenden conseguirse.

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno.