

LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE,  
DE REFORMA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL:  
UNA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD  
ELECTORAL<sup>1</sup>

The Organic Act 2/2018, of December 5<sup>th</sup>, for the  
Reform of the General Electoral Regimen: A revision  
of the electoral capacity concept

MARTA LEÓN ALONSO  
Universidad de Salamanca  
martala@usal.es

*Cómo citar/Citation*

León Alonso, M. (2019).  
La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de Reforma del Régimen Electoral General:  
una revisión del concepto de capacidad electoral.  
*IgualdadES*, 1, 205-218.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.07>

(Recepción: 10/06/2019; aceptación tras revisión: 11/09/2019; publicación: 13/12/2019)

**Resumen**

La legislación española ha permitido siempre votar a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, salvo que un juez decidiera restringir este derecho en el

---

<sup>1</sup> Este texto es resultado, en parte, de una investigación más amplia titulada «Discapacidad intelectual y ejercicio del derecho al voto: una reflexión crítica de la reforma de la legislación electoral española y su adaptación a la normativa internacional» (León Alonso, 2019), vinculada al proyecto «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones» (DER2016-74898-C2-1-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER, y que presenté, por primera vez, en el IV Congreso Internacional Perspectivas del Constitucionalismo Contemporáneo (Universidad de Murcia, 28-30 de noviembre de 2018).

transcurso de un procedimiento de incapacitación, de acuerdo al art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen General Electoral. En diciembre de 2018 se modificó esta norma mediante la Ley Orgánica 2/2018, con el objetivo de eliminar todas las restricciones legales al derecho de sufragio de las personas incapacitadas judicialmente y así adaptar la normativa electoral española a los requisitos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Este trabajo analiza esa reforma y sus consecuencias para el concepto de capacidad electoral.

### **Palabras clave**

Derecho de sufragio activo; discapacidad; incapacidad; capacidad judicialmente modificada; capacidad electoral.

### **Abstract**

Spanish law has always allowed voting people with intellectual or psychosocial disabilities, unless the judge decided to restrict this right in an incapacitation procedure, according to the art. 3.1b) of the Organic Act 5/1985 of the General Electoral Regimen. In December 2018, this law has been reformed through the Organic Act 2/2018. This reform eliminates all legal restrictions to the right of vote of people who have been declared legally incapacitated, in order to adjust the electoral Spanish law to the requirements of the Convention on the rights of persons with disabilities of 2006. This paper aims to analyse this reform and its consequences for the concept of electoral capacity.

### **Keywords**

Right to vote; disability; incapacity; judicially modified capacity; electoral capacity.

**SUMARIO**


---

I. LA SUPRESIÓN DE LOS LÍMITES AL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD DE OBRAR JUDICIALMENTE MODIFICADA. II. LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA CONVENCIONALIDAD DEL ART. 3 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL EN SU REDACCIÓN ORIGINAL. III. LA CAPACIDAD ELECTORAL COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL VOTO. IV. ¿QUIÉN SUPERVISA LA CAPACIDAD ELECTORAL? DEL CONTROL JUDICIAL AL CONTROL ADMINISTRATIVO POR LAS MESAS ELECTORALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

## **I. LA SUPRESIÓN DE LOS LÍMITES AL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD DE OBRAR JUDICIALMENTE MODIFICADA**

España ha vivido en 2019 una intensa primavera electoral. Se han renovado las Cortes Generales, la mayoría de Parlamentos autonómicos y todos los ayuntamientos del país. En esos comicios se ha aplicado, por primera vez, la reforma del art. 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), que nos convierte en el undécimo Estado de la Unión Europea en reconocer el derecho al voto, sin restricciones, a todas las personas que tengan su capacidad de obrar judicialmente modificada<sup>2</sup>.

La mayor parte de las legislaciones europeas vinculan el ejercicio del derecho de sufragio con la capacidad jurídica. Hay países como Luxemburgo, por ejemplo, que prohíben el voto a las personas sometidas a tutela (art. 53 de la Constitución). Otros, por el contrario, lo admiten sin reservas. Este es el caso de Italia. Aunque el art. 48 de la Constitución transalpina incluya la incapacidad civil como causa de restricción, desde 1978 con la aprobación de la Legge Basaglia —así llamada en honor al médico fundador del movimiento de la psiquiatría democrática— el derecho de sufragio se extiende también a los incapacitados judicialmente.

---

<sup>2</sup> En nueve países de la Unión Europea se revoca automáticamente el derecho de voto de las personas bajo tutela; en los siete Estados restantes la privación del derecho es potestativa y depende de la decisión de un órgano judicial (Comité Económico y Social Europeo, 2019).

En España, al amparo de la Constitución de 1978 (CE), se optó por una solución intermedia. Así, el art. 3.1.b) y c) y 3.2 de la LOREG —antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre—, preveía la posibilidad de limitar el derecho al voto de las personas incapacitadas civilmente y de los internados en un hospital psiquiátrico, con carácter excepcional y siempre bajo autorización judicial adoptada en un proceso con todas las garantías debidas. En diciembre de 2018, las Cortes Generales, con el apoyo de la totalidad de grupos parlamentarios, suprimieron los apartados b) y c) del art. 3.1 LOREG y acordaron la siguiente redacción del párrafo segundo: «Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera». La reforma incluye una disposición adicional octava que ordena la reintegración *ope legis* del derecho a aquellos ciudadanos que se hubiesen visto privados de él en virtud de la normativa anterior<sup>3</sup>.

De esta manera, se siguen las recomendaciones formuladas en 2011 por el Comité de Naciones Unidas encargado de supervisar la aplicación de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad de 2006. La idea rectora de esa Convención es que los individuos con diversidad funcional —esta es la terminología que se usa— no son meros objetos de asistencia o de protección social, sino sujetos titulares de derechos. La Convención, que entró en vigor en España en 2008, es un punto de inflexión y un cambio en la interpretación del estatuto jurídico de las personas con discapacidad, que se vincula al discurso de los derechos humanos (Cuenca Gómez, 2012). Aunque no se crean nuevos derechos, se prescriben obligaciones dirigidas a los Estados firmantes para procurar su efectividad (art. 4). La norma propone una aproximación de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar (art. 12)<sup>4</sup>, cambiando la protección del discapacitado por el apoyo en la toma de decisiones. Para ello, el tratamiento de la discapacidad debe hacerse no solo desde la perspectiva del individuo, sino también desde el medio social en el que interactúa<sup>5</sup>. En relación con los derechos políticos, el art. 29 conmina a los poderes estatales a asegurar la participación en la vida política en igualdad de condiciones, directamente o a través de representantes libremente elegidos.

<sup>3</sup> Para un análisis íntegro de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, véase León Alonso (2019).

<sup>4</sup> La superación de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, estudiada por Asís Roig *et al.* (2012), es uno de los grandes cambios introducidos por la Convención que va a condicionar la reforma en curso del Código Civil.

<sup>5</sup> Sobre los diferentes modelos del tratamiento de la discapacidad, véase el trabajo de Palacios y Bariffi (2007); y para un análisis pormenorizado del modelo social que recoge la Convención de 2006 puede consultarse Palacios (2008).

Para dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España<sup>6</sup>, se han realizado importantes cambios normativos en aras de garantizar el ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad física y sensorial<sup>7</sup>. Sin embargo, se había postergado la cuestión del sufragio de las personas con discapacidad intelectual, cuestión que ha quedado resuelta, en mi opinión de forma parcial e insatisfactoria, con la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre. Parcial, porque deja sin solventar varios asuntos, como veremos más adelante. Insatisfactoria, porque aunque la redacción original del art. 3 LOREG fuera perfectible, su contenido no vulneraba la Convención de 2006 ni tampoco la Constitución española de 1978 por las razones que expondré a continuación.

## II. LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA CONVENCIONALIDAD DEL ART. 3 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL EN SU REDACCIÓN ORIGINAL

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en su informe de 2011 sobre el grado de implementación de la Convención de 2006 en España, consideró que el art. 3 LOREG negaba el derecho al voto a los discapacitados intelectuales como grupo o colectivo y por razón de cualquier discapacidad. Esta interpretación, a mi parecer, es errónea. De haber existido una norma de esta naturaleza en el ordenamiento jurídico español, habría sido declarada inconstitucional por ser discriminatoria y contravenir el art. 14 CE.

La legislación electoral ha permitido siempre votar a los ciudadanos con discapacidad intelectual, con enfermedades mentales e incluso con un deterioro cognitivo grave, salvo que habiendo sido incapacitados en el trascurso de un proceso de modificación de la capacidad de obrar, el órgano judicial, tras una valoración individualizada, en razón a las concretas circunstancias personales y practicadas todas las diligencias señaladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, decidiese impedir expresamente y con carácter excepcional el ejercicio de ese derecho. Esta posibilidad, afirma Presno Linera (2015), no sería contraria al principio democrático, siempre y cuando no se caiga en automatismos.

<sup>6</sup> La Convención y su impacto en el ordenamiento español ha sido ampliamente estudiado por la doctrina. Para una aproximación al tema desde el punto de vista de los derechos humanos, véase Cabra de Luna *et al.* (2007) y Cuenca Gómez (2010).

<sup>7</sup> Una exposición completa de la adaptación de la legislación electoral a la Convención de 2006 puede leerse en Gálvez Muñoz (2017).

En esta materia resulta primordial no confundir discapacidad con incapacidad judicial, ya que la mayoría de personas con discapacidad no están incapacitadas (Fernández de Buján, 2011: 86). Desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es una situación administrativa, cuyo reconocimiento y calificación corresponde a la Administración pública en los términos indicados por la ley (Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social). La incapacidad, por su parte, es un estado civil declarado en una sentencia tras un proceso judicial, hoy denominado de «modificación de la capacidad de obrar» (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio). El juez, tras comprobar la capacidad de autogobierno de la persona implicada, suple su falta o limitación mediante instituciones tutelares para garantizar el ejercicio de sus derechos y la observancia de obligaciones.

Esta distinción ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional (TC) en su Auto 196/2016, de 28 de noviembre, para avalar la constitucionalidad y la convencionalidad del art. 3.1 LOREG. La «discapacidad», en el sentido de la Convención de 2006, es un concepto amplio en el que tiene cabida cualquier «deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo» (art. 1 de la citada Convención). La «incapacidad», en los términos definidos por el Código Civil, alude a «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 CC). El hecho de tener una «discapacidad», del tipo que sea, no justifica la pérdida de derechos. Y en los supuestos de «incapacidad civil», cualquier modulación en el ejercicio de los mismos debe ser acordada aplicando el principio *favor libertatis*, a tenor del cual hay que optar siempre por la interpretación que menos limite el derecho y que ofrezca mayores garantías.

El TC considera el derecho de sufragio como un derecho de configuración legal, que permite al legislador fijar las condiciones que afectan a su titularidad. Esas condiciones están reguladas en el art. 2 LOREG y supeditan su ejercicio a la ausencia de las circunstancias enumeradas en el art. 3. De ese modo, se dice en el Auto que «[...] el modelo constitucional de sufragio universal no es *per se* incompatible con la privación singularizada de este derecho, por causa legalmente prevista, sobre todo cuando dicha privación está revestida de la garantía judicial» (FJ 2.º). El TC insiste en que el art. 3.1.b) LOREG no impide el derecho a voto a los discapacitados como colectivo, sino que atribuye a los jueces la función de decidir sobre su ejercicio de modo individualizado. Se recuerda que «[...] la restricción únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.1 CE» (FJ 3.º) y que, por lo tanto, «[...] la restricción del ejercicio del derecho de sufragio activo [...] no ha de

ser aplicada como mera consecuencia automática de la declaración de incapacidad» (FJ 4.º). El TC rechaza, pues, ese aludido automatismo y exige que el pronunciamiento vaya precedido de un examen singularizado de la situación de la persona y de una ponderación de los intereses concurrentes.

Esta línea argumental es suscrita por el Tribunal Supremo. No todo individuo con la capacidad de obrar modificada judicialmente pierde su derecho al voto, ya que «[...] una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal» (Sentencias 421/2013, de 24 de junio y 341/2014, de 1 de julio).

La normativa electoral antes de la reforma de 2018, además de ser respetuosa con la Constitución, cumplía con los parámetros del derecho internacional establecidos en los tratados y en la jurisprudencia sobre derechos humanos. Me refiero, en concreto, a los criterios definidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 20 de mayo de 2010, en el Asunto *Alajos Kiss c. Hungría*, en el que se afirma que el legislador nacional dispone de un amplio margen de actuación para decidir las reservas al derecho de sufragio y regular los procedimientos de evaluación de la capacidad política de los votantes. Sin embargo, el TEDH advierte que las personas con trastornos mentales o intelectuales no constituyen un grupo homogéneo. En definitiva, no es admisible restringir de manera automática el derecho al voto sin una valoración individualizada en el trascurso de un proceso judicial.

Lo que sí puede haber resultado inconstitucional y discordante con la normativa internacional es una aplicación incorrecta del art. 3 LOREG en los procesos de modificación de la capacidad. Ello debido, en gran parte, a que «no establece criterio alguno y guarda silencio sobre cuál debe ser el estándar de prueba, dejándolo todo en manos del juez» (Presno Linera, 2018). Puede ser que en la práctica forense se hayan utilizado pautas poco rigurosas e imprecisas en la denegación del derecho al voto de las personas incapacitadas, incluso alejadas del nuevo paradigma de la discapacidad con un enfoque más social y menos médico. Esas hipotéticas violaciones de derechos fundamentales se tendrían que haber dirimido, en su caso, a través de un recurso de amparo ante el TC contra aquellas decisiones judiciales que incluyeran una limitación innecesaria del derecho de sufragio de una persona con capacidad volitiva y cognitiva suficientes para votar.

Ahora bien, considero injustificado que para reconducir una presunta mala praxis judicial se haya realizado una reforma legislativa que adolece

de serias deficiencias. Recordemos que la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, incluye una disposición adicional octava para restituir *ope legis* en el ejercicio del derecho de sufragio a toda persona que haya sido previamente incapacitada y privada del mismo. A mi juicio, esa disposición contradice la propia filosofía del sistema de apoyos. La modificación de la capacidad de obrar debe ser, como señala el Tribunal Supremo (Sentencia 341/2014, de 1 de julio de 2014), una especie de «traje a medida» que requiere por parte del juez de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra la persona. Por lo tanto, una restitución colectiva y automática en el ejercicio de aquel derecho es contraria a la máxima que rige la Convención de 2006, según la cual hay que tratar de manera individualizada la diversidad. En su lugar, se tenía que haber contemplado en la reforma de la LOREG una revisión de las sentencias de modificación de la capacidad para ordenar, en cada caso concreto, los apoyos necesarios de los afectados por la disposición adicional octava<sup>8</sup>.

Para dar cumplimiento a esta nueva disposición, la Junta Electoral Central (JEC), en su Acuerdo 2/2019, de 23 de enero, ordenó a la Oficina del Censo Electoral la incorporación al mismo de los ciudadanos que hubiesen sido privados en el pasado del derecho al voto como efecto de resoluciones judiciales de naturaleza civil. Esas personas que ahora han recuperado su derecho, asumen —también de manera automática— todas las obligaciones que implica su inclusión en el Censo, como la de formar parte de las mesas electorales. Sin embargo, la falta de previsión del legislador ha provocado, en los recientes comicios, conflictos de difícil solución en el nuevo contexto normativo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Con relación a la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, es muy esclarecedora la Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía General del Estado.

<sup>9</sup> Los medios de comunicación se hicieron eco en esos días del caso de una ciudadana con parálisis cerebral y una discapacidad intelectual del 85 % que le impedía hablar y relacionarse. Habiendo recobrado su derecho con la entrada en vigor de la LO 2/2018, fue convocada como vocal de mesa en las elecciones del 26 de mayo de 2019. Sus representantes legales presentaron una petición de excusa, de acuerdo al art. 27.3 LOREG, sin recibir respuesta alguna de la Junta Electoral competente. Esta persona, que no compareció a la constitución de la mesa asumiendo con ello el riesgo de ser sancionada (art. 143 LOREG), sí acudió acompañada de sus progenitores al colegio electoral para ejercer el derecho al voto. Véase «Descontrol en el voto de los discapacitados: hacen vocal a una parálitica cerebral». *El Mundo*, 26-05-2019

### III. LA CAPACIDAD ELECTORAL COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL VOTO

Una de las razones para defender la validez de la norma modificada tiene que ver con la naturaleza del derecho al voto, que no puede ser definido, en sentido estricto, como un derecho innato. Explica Alexy (1997:260), al comentar la teoría de los derechos públicos subjetivos de Jellinek, que para que el ciudadano pueda situarse en el «estatus activo» se le tienen que otorgar por el Estado una serie de competencias —como el derecho de sufragio— que se encuentran fuera de su libertad natural. Es decir, ese derecho no pertenece a la persona por el hecho de serlo, sino que requiere para su ejercicio una cualificación que le viene dada por la Constitución y por la legislación electoral (García Roca, 2000: 46-47). Al ser un derecho de configuración legal, su titularidad y ejercicio dependen de las condiciones que fije el Estado respetando, en todo caso, su contenido esencial. En definitiva, y como ya se ha dicho, un sistema de sufragio universal como el español es compatible con el establecimiento de requisitos para su ejercicio.

Las normas que regulan la titularidad y ejercicio del derecho al voto son, utilizando terminología *hartiana*, normas que confieren potestades. Rodilla (2013: 46-47) aclara que este tipo de normas fijan los criterios para realizar válidamente determinados actos, como sería en nuestro caso el sufragio activo. Esos requisitos los agrupa Rodilla en dos tipos: estipulaciones sobre *quién* puede realizar el acto en cuestión —es decir, reglas que determinan la «capacidad de obrar»—, y estipulaciones sobre *cómo* ha de realizarse el acto, ordenando el «procedimiento» que debe seguirse para que resulte válido.

La nacionalidad y la capacidad son los requisitos que la Constitución española ha acordado para decidir *quién* puede votar válidamente. Respecto a la nacionalidad, el art. 13.2 CE fija como regla general que solo los españoles son titulares del derecho de sufragio, salvo la excepción dispuesta para las elecciones municipales y al Parlamento Europeo. En cuanto a la capacidad, el art. 68.5 CE indica que «son electores y elegibles quienes estén en pleno uso de sus derechos políticos». La plena capacidad política se alcanza, según el art. 12 CE, a los 18 años.

Ahora bien, ¿qué se entiende por capacidad política o electoral? Presno Linera (2011:34) la define como «la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que únicamente puede hacerse si se cuenta con la capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas». Es decir, el ejercicio del sufragio requiere en el elector una capacidad natural mínima para comprender el sentido del voto, querer votar y poder expresarse.

No se trata, ni mucho menos, de prescribir un tipo de sufragio que solo permita participar a quienes tengan determinados conocimientos sobre la

política y el sistema electoral. No se debe confundir la falta de cultura política —que lamentablemente afecta a un número significativo de ciudadanos— con la ausencia de capacidad política. La incultura política desvirtúa la participación democrática, pero no la invalida desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, quien vota sin capacidad para ello o sin seguir el procedimiento establecido, sí que estaría privando de validez a ese acto jurídico, además de incurrir en un delito electoral (art. 142 LOREG).

La capacidad electoral no actúa, por lo tanto, como un límite externo al propio derecho, sino como un elemento que forma parte de su «contenido esencial». Según el TC el contenido esencial coincide con «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así». Se completa esta definición señalando que la esencialidad hace referencia a aquella parte del derecho «[...] que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.º).

La exigencia de capacidad electoral en el votante no supone una *limitación*, sino más bien una *delimitación* del derecho (Presno Linera, 2011: 34). Cuando el legislador en el nuevo art. 3.2 LOREG establece en términos inequívocos las condiciones que debe reunir el voto —el voto debe ser consciente, libre y voluntario— lo que hace es especificar sus rasgos básicos que lo hacen reconocible. Esos rasgos se completan con las características ya dispuestas en el art. 4.1 LOREG («El derecho de sufragio se ejerce personalmente [...]») y en el art. 5 LOREG («Nadie puede ser obligado a [...] revelar su voto»).

En definitiva, si el votante no puede conformar ni expresar su voluntad política —debido a una enfermedad, una deficiencia psíquica o un deterioro cognitivo que le impida gobernarse por sí mismo—, en modo alguno podrá ejercer un derecho en el que esa capacidad mínima es imprescindible (Gómez-Riesco Tabernero de Paz, 2017: 262). Si se permite votar a quienes no son capaces de comprender y querer, se desnaturaliza el derecho de sufragio y pierde su idiosincrasia (Presno Linera, 2002). Por lo tanto, la exigencia de la capacidad electoral se justifica no solo porque de ella depende la validez de un acto jurídico de transcendencia pública como es el voto, sino también porque su ausencia transmutaría el derecho.

Lo mismo puede decirse en el caso de los menores de edad en virtud de la presunción según la cual carecen de capacidad electoral hasta alcanzar los 18

años. Presunción que, por cierto, no admite prueba en contrario. La reforma del art. 3 LOREG consiente votar a personas con deterioros cognitivos graves o discapacidades mentales profundas, mientras que jóvenes menores de edad, tal vez con una capacidad volitiva y cognitiva suficientes, seguirán excluidos del proceso electoral. Si la idea de universalidad quiere ser tomada en serio y la capacidad electoral admitida como un criterio para atribuir el sufragio de forma no arbitraria, estas asimetrías deberían ser corregidas (Marshall, 2017: 10-11).

#### IV. ¿QUIÉN SUPERVISA LA CAPACIDAD ELECTORAL? DEL CONTROL JUDICIAL AL CONTROL ADMINISTRATIVO POR LAS MESAS ELECTORALES

Con la legislación anterior, alcanzada la mayoría de edad nadie podía ser privado del derecho al voto, salvo que se desvirtuase la presunción de capacidad política en un proceso judicial. Ahora bien, la interpretación que ha hecho la JEC del nuevo art. 3.2 LOREG ha trasladado desde la jurisdicción al ámbito de la Administración electoral la competencia para valorar si el voto es consciente, libre y voluntario. Recordemos al respecto la polémica Instrucción 5/2019, de 11 de marzo de 2019, que fue parcialmente modificada poco tiempo después por la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo de 2019, debido a las críticas de las asociaciones de personas con discapacidad intelectual al entender que la JEC, con su primera intervención, daba pie a sospechar sobre la validez del voto emitido por los integrantes de ese colectivo. En su lugar, la nueva Instrucción establece —sin aludir ya a las personas con discapacidad— que si algún miembro de la mesa electoral o representante de los partidos políticos considera que el voto no se ejerce de forma consciente, libre y voluntaria «no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna», pero lo podrá hacer constar en el acta de sesión mediante el número de identificación del elector (DNI u otro documento).

Con esta decisión la JEC, sin preverlo la LOREG, atribuye a los miembros de las mesas y representantes de partidos políticos la potestad de controlar la idoneidad del votante, sin ni siquiera aclarar qué criterios se van a utilizar, dejando un amplio margen a la discrecionalidad<sup>10</sup>. Y todo ello sin los límites y las garantías que hasta ahora ofrecía el proceso civil de modificación de la capacidad de obrar. Por otro lado, tampoco se entiende la finalidad de la anotación en el acta, una vez que el voto ya se ha introducido en la urna. Si el

---

<sup>10</sup> Sobre este aspecto, son muy acertadas las observaciones hechas por Presno Linera (2019).

votante ejerce su derecho inconscientemente, coaccionado o de forma involuntaria, el presidente de la mesa tendría el deber de intervenir para «asegurar la libertad de los electores» (art. 91.1 LOREG).

En la misma Instrucción se señala que «las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la mesa electoral», pero tampoco se especifican las garantías y las condiciones de ese voto asistido. Este vacío legal debe resolverse por las Cortes Generales cuanto antes, sin olvidar que se trata de un derecho donde no cabe la representación y en el que la introducción de apoyos debe hacerse con toda cautela para preservar el carácter personal, libre y secreto del voto.

Quienes apelando al juicio de proporcionalidad afirman que permitir votar a una persona privada de sus facultades no le causaría daño alguno ni perjudicaría al interés general ni al normal funcionamiento del proceso electoral, no solo minimizan la importancia de ese derecho, sino que además colocan a esas personas en una situación de mayor vulnerabilidad. Si bien es cierto que cualquier votante puede ser coaccionado o manipulado, en el caso de las personas con discapacidad intelectual ese riesgo se ve incrementado. Lo mismo puede ocurrir con quienes padecen una enfermedad mental grave o un deterioro cognitivo severo. No se trata, advierte Gálvez Muñoz (2009: 84), de un riesgo potencial, sino de una realidad ya que «son muchos los casos en los que el discapacitado o dependiente es coaccionado para que confeccione el voto en determinado sentido o es ayudado o incluso sustituido en esta tarea por un tercero». El problema está, como aclaran el propio Gálvez y Rubio Lara (2007), en que esos abusos son difíciles de detectar y denunciar. Primero, por la especial relación de dependencia y subordinación de las personas discapacitadas respecto a quienes desempeñan su guarda o custodia y, segundo, por la propia dinámica de la votación. Es necesario señalar que la legislación electoral, además de permitir el voto por correo, acepta que los votantes acudan al colegio electoral ya provistos del sobre con la papeleta de votación dentro. El legislador debería haber aprovechado la reforma de la LOREG para minimizar esos riesgos y reforzar los mecanismos de control y sanción de quienes instrumentalizan a las personas en situación de vulnerabilidad.

En conclusión, la capacidad electoral como requisito para ejercer el derecho de sufragio, no debería cuestionarse en el momento de la votación, sino antes. Si finalmente prospera la reforma del Código Civil que se está preparando en materia de capacidad y se sustituye el actual procedimiento de incapacitación por un procedimiento de prestación de apoyos<sup>11</sup>, debería

---

<sup>11</sup> Pau Pedrón (2018:14) aclara que este nuevo procedimiento «solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad

contemplarse la posibilidad de que sea de nuevo el juez el que determine qué hacer en los casos en los que el elector no pueda conformar y/o expresar su voluntad política por ningún medio. Esta sería, a mi entender, la única vía para garantizar la seguridad jurídica de los votantes y de todo el proceso electoral.

### **Bibliografía**<sup>12</sup>

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Asís Roig, R. de, Barranco Avilés, M. C., Campoy Cervera, I., Cuenca Gómez, P., Ramiro Avilés, M. Á., Ospina, M., Valverde, R. y Benavides, Á. (2012). *Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Disponible en: <https://bit.ly/2lim9hK>.
- Cabra de Luna, M. Á., Bariffi, F. y Palacios, A. (coord.) (2007). *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención internacional de Naciones Unidas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Comité Económico y Social Europeo (2019). *El derecho real de voto en las elecciones al Parlamento Europeo de las personas con discapacidad*. Disponible en: <https://bit.ly/2ljqSjg>.
- Cuenca Gómez, P. (ed.) (2010). *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson.
- (2012). Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 158, 103-137.
- Fernández de Buján, A. (2011). Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación. *Revista de Derecho de la UNED*, 9, 83-92.
- Gálvez Muñoz, L. A. y Rubio Lara, P. Á. (2007). El régimen de votación de las personas especialmente vulnerables y sus garantías, en particular la penal. *Anales de Derecho*, 25, 97-132.
- (2009). *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

---

requiera asistencia o, de modo excepcional, representación, pero no la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos».

<sup>12</sup> He redactado este trabajo nada más aprobarse la reforma del art. 3 LOREG, coincidiendo con los procesos electorales celebrados entre abril y mayo de 2019. Gran parte del debate doctrinal que tuvo lugar en esas fechas, se desarrolló en foros y encuentros científicos y a través de las redes sociales. De ahí la inclusión entre las referencias bibliográficas del blog jurídico del profesor Presno Linera, sin duda uno de los mayores expertos en esta materia.

- (2017). El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia. *Revista de Derecho Político*, 100, 1057-1096. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20726>.
- García Roca, F. J. (2000). Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 4, 9-49.
- Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. (2017). La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre. *Derecho Privado y Constitución*, 31, 243-274. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.06>.
- León Alonso, M. (2019). Discapacidad intelectual y ejercicio del derecho al voto: una reflexión crítica de la reforma de la legislación electoral española y su adaptación a la normativa internacional. En J. A. García Amado (coord.) *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos* (pp. 443-485). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Marshall, P. (2017). El derecho a sufragio de los menores de edad: capacidad y edad electoral. *Revista de Ciencia Política*, 1, 1-24. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2017000100001>.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Pau Pedrón, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho Civil*, 5 (3), 5-28. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- Presno Linera, M. Á. (2002). La titularidad del derecho de participación política. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 104. Disponible en: <https://bit.ly/2miDMOL>.
- (2011). El derecho al voto: un derecho político fundamental. *El derecho y el revés* [blog]. Disponible en: <https://bit.ly/2mKGVa1>.
- (2015). Derecho de voto y discapacidad mental. *El derecho y el revés* [blog], 1-3-2015. Disponible en: <https://bit.ly/2kRfBqg>.
- (2018). El derecho de voto de las personas con alguna discapacidad intelectual. *El derecho y el revés* [blog], 6-7-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2mLjIEI>.
- (2019). Breves —y aquí urgentes y extraordinarios— apuntes sobre los procesos electorales (3): el ejercicio del voto por personas con alguna discapacidad. *El derecho y el revés* [blog], 14-3-2019. Disponible en: <https://bit.ly/2mNt1UF>.
- Rodilla Pérez, M. Á. (2013). *Teoría del Derecho*. Salamanca: Ratio Legis.