

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA CONVENCIÓN

Nuria Martínez Sánchez
Universidad de Almería
E-mail: nms735@ual.es

RESUMEN: El derecho de sufragio, especialmente en su vertiente activa, ha sido, desde tiempo inmemorial, un hándicap para la persona con discapacidad. En concreto, en España, son muchas las personas que se han visto privadas de tal derecho de rango fundamental mediante sentencia judicial. En muchos casos, de forma injustificada. Los avances en materia de discapacidad, así como la presión de los distintos organismos nacionales e internacionales, han culminado con la reforma del histórico artículo 3 de la LOREG, que reconoce, en igualdad de condiciones, el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad, de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Palabras clave: sufragio, voto, discapacidad, reforma, Convención.

ABSTRACT: *The right to vote, especially in its active aspect, has been, since time immemorial, a handicap for the persons with disabilities. Specifically, in Spain, many people have been deprived of this fundamental right by sentence, in many cases without justification. Progress in the area of disability, as well as pressure from different national and international organizations, has culminated in the reform of the historic Article 3 of the LOREG, which recognises the right of all persons with disabilities to vote under equal conditions, in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

Keywords: *right, vote, disability, reform, Convention.*

SUMARIO: *I. INTRODUCCIÓN. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA. II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN INTERNACIONAL. III. MODELOS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 3.1. Ordenamientos que privan del derecho de sufragio a las personas con discapacidad. 3.2. Países cuyo ordenamiento incluye el derecho de sufragio de la persona con discapacidad. 3.3. Informe del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación al TFUE. IV. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 4.1. Modificación de la LOREG. 4.2. Aplicación jurisprudencial de la LOREG. V. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE. VI. EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. VII. CONCLUSIONES.*

I. INTRODUCCIÓN. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Decía Rosseau en su prolífica obra, que el derecho de votar en todo acto de soberanía, es un derecho que nadie puede quitar a los ciudadanos¹, puesto que como ha tenido a bien manifestar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se trata de un privilegio, ya que en pleno siglo XXI, la concepción de Estado democrático lleva consigo ineludiblemente la inclusión del sufragio universal que se alza, no como principio básico sino como derecho fundamental. No obstante, ello no ha sido óbice para su histórica restricción en detrimento de ciertos colectivos considerados vulnerables por su falta de amparo y su degradación social, entre ellos, las personas con discapacidad. En estos casos, como indica la Convención, la diferenciación que sustrae la privación del derecho no es susceptible de justificación. En relación a tal extremo el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020², enarbola la inalienabilidad del derecho de sufragio como derecho humano, perteneciente a todas las personas con discapacidad, sin que sea plausible la restricción, ni en su vertiente activa ni en la pasiva, ya sea por decisión judicial o de cualquier otra entidad. Recuerda en este punto el Comité, que las únicas condiciones que pueden conllevar la restricción del derecho de sufragio son la edad y la ciudadanía, pero en ningún modo, la discapacidad. De hecho, compele a los Estados miembros a que supriman aquellas disposiciones legislativas que atenten contra el principio de igualdad en razón de discapacidad, entre ella aquellas medidas discriminatorias en materia de tutela, realizando las adaptaciones las adaptaciones «razonables» de los procedimientos de voto para garantizar la participación de las personas con discapacidad en las elecciones nacionales y europeas.

Cuando nos enfrentamos al derecho de sufragio, ostentoso de una vertiente activa y una pasiva, nos encontramos en la esfera personal del sujeto, alusiva a su consideración como ser humano, persona para el ordenamiento jurídico, titular de derechos y obligaciones que emanan de la propia esencia de su personalidad. En concreto, como portador de la proporción de soberanía que cada ciudadano ostenta, comporta la esencia de la democracia. Cualquier democracia que se precie ha de garantizar el derecho de sufragio universal a todos los ciudadanos que componen su Estado, dado que lo contrario estribaría en una plausible vulneración del principio de igualdad, un sistema democrático aparente u otro régimen encubierto.

II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Dada su consideración como derecho fundamental, es reconocido y recogido en numerosos textos internacionales protectores de los derechos humanos, en interés de que toda persona sea titular de dicho poder, con la salvedad de las precisiones o restricciones que

1 ROSSEAU, J.J., *El contrato social*, Obras clásicas de siempre, pág. 143. http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/ContratoSocial.pdf

2 Apartado 5.16 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras». *COM (2010) 636 final* (2011/C 376/15), aprobado en septiembre de 2011.

establezcan los ordenamientos jurídicos de los Estados parte que sean conformes con los principios de dichos instrumentos y no recaigan en motivos discriminatorios desproporcionales.

De esta forma, encontramos el derecho al sufragio de la persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, concretamente en su artículo 21, reconoce el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, ya sea de forma directa o con por mediación de representantes elegidos por el pueblo (apartado primero) y a acceder de modo igualitario a las funciones públicas de su país (apartado segundo), entendiendo que la «voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público», la cual se expresará a través de «elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto» (apartado tercero). Como podemos observar tras estas palabras integrantes del precepto internacional, no se detalla ninguna exclusión en razón de ninguna clase, tan sólo se especifica que las personas tienen derecho a elegir a los gobernantes de su país. Lógicamente, una persona no podrá votar en todos los países que considere oportuno, participando en las distintas elecciones que se le planteen interesantes, puesto que ello conllevaría la germinación de un caos evitable. Por ello, como veremos, se establece el criterio de la ciudadanía o residencia, dependiendo de la legislación, para acceder a ese ejercicio del derecho de sufragio.

Años más tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, referente, como su nombre indica, de los derechos de la persona relativos a su inclusión en la comunidad y a la vida política de su país, renueva los votos ordenados en su precedente -salvando las distancias entre ambos acuerdos-, de forma que su artículo 25 reconoce en similares términos a la Declaración Universal, el derecho de sufragio activo y pasivo de todos los ciudadanos³. Ahora bien, respecto al texto internacional anteriormente comentado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace una precisión al principio de su artículo 25, al decir que todos los ciudadanos gozarán, sin que medie distinción alguna de las establecidas en su artículo 2, y sin «restricciones indebidas» de los derechos y oportunidades que conlleva el derecho de sufragio. Ese precepto segundo recoge el compromiso de los Estados firmantes «a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen o nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social», dedicando las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para el efectivo ejercicio de derechos por sus titulares, así como las garantías precisas para velar por dicho ejercicio sin injerencias indebidas ni restricciones. De esta forma, como establece el artículo 2, los Estados firmantes del Pacto, se comprometen a adoptar las decisiones oportunas a fin de garantizar el respeto de los derechos que el texto contiene, entre los que se encuentra el derecho de sufragio en su artículo 25,

3 Literalmente expone: «Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

como ya hemos visto, resaltando que no cabe distinción en ese reconocimiento y tutela de derechos. Si bien es cierto que el precepto no alude a la posible distinción en razón de discapacidad, al menos no lo hace de forma literal, pero podríamos entenderla inserta en la fórmula que deja abierta el artículo 2 al aludir a diferenciaciones «de otra índole» o «cualquier otra condición social». Otra proposición, a nuestro juicio más alejada de la realidad por los antecedentes que aún hoy persisten, es que la discapacidad no se considere razón distintiva por su innecesaridad, contemplando a las personas con discapacidad como aquellas otras sin discapacidad que no han sufrido discriminación por esta razón y que se encuentra bajo la redicha «normalidad». Pero, como decimos, esta perspectiva se aleja mucho de la histórica realidad, puesto que la discriminación y marginación eran persistentes y descartaban la discapacidad en el reconocimiento de derechos, perdurando retazos de tal situación en la actualidad.

Centrándonos en la literalidad del texto, y en la situación de la persona con discapacidad, entendemos coherente integrar la discapacidad como motivo distintivo incluido en la coletilla «de otra índole» del precepto, contando, como el resto de motivos, con el rechazo del texto internacional. Si bien, ese desglose de posibles motivos discriminadores, los cuales rechaza el Pacto Internacional, no se produce en la Declaración Universal que se limita a reconocer la soberanía del pueblo y el reconocimiento de sufragio libre.

Como apunta CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ⁴, el derecho de sufragio es un derecho individual y personalísimo que se reconoce, de acuerdo con el Pacto Internacional, a cada persona como ciudadana de ese ente público, más no podemos tildarlo de derecho absoluto, puesto que desde los albores de su reconocimiento hasta la actualidad ha sido restringido o limitado con dependencia del criterio estatal. De hecho, como señala el autor, el principio de universalidad del sufragio activo que propugna la Declaración Universal no ha de concebirse como una prerrogativa que se concede a toda persona que habita en un Estado, sino que será reconocido a todos aquellos ciudadanos en los que no concurra causa alguna de las prevista legalmente que supongan su privación. Para empezar, el texto se refiere aquellas personas que posean la condición de ciudadano de un Estado, para ostentar el derecho de sufragio⁵. Consecuentemente, se podrá regular dicho derecho mediante la vía de la ciudadanía, siendo además comúnmente aceptado que a ello ha de sumarse el requisito de la mayoría de edad para el ejercicio de esta potestad. De hecho, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general respecto al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ en 1996, aludía, en su apartado tercero, a la peculiaridad de este derecho, pues si bien otros se garantizan a todas las personas dentro del territorio y jurisdicción de un Estado, «el artículo 25 protege los derechos de "cada uno de los ciudadanos"». Ello conlleva, según el órgano internacional, que los Estados han de disponer jurídicamente las condiciones que definen la ciudadanía, dentro

4 CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Derechos políticos de las personas con discapacidad: especial referencia al sufragio activo», en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida*, Dykinson, 2018, págs. 534 y 535.

5 Ciertamente, el derecho de sufragio se divide en dos vertientes y, aunque, los textos internacionales aluden a ambas perspectivas no es menos cierto que las legislaciones se centran en el derecho al voto, esto es, el derecho de sufragio activo, entendemos debido a la potestad reguladora de la ley que permite su ejercicio directo. Mientras que el derecho a ser elegido en elecciones a un cargo público, una vez reconocido el derecho, su elección no pende de la voluntad del legislador sino del criterio de los electores.

6 Observación general del Comité de Derechos Humanos. 57º período de sesiones. 12 de julio de 1996.

del contexto de los derechos que el precepto ampara. Precisa, además, que «no se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»⁷. De nuevo, entenderíamos rechazada cualquier tipo de distinción -utilizando el término de los textos internacionales, incluyendo en su seno aquella que tenga lugar por discapacidad, pero el Comité zanja esta conclusión en sus siguientes apartados. El órgano distingue entre discapacidad física y e incapacidad mental. En cuanto a la primera, no puede constituir razón para restringir o limitar el derecho al voto, como tampoco puede serlo la falta de «capacidad para leer o escribir, el nivel de instrucción o la situación económica» (apartado 10 de la Observación), siendo obligación de los Estados adoptar las «medidas positivas» necesarias para «superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva», con ello se pretenden remover los obstáculos que puedan encontrarse las personas con derecho a voto para que puedan hacer efectivo el mismo, asimismo, a pesar de no afirmarlo directamente, entendemos coherente pensar que las barreras que encontraren las personas con discapacidad física han de ser salvadas a fin de que el derecho a votar sea accesible a aquellos (apartado 12). Ahora bien, nos se deduce el mismo pensamiento si la discapacidad de la persona es mental -como literalmente recoge el texto-, puesto que a juicio del Comité la «incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público» (apartado 4 *in fine*). Esta frase la transcribe el Comité a modo de ejemplo de la restricción de los derechos del artículo 25 del Pacto Internacional, entendiendo que tal discapacidad -incapacidad en palabras del órgano- es motivo razonable y objetivo para que la legislación estatal lo recoja a modo de limitación de tales derechos.

Ante este panorama internacional, poca esperanza había de que las legislaciones estatales fueran magnánimas en el reconocimiento del derecho de sufragio de todas las personas, incluyendo aquellas con discapacidad de orden intelectual o psicosocial, y estableciesen las garantías necesarias para facilitar su ejercicio.

Mas, aunque el cambio está siendo paulatino y adolece, en la mayoría de sistemas, de lentitud, el nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad aportado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, supuso el «crac» definitivo en la concepción de la misma. Su visión transversal y la impregnación de su cometido de acuerdo con los derechos humanos y con la propia humanidad, calan en cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico, en cada acto o negocio jurídico, puesto que la discapacidad no es sector estanco, sino que es tan variable y cotidiano como las personalidades de los sujetos.

En lo relativo al derecho de participación en la vida política y pública -como se titula el precepto dedicado al derecho de sufragio-, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a votar y a ser votadas en elecciones, reflejando el compromiso que los Estados firmantes sostienen para hacer efectivo el ejercicio de estos

7 Para evitar confrontaciones o incompatibilidades en relación a las formas de adquisición de la ciudadanía, el Comité compele a los Estados a indicar en sus informes acerca de este punto, dilucidando si los residentes permanentes gozan del derecho de sufragio y de qué forma lo hacen, entre otros.

derechos. Para ello deberán acordar en sus legislaciones las medidas oportunas, necesarias y efectivas para garantizar el libre ejercicio de estos derechos políticos, conforme al artículo 29 del texto internacional⁸.

La descripción expuesta en el articulado de la Convención, evidencia que la labor estatal no se puede ceñir al mero reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, enarbolando la igualdad entre personas y la ostentación de capacidad jurídica plena, sino que la obligación radica en que esas líneas traspasen el papel y, efectivamente, lleguen a las personas con discapacidad, permitiéndoles ejercitar sus derechos de forma libre, más con las garantías necesarias para asegurar dicha libertad y coartar las influencias indebidas, cuando efectivamente las hubiere.

Como puede apreciarse existe cierta discrepancia entre lo expuesto por el Comité de derechos humanos y la CDPD, en cuanto el primero considera como causa justificada de privación del derecho de sufragio la «incapacidad mental» y, la segunda, reivindica y compele a los Estados a que garanticen el pleno y efectivo reconocimiento del mismo, así como su ejercicio, a todas las personas con discapacidad, sin que medie distinción en tal punto. A partir de la nueva perspectiva de la Convención, el Consejo de Derechos Humanos en Resolución de 2011⁹ no sólo alentó a los Estados partes a que reforzaran «la cooperación internacional en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad» (apartado 7), reafirmando «la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación sus derechos y libertades (*ab initio*), sino que solicitó a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que preparara un estudio detallado temático sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública para debatir sobre ello posteriormente, en el seno del Consejo de Derechos Humanos (apartado 17). El estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública¹⁰, esgrime de forma minuciosa el contenido de los derechos a la vida política y pública de la persona con discapacidad a la luz de la Convención.

Centra el foco de su atención especialmente, en el derecho a votar, por considerarlo el derecho político más importante (apartado 7), ya que a través de la participación «se forma la voluntad colectiva y se legitiman las decisiones»¹¹. Destaca el hecho de que la normativa de los Estados, especialmente centrándonos en España, no profundiza en la vertiente pasiva del derecho de sufragio como lo hace en su esfera activa, de hecho, es os-

8 Los Estados Partes se comprometerán a:

- Asegurar la participación plena y efectiva en la vida política de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás personas.
- Promover activamente un entorno en el que realmente las personas con discapacidad puedan participar de forma plena y efectiva en la dirección de asuntos públicos.

9 Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, publicada en el informe del Consejo sobre su 16º período de sesiones (A/HRC/16/2), cap. I. 12 de abril de 2011. GE.11-12716 (S) 180411 190411. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/ParticipationPoliticalAndPublicLife.aspx>

10 Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública, presentado en el 19º período de sesiones el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/19/36

11 Así lo describe MARTÍNEZ PUJALTE en MARTÍNEZ PUJALTE, R., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, 2015, pág. 83.

tensible el contraste legislativo existente entre ambas en tal extremo. Al final, el ejercicio del resto de derechos que conforman el llavero jurídico relativo a los derechos a la vida política, no se va a predicar en todos los ciudadanos -aunque todos, cumplidos ciertos requisitos establecidos nacionalmente, deban tener acceso a ellos-, puesto que dependen de las ambiciones personales de cada individuo y de sus intereses. No todos los ciudadanos querrán presentar candidaturas a puestos públicos, tampoco ser representantes del resto de ciudadanos... Sin embargo, una gran proporción poblacional querrá decidir -dentro de su esfera de decisión- quién quiere que lo represente, qué candidatura es más acorde a su ideología, quién cree que defiende mejor sus intereses o, simplemente, qué representante le cae mejor. De ahí que el derecho al voto se erija como el epicentro de estos derechos y se le conceda un lugar destacado en su estudio.

Así, el citado estudio del Alto Comisionado, al igual que lo hiciera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es proclive a la permisión de restricciones al ejercicio de los derechos políticos, siempre que sean establecidas legalmente en base a criterios objetivos y razonables (apartado 8). Si bien, como pone de manifiesto el texto, las restricciones o privaciones parecen ser incongruentes con el derecho de sufragio universal promulgado en los textos internacionales, mas se explica por el momento en el que se aprobó el Pacto, cuando las restricciones al derecho de voto a determinados grupos -extranjeros, niños y jóvenes, «personas que no tienen capacidad jurídica» y los condenados a penas privativas de prisión- no constituían una vulneración del derecho de sufragio universal, en base a la mentalidad y, por ende, legislación y sociedad de la época (apartado 26). Pero lógicamente este descarte, limitación o privación carece de consistencia, aún más tras la promulgación de la Convención, poniéndolo así de manifiesto el estudio que alude al cambio drástico producido en el contexto jurídico acontecido en años venideros, lo que conlleva la incompatibilidad de la mayoría de restricciones de los derechos relativos a la vida política con la prohibición de discriminación imperante en materia de derechos humanos (apartado 28). Concretamente, en lo que a objeto del presente trabajo interesa, tras la Convención, no procede la aplicación de restricciones ni excepciones que afecten al ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad, ya sea esta física, intelectual, psicosocial o cualquier otra, pues ello constituiría discriminación en razón de discapacidad a tenor de lo preceptuado en el artículo 2 de la misma (apartados 29 y 69)¹². En virtud de tal regulación, el Alto Comisionado considera que el artículo 25 del Pacto Internacional ha de interpretarse y aplicarse a la luz de las novedades legislativas que posteriormente han tenido lugar, en concreto de acuerdo con la Convención. De modo que plantea al Consejo de Derechos Humanos la adecuación de revisar su Observación general nº 15 sobre el derecho de participación en asuntos públicos y políticos, al objeto de actualizar las manifestaciones vertidas en tal publicación a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos vigente en la materia. Consecuentemente, entre

12 Además, tampoco cabría amparar la restricción en la falta de capacidad jurídica, puesto que dicho argumento confronta directamente con el contenido del artículo 12 de la Convención y que impregna todo el texto, ya que en el mismo se reconoce capacidad jurídica en igualdad de condiciones a la persona con discapacidad respecto a los demás, sin albergar excepción alguna a dicha afirmación. Por tanto, la limitación en base a la falta de capacidad es incompatible con la Convención, con independencia de la necesidad, en su caso, de apoyo para su ejercicio. De modo que, como afirma el Alto Comisionado, «la privación de la capacidad jurídica por motivos de enfermedad mental o discapacidad psicosocial real o percibida puede constituir una violación de las obligaciones establecidas en el artículo 12» (apartado 30). Incluso, a nuestro parecer, podríamos suprimir ese «puede constituir» por un «constituye».

otras medias, sería procedente la supresión de la discapacidad intelectual o psicosocial a modo de ejemplo de restricción razonable y objetiva inserta en la Observación general número 25 del Consejo de Derechos Humanos (apartado 71).

III. MODELOS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A pesar de las precisiones hechas por los órganos protectores de derechos humanos, han sido frecuentes las restricciones y privaciones del derecho de sufragio de determinados grupos dentro de las personas con discapacidad, pudiendo agrupar tales limitaciones en dos grandes modelos presentes en distintos Estados¹³ -aún a pesar de haber firmado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad-.

3.1 Ordenamientos que privan del derecho de sufragio a las personas con discapacidad

Encontramos la regulación de aquellos ordenamientos jurídicos donde la declaración de modificación de la capacidad y el sometimiento a tutela de la persona con discapacidad reporta automáticamente la privación del derecho de sufragio y su exclusión del censo electoral, sin que sea preceptiva la argumentación o justificación individualizada de tal decisión por parte del tribunal, puesto que se trata como una consecuencia automática de la modificación de la capacidad, al entender que la persona en estas circunstancias carece de capacidad de discernimiento suficiente para poder tomar una decisión electoral. Esta posición es acogida, entre otros, por Hungría, sustentándola en el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁴ relativo a la constitución de elecciones libres en los Estados en las condiciones «que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». A este respecto se ha pronunciado el TEDH, en el caso Alajos Kiss contra Hungría¹⁵, referente para posteriores resoluciones sobre la materia¹⁶, manifestando que no puede aceptar una normativa que propugne la «prohibición absoluta de votar a cualquier persona bajo tutela parcial», al margen de la realidad de sus facultades (FJ 42), considerando que el tratamiento unificado de aquellas personas con discapacidad

13 PÉREZ ALBERDI, M.R., «Los derechos de participación política de las personas con discapacidad», en *Lex Social*, vol. 9, número 1, 2019, pág. 7.

14 El artículo 3 («Derecho a elecciones libres») del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en París el 20 de marzo de 1952, dice así: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo».

15 STEDH (Sección 2ª) de 20 de mayo de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría. JUR\2010\160970. Los hechos que traen causa a la resolución, se basan en el diagnóstico de una enfermedad maniaco-depresiva a una ciudadana húngara, tras la cual fue sometida a tutela parcial y, como consecuencia, se suprimieron sus datos del registro electoral elaborado para las siguientes elecciones legislativas, en cumplimiento de lo expuesto en el artículo 70 (5) de la Constitución, que excluye el derecho votar a las personas sometidas a la institución tutelar. La demandante considera que tal precepto vulnera el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y así lo entiende también el Tribunal en el fallo del caso.

16 En el mismo sentido que la STEDH sobre el caso Alajos Kiss contra Hungría, las SSTEDH (Sección 2ª) de 23 de septiembre de 2014, caso Gajcsi contra Hungría, TEDH\2014\58 y de 21 de octubre de 2014, caso Harmati contra Hungría, TEDH\2014\76.

intelectual o mental es una «clasificación cuestionable», debiendo estar el «recorte de sus derechos sujeto a un examen minucioso» (FJ 44). De esta forma, entiende el órgano que la «eliminación indiscriminada del derecho a voto» sin una previa evaluación judicial individualizada a la persona con discapacidad intelectual que precise tutela parcial no puede ser considerada acorde con «las bases legítimas para restringir el derecho a voto» (FJ 44) y, por ende, no es aceptable.

3.2 Países cuyo ordenamiento incluye el derecho de sufragio de la persona con discapacidad

En correspondencia con esa minuciosidad a la que alude el TEDH, encontramos el segundo modelo legislativo del derecho de sufragio de la persona con discapacidad. En este sentido, recuerda el Tribunal lo planteado en la sentencia el fallo de Hirst contra el Reino Unido (núm. 2) [GC],¹⁷, que el derecho de sufragio no es absoluto, siendo plausible su limitación en base a ello, dejando un «margen de apreciación a los Estados Miembros en este campo» (FJ 60), siempre que la limitación no desvirtúe la esencia del derecho (FJ 62). Esta baza ha sido la esgrimida por algunos Estados, entre los que se encontraba España hasta su reciente modificación, para restringir el derecho de sufragio de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Ahora bien, la limitación -en la práctica sería más acertado hablar de privación- debe ser declarada por el órgano judicial competente tras la valoración individualizada de la persona con discapacidad acerca de su idoneidad para ejercitar sus derechos de participación política. Normalmente, dicha limitación del derecho de sufragio venía recogida en la propia sentencia que declaraba la modificación judicial de la capacidad del individuo. Esta posición ha sido la más defendida por los organismos internacionales, también por el TEDH como hemos podido comprobar, pero, como ocurre con el otro modelo -más radical y desproporcionado-, tampoco es compatible con la esencia ni con lo preceptuado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Irlanda e Italia

Tras hacer este pequeño periplo por la legislación internacional, ampliamente favorable al reconocimiento universal del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, especialmente tras la Convención, cabe puntualizar que, como ocurre con sendos aspectos del texto internacional, aún no se ha aplicado en todos los Estados partes, aunque sí se ha llevado a cabo -aunque según distintas opiniones doctrinales sea mejorable- en algunos otros¹⁸. A modo de ejemplo en cuanto a países que no restringen el derecho al voto de la persona con discapacidad, podemos citar el caso de Irlanda e Italia.

17 La sentencia del caso Alajos Kiss reproduce el fallo de la sentencia el fallo de Hirst contra el Reino Unido (núm. 2) [GC],

18 En este sentido, el Comité económico y social europeo ha realizado un documento informativo acerca del derecho al voto de las personas con discapacidad en las elecciones al Parlamento europeo, en el cual, entre otros extremos, recoge aquellos países en los que las personas con discapacidad aún tienen privado el derecho al voto o cuyo ejercicio depende del sometimiento a una institución de apoyo o de tutela, así como la regulación en otros Estados donde las personas con discapacidad tienen reconocido el derecho al voto pero no al resto de derechos políticos o, en su caso, aquellos en los que tienen pleno reconocimiento en igualdad de condiciones que cualquier otra persona sin discapacidad, cada uno, lógicamente, con las peculiaridades de sus regulaciones en función de su ordenamiento jurídico. Así pues, los países que prevén la exclusión automática de la participación política a aquellas personas sujetas a una institución «protectora» son Alemania, Bulgaria, Chipre, Estonia, Grecia, Lituania, Luxemburgo,

1. En Irlanda, no se restringe el derecho de voto en razón de discapacidad, como establece el apartado 111 de su Ley Electoral¹⁹, donde no hay precisión alguna al respecto, por lo que toda persona cuyo nombre figure en el registro de electores según la circunscripción, tendrá derecho a votar. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la vertiente pasiva del derecho de sufragio. La Ley Electoral no considera cualificados para ser miembros del Dáil²⁰, a la persona «of unsound mind», es decir, la persona «con mente insana o enferma»²¹. Si bien, cabe poner de manifiesto, que existe un proyecto de ley²² en sede de tramitación para convertirse en Ley, por el que se pretende reformar, entre otras normas, la Ley Electoral de 1992 a fin de adecuar su contenido a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente, en consonancia con dicha reforma, uno de los puntos a tratar en esa modificación de la ley electoral será la derogación de la privación del derecho de sufragio pasivo a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, tal como propugna la Convención de Nueva York²³.

Polonia y Rumania. Esta regulación no opera en otros Estados europeos, en los que la institución de un apoyo no comporta de forma automática la privación del derecho al voto, ésta sólo tendrá lugar por decisión judicial separada y argumentada al respecto. Así ocurre en Bélgica, la República Checa, Francia, Hungría, Malta, Portugal y Eslovenia. Por su parte, en varios Estados, cuyas regulaciones sobre el derecho de sufragio -al menos en su modalidad activa-, son más acordes o plenamente acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, puesto que en ellos la persona no puede ser privada por ninguno de los elementos anteriores a su derecho al voto. Los Estados que suprimen la privación del derecho al voto de la persona con discapacidad son Austria, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Letonia, los Países Bajos, Eslovaquia, Suecia, España y Reino Unido. En este último apartado, como hemos avanzado, algunos de estos Estados a pesar de reconocer universalmente el derecho al voto de la persona con discapacidad, no lo hacen de igual forma o directamente excluyen la posibilidad de ejercitar su derecho de sufragio pasivo. Véase *La realtà del diritto di voto delle persone con disabilità alle elezioni del Parlamento europeo*, Comitato económico e sociale europeo, relatore: Krzysztof Pater, 2019, SOC/554.

También puede consultarse, en relación con ello el documento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), sobre la evolución del derecho al voto de las personas «privadas de capacidad jurídica» en los Estados miembros de la Unión Europea, titulado «Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?»: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-right-vote-ep-elections-legal-capacity_en.pdf

- 19 Section 11, Electoral Act, number 23 of 1992. A modo de ejemplo, puesto que deja la puerta abierta a otras cuestiones, el apartado c) del citado precepto, establece que el oficial que recoge el voto o aquel que preside la mesa electoral, pueden formular, si así es requerido por algún agente presente en el colegio electoral, a cualquier persona en el momento de solicitar su papeleta electoral, no después, algunas preguntas tales como: ¿es usted la misma persona cuyo nombre figura en el registro de electores de la Cámara baja del Parlamento de la República de Irlanda?, ¿ha votado ya en esta elección?, ¿ha cumplido usted dieciocho años (a la fecha de entrada en vigor del registro)? Pero, tal como aparece formulado en la Ley, no se hace alusión alguna a la discapacidad en el derecho al voto.
- 20 Cámara baja del Parlamento de la República de Irlanda.
- 21 Section 41 (i), Electoral Act, number 23 o 1992.
- 22 Disability (Miscellaneous Provisions) Bill 2016, Bill 119 of 2016. Este Proyecto de Ley titulado «Act give further effect to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities done at New York on 13 December 2006», pretende reformar la Ley del jurado de 1976, la Ley Electoral de 1992, la Ley de la Dirección Nacional de Discapacidad de 1999, la ley sobre la igualdad de condición de 2000, la Ley de discapacidad de 2005, la ley de la Comisión de derechos Humanos e Igualdad de Irlanda de 2014 y la Ley de capacidad de adopción de decisiones asistidas de 2015, y para prever cuestiones conexas. El proyecto de Ley se encuentra en su cuarta fase en el seno del Dáil, donde se consideran las enmiendas que surgen en la etapa del Comité (también conocida como Etapa de Reporte). Cifra <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2016/119/>
- 23 Así queda reflejado en el apartado segundo del Proyecto de Ley.

2. En el caso de Italia, el artículo 3 del Derecho del Presidente della Repubblica de 20 de marzo de 1967²⁴ que suspendía el derecho de voto a las personas hospitalizadas en instituciones psiquiátricas desde la fecha de la orden judicial autorizante del ingreso hasta que el Juez decretare el fin de su estancia, fue derogado por la denominada Ley de Basaglia²⁵. Esta norma extendió el derecho de voto a las personas con discapacidad, aunque la Constitución no ha sido modificada en este punto y su artículo 48, reconoce que el derecho de voto puede ser limitado por incapacidad civil.

Estudio detallado merece la situación del derecho de sufragio de la persona con discapacidad en España, cuya reciente normativa en la materia ha sido catalogado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶ como la eliminación más completa de las restricciones a el derecho de voto, como veremos a continuación.

3.3 Informe del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación al TFUE.

En este contexto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió un informe²⁷ relativo a las observaciones realizadas a los Estados partes durante 2013 y 2014, donde, además de tratar otros asuntos relativos a los derechos de las personas con discapacidad, expresó su preocupación por las restricciones presentes en muchos Estados para ejercer el derecho al voto, así como para ser candidato a cargos municipales o presentarse a elecciones, la accesibilidad y apoyo para ejercitar el derecho a votar, la eliminación de registros electorales por motivos de discapacidad, entre otros (apartado 66). Recuerda el órgano vigilante de la Convención, las recomendaciones hechas a distintos Estados partes de que derogasen, o en su caso, modificasen o enmendasen, aquellas disposiciones jurídicas que restringían el derecho de sufragio de las personas con discapacidad y, en consonancia con la Convención, dictasen leyes que restablecieran la presunción de capacidad de votar y tomas decisiones de todas las personas con discapacidad, estableciendo las garantías y apoyos necesarios para el ejercicio de tales derechos (apartado 67). Asimismo, manifestó que la privación del derecho de voto de las personas con discapacidad psicosocial constituye una violación del artículo 29 de la Convención (apartado 68).

Por su parte, la Unión Europea, como parte integrante de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de forma independiente a sus Estados miembros, en consonancia con su ratificación, establece en su Carta de los Derechos Fundamentales²⁸, el derecho de sufragio activo y pasivo de todos los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones tanto al Parlamento Europeo (art. 39) como a las municipales (art. 40), en el Estado miembro en que resida.

24 Decreto del Presidete della Repubblica 20 marzo 1967, número 223.

25 Art. 11 «Norme finali» de la Legge 13 de maggio 1978, número 180, «Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori».

26 «Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?»: pág. 3, <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/disability-voting-rights>

27 Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 2015. Documentos Oficiales. Septuagésimo período de sesiones. Suplemento No 55 (A/70/55).

28 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2016/C 202/ 02.

IV. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A nivel nacional, la normativa relativa al derecho de sufragio ha experimentado sucesivas modificaciones como consecuencia de los vaivenes sociales y de la germinante sensibilización en materia de discapacidad²⁹, especialmente en el área de accesibilidad en el ejercicio al derecho al voto de la persona con discapacidad física. Con relación a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, la atención legislativa no ha sido tan atenta ni profusa, debiendo esperar hasta época muy reciente para narrar el aclamado cambio normativo.

La Carta Magna reconoce el derecho a participar en asuntos políticos a todos los ciudadanos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE). También promulga el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos establecidos en las leyes a todos los ciudadanos (art. 23.2 CE). Hasta aquí, la legislación sería totalmente acorde con la Convención, pero como establece el artículo 81, apartado primero, de la Constitución, las leyes orgánicas son las autorizadas para desarrollar el régimen electoral general. Atendiendo a la misma, actualmente, la regulación orgánica englobada en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General³⁰ -al margen de los ajustes que parte de la doctrina entiende necesarios-, es subsumible a lo preceptuado en el artículo 29 de la Convención y a su contexto, al menos respecto al reconocimiento del derecho de sufragio de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial en igualdad de condiciones que el resto.

4.1 Modificación de la LOREG.

Antes de centrarnos en la normativa vigente, procedente de la modificación efectuada en 2018, vamos a analizar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales anteriores a su promulgación, vigentes durante más de tres décadas, así como en su normativa complementaria, antecedentes inmediatos de la regulación vigente en la actualidad. En este contexto nos centraremos en el derecho de sufragio, especialmente en el derecho al voto de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, sufridora de la merma más radical en su derecho al libre desarrollo de la personalidad mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

29 GÁLVEZ MUÑOZ divide la legislación en la materia en tres etapas: el período de indiferencia, presente en el arranque de la democracia y la normativa vigente en materia electoral, como es el Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de diciembre; el período de visualización en cuyo seno el autor aloja de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como los ajustes posteriores a la misma y; por último, el período de sensibilización, fruto de la evolución normativa que comienza en el siglo XXI, acorde con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales. A estos tres períodos, nos atreveríamos a sumar un cuarto, relativo a la reciente modificación de la Ley Electoral a través de Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. a fin de derogar las disposiciones restrictivas del derecho al voto de la persona con discapacidad. Véase GÁLVEZ MUÑOZ, L.A.: «El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia», en *Revista de Derecho Político*, número 100, septiembre-diciembre 2017, págs. 1057-1096.

30 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. «BOE» número 147, de 20 de junio de 1985.

Así, la Ley del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), privaba del derecho de sufragio a aquellos que fueren declarados «incapaces» (según el lenguaje de la norma) en sentencia judicial firme, siempre que la misma declarare de forma expresa la «incapacidad» para el ejercicio del derecho de sufragio (art. 3.1 b)). Asimismo, serían privados del derecho de sufragio, los internos en un hospital psiquiátrico con autorización judicial mientras dure su el internamiento, siempre que en la autorización judicial el Juez declarare de forma expresa la «incapacidad» para el ejercicio del derecho de sufragio (art. 23.1 c)).

El apartado segundo del antiguo artículo 23 de la LOREG hacía una importante precisión: «A lo efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente». Por tanto, como podemos comprobar, España se encontraban en el segundo modelo de reconocimiento del derecho al voto de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, por cuanto la única forma de restringir o privar del derecho a la persona es mediante decisión judicial, la cual ha de ser individualizada y argumentada en torno al derecho de sufragio de forma expresa. Teóricamente, como vemos, no se ajustaba al primer modelo sobre la restricción o privación del derecho de sufragio, puesto que dicha consecuencia no estribaba de forma automática del sometimiento a una institución tutelar de la persona con discapacidad, como ocurría en países como Hungría; sino que era preceptiva por imperativo legal, la argumentación separada y expresa sobre tal restricción o privación en el derecho de sufragio.

1 Dificultades para el ejercicio del derecho al voto presencial para las personas con discapacidad física

Cabe precisar que, en el caso de la discapacidad física, la restricción se centra en la accesibilidad al acto de votación y en la falta de adaptación del procedimiento electoral, más no en la privación o limitación legal o judicial del derecho de sufragio, esto es, la dificultad -sin restarle importancia- se encuentra en el acto de la votación, el cual debe facilitar el Estado aportando los medios y recursos necesarios para evitar cualquier traba arquitectónica o informativa; más no en el acceso al derecho en sí. En base a ello, vamos a señalar los referentes normativos en cuanto a la accesibilidad de la persona con discapacidad física al derecho al voto, sin adentrarnos en su estudio, puesto que el mismo trasciende al objeto de este trabajo. Para ello, siguiendo el minucioso recopilatorio legislativo y consecuente comentario de GÁLVEZ MUÑOZ³¹, es preciso traer a colación tanto la legislación relativa al acceso de la persona con discapacidad al edificio electoral como otras modalidades de votación, esto es, el voto mediante asistente o a distancia.

Respecto a la situación de aquellas personas que no pueden trasladarse al edificio electoral o, en su caso, una vez desplazados les es muy dificultoso -incluso imposible-, acceder dentro, el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria

31 Con ánimo de profundizar más en la materia, véanse los estudios realizados por GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., «Sufragio y discapacidad. Notas sobre el régimen de votación de las personas discapacitadas (I)», en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 142, octubre-diciembre (2008), págs. 201-230; y, «El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia», en *Revista de Derecho Político*, número 100, septiembre-diciembre 2017, págs. 1057-1096.

de los procesos electorales³², recuerda en su artículo 1 que los locales electorales «deberán ser accesibles a las personas con limitaciones de movilidad». Por su parte, la LOREG, en su Sección XII bajo el título «Constitución de las Mesas Electorales», dibuja las líneas principales del acceso a la votación, imprimiendo en la figura del Presidente de la Mesa la máxima autoridad en el desarrollo del proceso electoral dentro del local electoral (art. 91.1), siendo el encargado de velar por el orden, libertad y accesibilidad. Por su parte, en relación con aquellos electores que bien no sepan leer, bien tengan alguna discapacidad que le impida o dificulte sobremanera la elección de una papeleta electoral y la consiguiente consecución del ejercicio del derecho al voto, el artículo 87, apartado primero, de la LOREG, prevé el apoyo prestado en estos casos a la persona con discapacidad por una persona de su confianza. Como señala GÁLVEZ MUÑOZ³³, se presenta de esta forma el denominado «voto asistido», operativo en dos momentos fundamentales del ejercicio del derecho de sufragio activo: la preparación del voto y su posterior entrega. Si bien, apunta el autor, esta opción atenta contra el principio de personalidad del voto, así como al principio de secreto del sufragio, más dota de efectividad al principio de universalidad del sufragio, que «constituye la base y hasta el alma misma del sistema democrático de nuestros días» y ha de prevalecer, aunque siempre se ha de abordar la alternativa menos gravosa en el ejercicio del derecho de sufragio, atendiendo al principio general de proporcionalidad de medios.

Como hemos mencionado el artículo 87.1 de la LOREG aborda tanto a las personas que no saben leer como a aquellas que debido a su discapacidad no puedan ejercer el derecho al voto. En este segundo grupo, se incluyen aquellas que tengan una discapacidad visual, a las que presta especial atención la normativa. Respecto a las mismas, el segundo apartado del precepto referido, señala la competencia gubernamental, previo informe de la Junta Electoral General, para acometer la regulación de un procedimiento de votación para las personas con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho al voto, conservando el secreto del mismo, al menos en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, al Parlamento Europeo y a los supuestos de referéndum³⁴.

2. *El ejercicio del derecho al voto a distancia*

La siguiente modalidad de ejercicio del derecho de sufragio activo que debemos tener en cuenta o que contempla la ley, es la vía del voto a distancia. Esta forma de ejercer el derecho procede tanto para españoles no residentes, como para aquellos que se encuen-

32 Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, BOE-A-1999-8583.

33 GÁLVEZ MUÑOZ, L.A. «Sufragio y discapacidad...» op. cit.

34 A objeto de adecuar el procedimiento electoral a las personas con discapacidad visual, entre otros motivos, fue modificado el precepto por el artículo 3 de la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral, BOE-A-2007-17633, a fin de alcanzar la independencia de la persona en el seno del proceso electoral, sin necesidad de acudir al apoyo de un tercero, en igualdad de condiciones que el resto. El cambio legislativo necesario para lograr dicho fin se deberá realizar mediante reglamento, puesto que su alteración no requiere el proceso que una ley orgánica y al tratarse de una materia en continuo crecimiento y evolución puede sufrir posteriores reformas, es el medio preferente para proceder a ellas (Preámbulo in fine). En consonancia con ello, fue promulgado 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 de sufragio, BOE-A-2007-21089, norma que desarrolla al apartado segundo del artículo 87 de la LOREG y complementa a su apartado primero, al instaurar un procedimiento de voto accesible a las personas con discapacidad visual que utilicen el sistema Braille, mediante el cual puedan identificar las opciones de voto sin necesidad de ser asistidas por un tercero de confianza, garantizando con ello el secreto del sufragio (Preámbulo).

tren hospitalizados o en situación asimilable, como para cualquier otro que no pueda o desee votar de forma presencial. Regulada en la Sección X bajo el título de «Voto por correspondencia» de la LOREG, en lo que aquí interesa, el artículo 72, manifiesta que la solicitud de certificado de inscripción en el censo para proceder al voto por correo deberá formularse personalmente en cualquier oficina de correos (apartados a) y b)). Pero no siempre es posible la presencialidad en la formulación de la solicitud, por ello el apartado c) del precepto, señala que en caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, ésta podrá ser efectuada por un tercero en nombre del elector, siempre que sea autorizado por notario o funcionario consular competente, exista acreditación del estado de la persona mediante certificación médica oficial y gratuita, siendo el representante único e individual para cada elector, ostentado la competencia de la verificación de tales requisitos la Junta Electoral³⁵.

3. Evolución del derecho al voto de las personas con discapacidad: doctrina y jurisprudencia

Ahora bien, cabe destacar que antes de la Convención -e incluso, podríamos aludir a algunos pronunciamientos posteriores- un amplio sector judicial se apartaba del mandato legal, adoptando decisiones propias del primer modelo de restricción o privación del derecho al voto. De esta forma, en la misma resolución en la que se modificaba la capacidad del sujeto – o se «incapacitaba», como regía en la normativa aplicable y de la que aún quedan vestigios en la vigente- se procedía a la restricción del derecho al voto sin justificación separada de tal decisión. De ahí que la doctrina venga entendiendo que la práctica judicial «se ha regido por un cierto automatismo»³⁶, tratando la privación del derecho al voto como si fuera una «cláusula de estilo»³⁷ más de las que acompañan a la modificación de la capacidad de la persona. Dimanante de su competencia material, los Juzgados de primera instancia son los que, de forma habitual, han acuñado esta mecanización en sus resoluciones, acompañando la privación del derecho de sufragio al resto de cláusulas contenidas en la sentencia. Si bien, la mayoría de las salas de apelación tampoco se mostraron discrepantes frente a esta actuación -quizás sería más conveniente aludir a una omisión en la justificación de tal decisión-, a pesar de no recoger *de facto* el mandato legal establecido en la legislación electoral. De hecho, incluso si la segunda instancia revocaba determinados fallos de su antecesora como el régimen de guarda impuesto o la extensión en la «incapacitación», reafirmaba el resto de la resolución, lo que incluye la privación del derecho de sufragio, respecto al cual, como regla general, no había pronunciamiento expreso³⁸. A pesar de esta extendida tendencia a considerar la privación o

35 La generalidad propia del precepto se detalla en los Reales Decretos 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y 1954/982, de 30 de julio, por el que se aprueba el anexo cuarto del Reglamento Notarial, relativo al ejercicio de la fe pública en material electoral, BOE-A-1982-20739. Aunque cabe incidir en la abundancia de material legislativo que a lo largo de los años ha redundado en la materia y que no vamos a traer aquí.

36 PÉREZ ALBERDI, M.R., «Los derechos de participación política...» op cit., pág. 85.

37 Expresión ampliamente acogida por la doctrina estudiosa de esta materia, perteneciente a DÍAZ ALABART. Entre otros, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Derechos políticos de las personas con discapacidad...» op cit., pág. 545 en reseña a DÍAZ ALABART, S., «El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista», *Revista de Derecho Privado*, número 96, 2012, págs. 14-15.

38 Muestra de esta actuación es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) Sentencia núm. 435/1998 de 22 octubre AC\1998\2263, consecuencia del recurso presentado tras la sentencia dictada en primera

restricción del ejercicio -en algunos casos, se afirma del derecho- del derecho de sufragio como consecuencia automática de la incapacitación y proceder a la misma sin pronunciamiento expreso que argumente tal medida, también hubo salas en las que se aplicó fehacientemente lo preceptuado en la ley, esto es, la privación del sufragio fue fruto de una argumentación expresa. De forma que, obviaron el estándar y se pronunciaron de forma separada acerca de tal derecho, entendiendo que la entidad que le confiere ser un derecho fundamental, requiere precisión y argumentación en caso de considerar su restricción o privación³⁹. A estos hay que añadir, aquellos juristas adelantados a su época, que iban un

instancia en la que se privó a la persona con discapacidad del ejercicio de su derecho de sufragio. En apelación, a pesar de revocar parcialmente la resolución anterior en relación al órgano tutelar impuesto (el Juzgador considera cumplidas las funciones del defensor judicial nombrado en primera instancia, estipulando temporalmente a otro familiar de la demandada en tal cargo hasta que culmine el procedimiento de jurisdicción voluntaria competente para instaurar la tutela de la persona), se reafirma la declaración de incapacitación en el ejercicio del derecho de sufragio, sin argumentar dicha postura de forma independiente y argumentada, más allá de lo que supone el sumario del fallo de primera instancia y su aseveración. A este respecto, encontramos los pronunciamientos de las SAP de Valladolid (Sección 3ª) núm. 254/1999 de 21 julio AC\1999\1988; de Álava (Sección 1ª) núm. 114/2002 de 17 abril AC\2003\1499; de Ávila núm. 48/2002 de 1 marzo AC\2002\849, Madrid (Sección 22ª) de 10 enero 2003 JUR\2003\92878. Similar proceder mantuvo la SAP de La Rioja núm. 138/1998 de 14 de marzo AC\1998\4154, donde tras el recurso de apelación iniciado por el Ministerio Fiscal se confirió a la persona con discapacidad la incapacitación parcial con la correspondiente sujeción al régimen de curatela, pero omitiendo pronunciamiento alguno relativo a la incapacitación del «derecho» que no ejercicio de sufragio dictada en primera instancia. De orden similar a esta última se pronunciaron las SAP de Cantabria (Sección 2ª) núm. 240/2003 de 24 de abril JUR\2004\1556 y de Cuenca (Sección Única) núm. 81/2000 de 21 de marzo AC\2000\1152, teniendo como peculiaridad la estipulación de primera instancia en la que se procede a la «incapacitación total» de la persona con discapacidad, «incluso para el ejercicio de sufragio activo», sin manifestación alguna sobre la vertiente pasiva del derecho. Sin embargo, a pesar de la consideración de la Audiencia respecto a la institución de guarda, revocando a su antecesora en relación a la tutela impuesta en pos de la curatela, más afín, a su juicio, con la situación de la persona, obvia en su pronunciamiento el derecho de sufragio de la persona y, por ende, no revoca el pronunciamiento anterior en este sentido. Es más, en la segunda de ellas, el Tribunal alude a la incompatibilidad existente entre la incapacitación absoluta y la curatela (FJ tercero), de ahí que en su resolución proceda a la incapacitación parcial, pero, de nuevo, sin abrir la cadena que cierra oprime al ejercicio del derecho de sufragio, en este caso, activo.

En otros casos, el proceder ha sido a la inversa, mientras que en primera instancia se declaraba una «incapacitación parcial» con el correlativo sometimiento de la persona al régimen de curatela, en apelación se procede a la «incapacitación total y absoluta» -tras el progresivo deterioro de la voluntad de la persona debido a la demencia senil que sufre-, con la designación de la institución de tutela y con la privación para el ejercicio del derecho de sufragio activo sin que medie explicación alguna de tal consecuencia, sino incluyéndola como una restricción más derivada de la «incapacitación».

- 39 Fiel reflejo de este comportamiento es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1991, en la que el Tribunal, además de revocar la institución de guarda impuesta por la resolución de la que trae causa en favor de una curatela como institución intermedia que «refuerza, controla y encauza» la capacidad de la persona (FJ 2º); entendió que la privación del derecho de sufragio requiere su declaración expresa de acuerdo con el art. 210 C.c. Por ello, tras comprobar que la discapacidad de la entonces «incapacitada» no anulaba su personalidad, a la Sala no le pareció apropiado (incluso, coherente) privarla de un derecho cívico fundamental reconocido constitucionalmente como es el derecho de sufragio y, así revocó la anterior Sentencia también en tal sentido (FJ 3º). Este hilo argumental también fue defendido por la SAP de Murcia (Sección 1ª) núm. 532/2001 de 24 de noviembre JUR\2002\36350, cuyo sumario describe la «reserva al incapaz de su derecho de sufragio», siendo su fallo la ratificación de primera instancia respecto «incapacitación absoluta» de la persona pero revocando el pronunciamiento dirigido a la privación del ejercicio de su derecho de sufragio, pues citando la legislación electoral, la Audiencia recuerda que la incapacitación no conlleva ineludiblemente tal consecuencia, la cual merece un pronunciamiento expreso y razonado. También la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 3 de noviembre de 1998 AC\1997\2471, comparte esta argumentación, y reafirma la sentencia de primera instancia en la que se incapacitó de forma absoluta a la persona, pero conservando el ejercicio del derecho de sufragio activo; así como la SAP de Huesca núm. 119/2000 de 30 de abril AC\2002\1004, en la que aludiendo de forma directa a la LOREG, redonda en que la incapacitación no determina automáticamente la privación del derecho de sufragio, sino que se precisa una declaración expresa para llevarla a cabo, de forma que revoca la privación impuesta en primera instancia por el juzgador, la cual carecía de razonamiento (FJ 2º). En este caso, la incapacitación fue parcial, al igual que la

paso por delante del resto -o a días de camino respecto al pelotón- cuyos argumentos se acercaban paulatinamente a la Convención, aún estando en ciernes o sin haber llegado al útero legislativo⁴⁰.

A pesar de los intentos de algunos juristas en aplicar convenientemente la legislación, lo cierto es que se ha recurrido frecuentemente al uso estandarizado de la cláusula de privación de sufragio sin exposición individualizada y argumentada de tal decisión, lo cual ha supuesto que desde distintas instituciones compelan al Estado español al cambio de normativa en pos de una más acorde a la normativa internacional.

Así, en orden temporal, es preciso traer a colación la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas⁴¹ que, en su apartado quinto, trata la privación del derecho de sufragio en su vertiente activa de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad. En este documento, tras citar los preceptos recogidos en la Convención y en la Constitución, la Fiscalía centra su foco de atención en la ley electoral, precisando que la limitación del derecho de sufragio no es la regla general, sino la excepción. Por ello, los Jueces y Tribunales deberán pronunciarse expresamente en cuanto a la privación o limitación del derecho de sufragio, tras analizar la probatoria existente el «estado físico y psíquico del afectado» a objeto de determinar si puede «decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo».

Asimismo, recuerda la Instrucción que, bajo la preceptiva influencia de la Convención, se ha de respetar la autonomía de la persona con la capacidad modificada judicialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales, de forma que no cabe la privación

establecida en la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de marzo de 1999 AC\1999\4314, estipulando en ambas la conservación del ejercicio del derecho de sufragio. Sin embargo, como hemos visto en ejemplos anteriores, alguna Sala consideró su mantenimiento, aunque la incapacitación fuere total y absoluta. No es el caso de la SAP de Asturias (5ª Sección) núm. 19 de 15 de enero de 1996 AC\1996\105, en la que Sala considera pertinente la privación del ejercicio del derecho de sufragio de la persona tras «la notoria disminución de la capacidad de razonamiento de la demandada, el grave deterioro de su memoria y sus dificultades de comprensión de la realidad...». Ahora bien, considerando que la persona puede tener intervalos de lucidez, estima que no cabe limitación de testar, puesto que podría otorgar testamento en sus intervalos lúcidos ya que la ineficacia del testamento no deviene de la «incapacidad formal o incapacitación» de la persona sino de «la incapacidad natural que realmente presente en cada caso y momento el testador, debiendo reputarse garantías suficientes a efectos de evitar que una persona sin discernimiento suficiente pueda otorgar testamento» (FJ 3º). Así pues, no se utiliza el mismo argumento en relación al derecho de testar al de ejercitar el derecho de sufragio, no se planteaba la evaluación de la consciencia y autonomía de la persona por la autoridad competente en materia electoral, sino que directamente se le privaba de ella.

En este contexto, pero en tiempo posterior, se pronunciaban de forma exhaustiva la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2004 JUR\2004\92268 y la SAP de Cuenca (Sección 1ª) número 7/2010, de 5 de febrero JUR\2010\112554, argumentando en base al artículo 3 de la entonces vigente LOREG la privación del derecho de sufragio de la persona.

40 A modo de ejemplo, aunque no sea plenamente subsumible en el contenido de la Convención, podemos citar las SAP de Huesca (Sección 1ª) número 146/2000, de 22 de junio JUR\2004\202558, que en consonancia con la legislación vigente revoca la resolución anterior en la que se privaba a la persona con discapacidad, tenedora de una discapacidad residual, del derecho de sufragio y se nombraba un representante legal; y, la SAP de Madrid (Sección 24ª) número 413/2006, de 5 de abril JUR\2006\159662. De forma menos explícita, pero en igual sentido, se pronunciaba la SAP de Álava (Sección 2ª) número 145/2005, de 13 de octubre, JUR\2006\67550.

41 Instrucción 3/2020, de 29 de noviembre, sobre la necesidad de fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. FIS-I-2010-00003.

general del derecho de sufragio. Mas, la resolución que determine la privación del derecho de sufragio, no se puede ceñir únicamente a la acreditación de que la persona «está impedida» para regir su esfera personal y patrimonial, sino que es necesaria la prueba de que a la persona en proceso de modificación de la capacidad no le es posible ejercitar su derecho de sufragio, «en función de una especial discapacidad para ello», contemplando esta situación con carácter restrictivo, ya que abarca a un derecho fundamental y afecta al libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

Esta capacidad para ejercitar el sufragio a la que alude la Instrucción se refiere, según sus palabras, a la «capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, aún sin desconocer la trascendencia social y política del mismo, únicamente precisa del análisis de la capacidad de la persona para realizar una manifestación de voluntad -el voto- expresiva de su opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, la cual está en función de la formación cultural de cada persona y de sus sentimientos políticos», sin ser admisible el voto por sustitución o por poder, dado que nos encontramos en el ámbito de los derechos personalísimos y, por definición, intrasmisibles. Si bien, precisa el órgano general, quedan al margen de tal imposibilidad, la provisión de medios y apoyos necesarios para que la persona pueda ejercita su voto, pero sin representación, constituyendo tal puntualización, a su juicio, la garantía recogida en el apartado tercero del artículo 29 a) de la Convención, relativa a la asistencia personal para votar.

4. *El derecho al voto en España bajo la influencia de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad*

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación final a España en 2011⁴², dedica al derecho de participación en la vida política y pública, los apartados 47 y 48 de su Informe, donde pone de manifiesto su preocupación ante la restricción o privación del derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, inquietándole que esta sea la regla general y no la excepción, dado en número de personas privadas de tal derecho. De igual forma, pone sobre la mesa las carencias que presenta la normativa en materia de prueba, preceptiva para la privación de un derecho fundamental, puesto que la misma no contempla de forma rigurosa los motivos y criterios que han de seguir los jueces para decidir la privación del derecho. A modo de recomendación, el Comité propone revisar la legislación relativa al derecho de sufragio, en pos de terminar con cualquier discriminación, aconsejando la modificación del artículo 3 de la Ley electoral, para que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar, a ser elegidas para desempeñar un cargo público, teniendo acceso al apoyo que necesiten.

4.2 Aplicación jurisprudencial de la LOREG

Este malestar sobre la legislación y aplicación de la LOREG anterior a la reforma de 2018, también fue desgranada por el CERMI, en su informe sobre España de 2014 para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos⁴³. Por su parte, el Comité volvió a

42 Observación final del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad formulado a España en 2011, fruto del sexto período de sesiones donde se examinaron los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, entre el 19 al 23 de septiembre de 2011. CRPD/C/ESP/CO/1.

43 El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), como organismo independiente nombrado por el Estado español para el seguimiento de la aplicación de la Convención Internacional sobre los

incidir sobre este punto a nivel global, en su Observación general número 1 de 2014⁴⁴, exponiendo que la forma de hacer plenamente efectivo el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones es abarcar todos los aspectos de la vida, en el que se incluye la vida pública y política. De manera que la capacidad de adoptar decisiones no puede derivar en la exclusión de derechos políticos a las personas con discapacidad, debiendo los Estados parte adoptar los mecanismos necesarios afín de proteger y promover tales derechos. Así pues, deberán garantizar el acceso a los apoyos que requieran en la participación de la vida política, tanto en el sufragio activo como en el pasivo.

Estas preceptivas recomendaciones han ido incorporándose paulatinamente a la doctrina jurisprudencial, si bien no en la misma forma y con igual intensidad, sí denotan una marcada diferencia con la extensa línea jurisprudencial anterior. La privación o restricción del derecho de sufragio pasa a ser la excepción, abordando tal limitación de forma argumentada y expresa, siendo la regla general el reconocimiento del derecho de sufragio⁴⁵. Si bien, como señala CUENCA GÓMEZ⁴⁶, entre las sentencias que acogen la exacta interpretación del antiguo artículo 3 de la LOREG, encontramos aquellas que sitúan «un estándar bajo de capacidad», ponderando los intereses en juego de la forma más favorable a la conservación del derecho de sufragio por la persona con la capacidad modificada judicialmente o inserta en tal procedimiento, como resoluciones que «elevan el nivel de capacidad requerido», extendiendo el campo de privación del derecho.

Dentro de este primer grupo, encontraríamos, entre otros tantos, los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 y de 4 de marzo de 2018, manteniéndose en ambos el derecho de sufragio, alegando el primero de ellos, la redacción dada por el Ministerio Fiscal en el caso que trae causa, de forma que «el discernimiento de ésta sobre la acción política de una determinada candidatura es lo suficiente para tener un mínimo criterio con suficiencia para el fin indicado» y, por ende, la persona no puede ser privado de él.

En el segundo grupo de sentencias, más proclive a la restricción o privación del derecho de sufragio al mantener un estándar de capacidad elevado para considerar el ejercicio de tal derecho, encontramos la STS de 17 de marzo de 2016⁴⁷, cuya interpreta-

Derechos de las Personas con Discapacidad, elaboró el citado Informe, describiendo la situación de las personas con discapacidad en España en atención a distintos derechos, siendo uno de los aludidos el derecho a la participación en la vida política, donde hace referencia a distintas denuncias relacionadas por la privación o restricción del derecho de sufragio, así como aplaude el avance llevado a cabo por la SAP de Valencia (Sección 10ª) número 304/14 al restituir el derecho al voto de una persona previamente declarada incapaz, acuciando el contenido de la Convención como eje conductor de su resolución.

44 Observación general del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, número 1 de 2014. CRPD/C/GC/1.

45 Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 421/2013, de 24 de junio RJ\2013\3948, donde el Tribunal llegar a afirmar que «En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna», puesto que en primera instancia no se argumenta nada al respecto sino que directamente al proceder a la modificación de su capacidad, se priva del derecho de sufragio a la persona con discapacidad. En similar sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 341/2014 de 1 de julio RJ\2014\4518, de hecho, cita la sentencia 421/2013 que abre camino a esta nueva corriente doctrinal, más acorde con el modelo social de la discapacidad; incidiendo en el papel fundamental del órgano juzgador en la valoración de la capacidad del sujeto para restringir un derecho fundamental. De ahí la importancia de precisar el contenido legal.»

46 CUENCA GÓMEZ, P., «El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018, págs. 171 a 202.

47 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 181/2016, de 17 de marzo RJ\2016\846.

ción de la Convención, así como el razonamiento expuesto en la privación del derecho de sufragio, han suscitado fuertes críticas entre la doctrina⁴⁸. La Sección 1ª de la Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal abordó, desde una perspectiva bastante restrictiva, el ejercicio del derecho de sufragio de la persona con discapacidad, contrario al argumento del Ministerio Fiscal, de los padres que interesaron la modificación de la capacidad y de la propia persona con discapacidad. El Tribunal consideró que se habían cumplimentado todas las normas contenidas en la Convención, en concreto en su artículo 12, puesto que se preguntó a la persona en proceso de modificación de la capacidad acerca de los partidos políticos para que los mencionara -en lugar de mostrarle unos pictogramas con las siglas, tal como puntualizan los progenitores-, entendiendo que la decisión de privación de sufragio activo es compatible con la Convención -que propugna el igual reconocimiento de capacidad jurídica, tanto en la vertiente de titularidad como en la de ejercicio- y, además, considerando que «la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental» es «regla y no excepción», sin perjuicio de la preceptiva argumentación acerca de la privación del derecho. En base a lo que hemos visto, podríamos decir que si la Convención tuviera cuerpo y alma, se hubiera sentido bastante irritada ante tal razonamiento. Dentro de este colectivo, encontramos también el Auto del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre, tras el recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal⁴⁹, calificado por alguna autora como «devastador»⁵⁰ por su lejanía con la Convención y con los avances logrados hasta la fecha. No obstante, hay quien, a pesar de señalar su desafortunada postura, considera que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue crucial en la reforma de la LOREG, consiguiendo lo que entienden como un «efecto rebote»⁵¹ que, en lugar de desalentar el cambio, hizo que brotara ese espíritu de lucha con mayor fuerza y ahínco.

V. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 D DICIEMBRE

Como podemos apreciar, las demandas de los distintos organismos nacionales e internacionales, cada vez más frecuentes, así como el progresivo apoyo de la jurisprudencia mediante resoluciones más reivindicativas de la Convención, supusieron el caldo de cultivo previo a la posterior reforma, dado que la presión en cuanto a las carencias del artículo 3 de la LOREG, así como su desafortunada aplicación en muchos casos, culminó en una modificación con escasos precedentes legislativos. Dicha reforma de la LOREG viene de la tecla de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, cuya modificación del Régimen Electoral⁵² nace para garantizar el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad. A tenor de su Exposición de Motivos, la reforma del artículo 3 conlleva la plena adaptación y aplicación de la Convención en materia del derecho fundamental a la

48 Por todos, CUENCA GÓMEZ, P., «El derecho al voto de las personas ...» op. cit.

49 Auto del Tribunal Constitucional número 196/2016, de 28 de noviembre JUR/2017/32326, que cuenta con el Voto particular formulado por la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, en el que desgrana su disconformidad con el contenido del Auto, así como la discrepancia de este con la legislación reguladora de la materia.

50 CUENCA GÓMEZ, P., «El derecho al voto de las personas ...» op.cit. pág.194 *in fine*.

51 Véase GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., «Los pilares de la reforma electoral de 2018 para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, número 32, 2019, págs. 104 y ss.

52 Ley Orgánica 2/1018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

participación política, en España, tras constatar que la legislación anterior «chocaba» con el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución y en la Convención.

De esta forma, el artículo 3 de la LOREG fue, junto con la creación de una disposición adicional, el único foco de reforma de la mencionada Ley Orgánica. Bajo esta premisa, fueron suprimidos los apartados b) y c) del apartado primero del artículo 3, relativos, respectivamente, a la privación del derecho de sufragio de las personas con la capacidad judicialmente modificada, siempre que en se declarare expresamente en la resolución la incapacidad de la persona para el ejercicio del derecho de sufragio y, por otro lado, la supresión de este derecho a los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial expresa en tal sentido, mientras durase el internamiento. De esta forma, las únicas personas, mayores de edad, que pueden ser privados de su derecho de sufragio son los «condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento» (art. 3.1 a) LOREG).

Mientras, el apartado segundo, queda redactado de la siguiente forma: «2. 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 modificación radica en la parte históricamente más problemática en cuanto a regulación, como es la vertiente activa del derecho de sufragio, puesto que la esfera pasiva no evidencia legislativamente discriminación alguna. Ahora bien, la realidad dista mucho del papel porque, ¿cuántos cargos electos conforman personas con discapacidad?⁵³ Quizás haya más de los que pensamos, puesto que la discapacidad no siempre es evidente ni notoria. Pero lo que tenemos por cierto es la ausencia de regulación suficiente con relación a los apoyos con los que puede contar la persona con discapacidad, ya sea en su vertiente activa, ya en su vertiente pasiva, al margen de la información que recaben de los distintos organismos y asociaciones promotoras de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Por último, la disposición adicional octava introducida por la reforma operada por la LO 2/2018, promulga una disposición retroactiva consistente en la resolución de ineficacia de las limitaciones impuestas en el ejercicio del derecho de sufragio, dictadas en instancia judicial bajo el mandato del art. 3.1. b) y c) de la LOREG. Tras esta disposición, aquellas personas a las que se hubiere limitado o privado de su derecho de sufragio en razón de discapacidad «quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley». De esta forma, toda persona con discapacidad tiene derecho a ejercitar su derecho de sufragio. Cosa distinta es que lo ejercite o lo pueda ejercitar.

53 Con el planteamiento de esta cuestión hacemos referencia a la oportunidad. Es decir, que la persona con discapacidad tenga los medios y apoyos que precise para optar al cargo electo que pretenda, lógicamente en función de su voluntad, de sus facultades intelectivas y volitivas y de sus conocimientos, aplicando los principios de mérito y capacidad que se establecen para cualquier optante, más para que la persona con discapacidad sea participe de dicha carrera electoral es necesario que se encuentre en igualdad de condiciones que el resto de participantes, lo cual sólo se consigue con la aportación de recursos. Metafóricamente sería como un niño que, como consecuencia de una enfermedad o accidente, pierde una de sus piernas, sin ser ello obstáculo a su sueño de ganar un maratón. Lógicamente, el pequeño tiene que entrenarse continuamente y, aún así encontrará muchas más dificultades, derivadas de sus capacidades motoras, que otra persona que pueda correr con sus dos piernas. La sobrecarga muscular es mucho mayor en la pierna del pequeño y ello no asegura que pueda correr. Ahora bien, si le implantan una prótesis actual, articulada, fuerte y precisa, el pequeño tendrá muchas más posibilidades de rozar la meta, porque tendrá dos factores fundamentales: la fuerza incommensurable de la voluntad y el apoyo ante la adversidad.

La reciente jurisprudencia, en aplicación del reformado artículo 3 LOREG, así como de la Convención, recuerda, entre otras, las siguientes consideraciones:

- Que la reintegración del derecho de sufragio a aquellas personas con discapacidad a las que les fue limitado o privado como consecuencia de la modificación de su capacidad, actúa *ipso iure*⁵⁴.
- Que el derecho de sufragio es un derecho de carácter fundamental, reconocido a todas las personas por igual, no susceptible de limitación o privación. Consecuentemente, la interpretación razonable del reformado art. 3 LOREG, no conlleva la puesta en tela de juicio de la tenencia o no del derecho, puesto que la misma está fuera de duda en el caso de la persona con discapacidad, independientemente de la concurrencia de «los requisitos de conciencia, libertad y voluntariedad necesarios para que, aun pudiendo superar las dificultades de comunicación, se ejerza el derecho», puesto que el reconocimiento del derecho ya no constituye objeto del proceso⁵⁵.
- La afectación de la capacidad de entender y de decidir, de conocer y de querer, no supone una merca en cuanto al reconocimiento de derechos tales como la igualdad, la libertad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad del sujeto. La pretensión de la legislación es la de permitir y favorecer el ejercicio de los derechos políticos, en concreto el derecho de sufragio, por las personas con discapacidad, contando con los apoyos y medios necesarios a tal efecto y estableciendo las salvaguardias procedentes en pos de evitar posibles abusos⁵⁶.
- De acuerdo con la normativa en materia de discapacidad, no cabe el razonamiento diferenciador entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, con la correspondiente presunción iuris tantum que permite prueba en contrario, puesto que todas las personas tienen igual reconocimiento ante la ley de su derecho de participación política⁵⁷.
- No cabe la tutorización del derecho de sufragio de la persona con discapacidad, siendo improcedentes las medidas judiciales de vigilancia y seguimiento en el ejercicio de tal derecho al objeto de limitar la «instrumentalización del ejercicio del derecho al voto»⁵⁸.
- A partir de la reforma, no es procedente la privación o limitación del derecho de sufragio de la persona con discapacidad por sentencia judicial⁵⁹.

54 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 43/2019, de 17 de junio

55 SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 33/2020, de 20 enero AC\2020\126 (FJ1º)

56 SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 29/2020, de 17 enero JUR\2020\53777 (FJ1º).

57 SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 80/2020 de 29 enero JUR\2020\58413, y número 62/2020 de 24 enero JUR\2020\54238, ambos en el FJ 1º. Realmente, esta Sección de la Audiencia Provincial, reproduce toda la argumentación en torno al reconocimiento de derecho de sufragio de la persona con discapacidad.

58 SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 852/2019 de 18 diciembre JUR\2020\44880.

59 Véase, entre otras, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) número 1120/2019, de 28 de junio JUR\2019\253915, número 769/2019 de 14 de mayo JUR\2019\227493, número 759/2019 de 14 de mayo JUR\2019\227601, número 629/2019 de 15 de abril AC\2019\1131.

VI. EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Ahora bien, a pesar de la congruente interpretación y aplicación de la nueva normativa en sede judicial, la reforma del artículo 3 LOREG no ha estado exenta de crítica como consecuencia de sus carencias, a juicio de un amplio sector doctrinal.

El principal escollo en la materia, se presenta bajo el temor hacia la sombra de la manipulación del voto, abuso o influencia indebida de que puede valerse un tercero para conseguir el voto de la persona con discapacidad. No podemos obviar el hecho de que, en la práctica electoral, puedan existir aprovechamientos injustos, quizás de modo evidente, quizás de manera sutil. Es cierto, como recoge parte de la doctrina, que aprovechamiento siempre puede existir, medie o no discapacidad, el tercero se puede valer de engaños (imaginemos un pueblo, donde el postulante a alcalde de uno de los partidos, promete cierto trabajo a los votantes, cierta mejora), falseamiento de la realidad, coacciones... Pero que pueda darse en cualquier circunstancia no obsta a que se intente garantizar el voto libre de la persona. Mas, en una reciente regulación, de la cual se pide no solo que sea completa, sino eficaz. El voto de cualquier persona debe ser emitido en libertad, de forma consciente y voluntaria, pero no una consciencia de conocimiento de cada programa electoral, del proceso, de la dinámica o de los distintos miembros, porque si esta regla se aplicare, habría de predicarse para todo votante y entonces, se reduciría ostensiblemente el número de los mismos. Nos referimos a una conciencia del acto, de entender y querer votar, sin entrar en la diatriba jurídica que supone, sino evitando situaciones las situaciones conducentes al aprovechamiento. Claramente la teoría es muy ventajosa, pero, ¿qué ocurre cuando en la práctica se da esa manipulación evidente de la persona? Es decir, cuando de forma notoria, la persona tiene mermadas sus facultades volitivas e intelectivas, de forma que no entiende ni, en su caso, quiere o le es indiferente, la votación, pero hay un tercero que presiona para realizar el acto, mermando la libertad de decisión del sujeto ¿cómo se puede garantizar la libertad de voto o, al menos, evitar ese aprovechamiento?

Esta cuestión ha sido planteada en la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral, relativa a la aplicación de la modificación efectuada en la LOREG por la LO de 2018⁶⁰, cuyo apartado segundo, aclara que las Mesas Electorales «deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral», valiéndose de los medios y apoyo que precisen para ejercitar dicho acto, tales como «alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los o sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral». Ahora bien, «en el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por le número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte». La constancia de

60 Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

la evidente ausencia o falta de consciencia y voluntad en el acta de sesión, ha suscitado cierto rechazo por parte de la doctrina, entendiendo que discrepa con la esencia de la legislación electoral, puesto que, al no establecer un límite o grado alguno de capacidad, no se va a poder impugnar el acto de la votación.

Asimismo, PÉREZ ALBERDI⁶¹, no sólo se plantea la disyuntiva citada sino que entiende incompatible la regulación de la LOREG con el contenido esencial del derecho de sufragio, de manera que la ausencia de la autodeterminación política como «condición inherente a la idea de participación política» no supone una participación libre en el ejercicio del derecho de sufragio. Por ello, a juicio de la autora, la capacidad política del sujeto sería un elemento esencial a tener en cuenta en relación al derecho fundamental de sufragio activo y, dado que en sede de un derecho personalísimo no cabe sustitución, la única alternativa que encuentra viable es la «restricción del derecho de sufragio a aquellas personas que carezcan de la mínima capacidad volitiva o intelectual»⁶². Esta tesis que tantos años hemos visto aplicar en la práctica, ha tenido consecuencias desastrosas, relativas a la coartación de un derecho reconocido como fundamental por las instancias nacionales e internacionales. Como señala CUENCA GÓMEZ⁶³, la previsión legal de una excepción al derecho de sufragio de forma legal, conllevaría un grave peligro dada la tendencia anterior en la aplicación de la normativa sobre discapacidad a convertir en regla general, la excepcionalidad. Se precisa, como establece la autora, que se establezcan las medidas oportunas para garantizar la efectividad del ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones

De esta forma, la garantía del ejercicio libre y consciente no dimana de la restricción, como tampoco lo hace la elevación de cierto estándar de capacidad para emitir el voto válido en base a ciertos conocimientos del proceso electoral, puesto que, de acuerdo con la Convención, el fundamental principio de igualdad y de capacidad jurídica, no es plausible estipular tal nivel de exigencia en el ejercicio del derecho de la persona con discapacidad respecto al resto, mucho menos estandarizar unos requisitos difíciles de abordar para la mayoría de ciudadanos. Ello supondría no sólo un atentado contra el principio de igualdad sino la obligación de que las personas con discapacidad tuvieran una profundidad de conocimiento y discernimiento muy superior a la media, lo cual tampoco es viable desde una perspectiva ética ni jurídica⁶⁴.

En última instancia, se ha planteado la falta de precisión en la reforma respecto a la provisión de apoyos, ya que el artículo 3 LOREG, omite cualquier manifestación descriptiva del apoyo. Parte de la doctrina hecha en falta mayor puntualización o extensión respecto a los apoyos⁶⁵ que pueden nutrir la actuación de la persona con discapacidad. Esa ausencia o falta de presencia de especificaciones concretas la podemos interpretar, a

61 Vid. PÉREZ ALBERDI, M. R., «Los derechos de participación política de las personas con discapacidad», en *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, número 1, vol. 9, enero-junio 2019, págs. 83 a 107.

62 En este sentido, sustenta su argumentación en la posible lesión de la dignidad de la persona con discapacidad como consecuencia de su instrumentalización, elucubrando que «en el mejor de los casos no ejercerá nunca el derecho o, en cualquier otro, será utilizada por terceros».

63 CUENCA GÓMEZ, P., «El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018, págs. 171 a 202.

64 En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Derechos políticos de las personas con discapacidad...» op. cit.

65 Por todos, PÉREZ ALBERDI, M. R., «Los derechos de participación política...» op. cit.

nuestro juicio, desde dos vertientes: una negativa, en la cual manifestamos la necesidad de preceptuar los apoyos pertinentes y, otra positiva, en la cual entendemos que al no recoger la normativa una lista cerrada de apoyos para cada discapacidad, podemos hacer una interpretación abierta y extensiva. De forma que al no establecer ninguna pauta acerca de la provisión de apoyos, puede ser válido cualquiera que se presente.

En cualquier caso, ante esta situación, entendemos que la opción más eficaz será aquella que sea más beneficiosos para la persona, en base a su voluntad y necesidades. Mas, al margen de la interpretación que hagamos del precepto, lo cierto es que siempre se puede contactar con las organizaciones de personas con discapacidad a modo informativo en relación a cualquier punto, esto es, si desconocemos el apoyo que sería más conveniente y así lo manifiesta la persona que quiere votar, pero no sabe cómo hacerlo de qué medios precisaría⁶⁶. En este sentido, no hubiera estado de más la mención a dichos organismos en relación a la facilitación de apoyo humanos, técnicos y/o materiales que faciliten la interpretación y emisión del voto, en favor de la completitud del precepto, quizás, salvando las distancias, de forma similar en este punto a como lo hace el nuevo artículo 56, párrafo primero, del Código civil, que entrará en vigor el día treinta del mes en curso.

Sin duda, el reconocimiento del derecho al ejercicio del voto debe ser universal, puesto que la inclusión de cierta excepcionalidad a priori irrumpe de forma turbulenta en la amplia senda de la interpretación jurídica del precepto, posibilitando la conversión de la excepcionalidad en generalidad como ha quedado demostrado en la práctica judicial descrita con anterioridad a la modificación legal. Ahora bien, la ausencia de garantías posterior al reconocimiento sita en el acto de votación, también supone un perjuicio para la persona, pero no sólo para la teniente de discapacidad sino para cualquier votante. Por ello, echamos de menos en la legislación algún mecanismo que actúe de forma excepcional en aquellos supuestos donde la persona no emita su voto de forma libre, consciente y voluntaria. Lo contrario también confrontaría con la Convención, puesto que si no está presente la decisión del sujeto ni su voluntad, estará presente la de otro, lo cual cercena los derechos del votante.

Ahora bien, ¿cómo se prestan estas garantías durante el trascurso del acto de votación? A este respecto, coincidimos con el razonamiento de CORERA IZU⁶⁷ acerca del criterio a seguir para garantizar el derecho al voto de la persona con discapacidad, a lo que añadiríamos la garantía en el derecho al voto de cualquier persona, con o sin discapacidad. El autor señala, a modo de referente, la novedosa regulación sobre el derecho a contraer matrimonio contemplada en el artículo 56 C.c., el cual en consonancia la Dirección General de Registros y del Notariado⁶⁸, entiende que la capacidad necesaria para consentir el acto matrimonial es la capacidad de querer y entender y, a modo de excepción, en caso de que la persona evidencie tal perturbación en sus facultades intelectivas y volitivas pese a las medidas de apoyo, podrá el funcionario competente recabar dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento matrimonial (art. 56, párrafo segundo).

En este sentido, el principal problema que atisbamos en la comparativa de ambas regulaciones, además, por supuesto, de la ausencia de garantía en la legislación electoral,

66 MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, 2015, págs. 104 y ss.

67 CORERA IZU, M., «Discapacidad y derecho al voto», *LaLeydigital*, número 1592, 2018.

68 Vid. Resolución Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección de Registros y del Notariado.

es la competencia de la autoridad en la Sala. En el caso de la tramitación del expediente matrimonial o, en la celebración del matrimonio, la autoridad competente es un funcionario del Estado, al que se le presumen ciertos conocimientos en la materia y habilidad a la hora de constatar la capacidad necesaria para emitir el acto matrimonial. Si bien es cierto que, en cualquier caso, sería conveniente cierta especialización en la materia, además de sensibilización. Pero, en la Sala electoral, siendo la autoridad que asegura la libertad de los electores y el mantenimiento de la ley es el Presidente de la Mesa (art. 91.1 LOREG), un ciudadano elegido aleatoriamente que, en este sentido, carece -en principio, puesto que no es elegido en base a su experiencia ni saber- de los conocimientos y de las presunciones del funcionario. Por ello, si entendiéramos que el Presidente de la Mesa es quien, en caso de apreciar la falta de libertad, voluntad y/o consciencia en la persona, debido a una discapacidad o como consecuencia de cualquier trastorno o afectación de las facultades intelectivas y volitivas temporal; debe paralizar el acto de votación en referencia a ese ciudadano concreto, debería quedar tal función perfectamente desgranada en la legislación electoral, tanto la función como el procedimiento a seguir, de forma que la subjetividad no suponga una merma del derecho y se aplique con excepcionalidad.

A modo de propuesta, quizás fuere conveniente, ya que el Presidente de la Mesa es la «autoridad exclusiva» dentro del local que, en caso de apreciar, la falta de libertad, voluntad o consciencia de una persona, pueda hacer unas preguntas a la persona o una breve entrevista afin de contrastar su percepción -que ha de tener cierto sustento, no cabe una mera impresión- o, en su caso, contactar con un fedatario público, el cual tiene acceso a lo locales electorales (art. 91.3 LOREG), para que verifique el acto electoral. Por otro lado, en caso de pequeñas entidades locales, donde la opción prevista no es viable, quizás sería conveniente que realizare dicha constatación las fuerzas de policía que como funcionarios se les presume conocimiento y autenticidad, teniendo además la obligación de prestar «auxilio» al Presidente de la Mesa, del tipo que requiera (art. 92 LOREG).

Quizás la exposición prevista en párrafos anteriores reviste la forma de meras elucubraciones, pero el trasfondo sigue siendo el mismo que denotábamos al principio: la necesidad de garantías en el ejercicio de sufragio. Garantías, no restricciones ni privaciones *ab initio*.

VII. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar a lo largo de este estudio, la reforma de la LOREG ha sido resultado del incansable esfuerzo de personas, organismos, organismos e instituciones, defensoras de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, para que la legislación acogiera, bajo el principio de igualdad e igual reconocimiento de capacidad jurídica, a todas las personas con discapacidad, abriendo la puerta al ejercicio de un derecho de rango fundamental como es el derecho de sufragio.

No cabe duda, que la legislación vigente es acorde con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, en cuanto al reconocimiento del derecho de sufragio, si bien echamos en falta en la regulación, una referencia concreta a la provisión de apoyos, aunque la misma simplemente se refiera a la prestación que de distinto tipo ofrecen organismos y asociaciones.

Asimismo, creemos necesaria la inclusión de mecanismos eficaces que velen por el buen desarrollo del ejercicio del derecho de sufragio a objeto de garantizar la emisión de un voto de forma libre, voluntaria y consciente, conforme al artículo 29 de la Convención, eje y guía de la regulación. Como decimos este procedimiento no sólo atañe a personas con discapacidad sino a cualquier ciudadano que tiene derecho no sólo a ejercer su derecho de sufragio sino a hacerlo en libertad.