



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SUFRAGIO ACTIVO EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE REFORMA DE LA LOREG

Autor: Mónica Murillo García

Director: Prof. D^a. Eva Sáenz Royo

Facultad de Derecho

Área de Derecho Constitucional

Curso académico 2020 – 2021 del Grado en Derecho

Zaragoza

Junio 2021

Índice

LISTADO DE ABREVIATURAS	2
RESUMEN	3
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	4
1.2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	6
2. EL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	8
3. EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA ANTES DE 2018	10
3.1. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL	10
3.2. LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO: ¿ES CONSTITUCIONAL?	13
4. LA REFORMA DE LA LOREG POR LO 2/2018	15
4.1. LOS MOTIVOS DE LA REFORMA: EL EXAMEN A ESPAÑA POR PARTE DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	15
4.2. LA LEY ORGÁNICA 2/2018	18
4.2.1. LA SUPRESIÓN DE LOS APARTADOS B) Y C) DEL PUNTO PRIMERO DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG	20
4.2.2. LA MODIFICACIÓN DEL PUNTO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 3	21
4.2.3. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA	21
4.3. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REFORMA	23
4.3.1. LA EXIGENCIA DE QUE EL VOTO SE EJERZA DE FORMA CONSCIENTE, LIBRE Y VOLUNTARIA	23
4.3.2. MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO: EL VOTO ASISTIDO	26
5. CONCLUSIONES: ¿ES LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO UNA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD O UNA GARANTÍA JUDICIAL?	28
6. REFERENCIAS	32
6.1 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32
6.2. REFERENCIAS LEGALES	33
6.3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	33

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CDPD	Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad
JEC	Junta Electoral Central
LO	Ley Orgánica
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

RESUMEN

Las personas con discapacidad han sido históricamente un colectivo apartado de la vida pública y política. Hasta su consideración plena como sujetos de derecho por la Convención de Nueva York en 2006 no se abrió el debate sobre la privación de derechos fundamentales a la que estaban sometidos estas personas. Entre ellos quizá la privación del derecho de sufragio sea el ejemplo más evidente de cómo la integración en la sociedad de las personas con discapacidad distaba mucho de ser total. La Ley Orgánica 2/2018, que modificó la LOREG para dar solución a esta cuestión, establece un sistema en el que la privación del derecho de sufragio por razón de discapacidad ya no se contempla, pero que deviene insuficiente al no tener en consideración los problemas que puede traer, derivados de la especial situación de las personas con discapacidad.

Palabras clave: discapacidad, sufragio, derecho fundamental, autodeterminación política.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La previsión contenida en la Constitución Española de 1978 respecto de las personas con discapacidad se recoge en su artículo 49, cuyo tenor literal dice así:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

El precepto se encuentra en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución, es decir, dentro *De los principios rectores de la política social y económica*. No nos encontramos entonces ante un derecho subjetivo, sino ante un precepto que expresa la voluntad del constituyente, en forma de un principio que ha de regir las actuaciones que los poderes públicos lleven a cabo¹, que deberán tender a la asistencia e integración de las personas con discapacidad, lo que es un mandato constitucional, a tenor del artículo 53.3 de la Carta Magna: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Respecto del contenido del artículo, configura un modo de ver la discapacidad mixto, entre médico y social. Médico, porque considera que la discapacidad debe ser afrontada mediante una serie de medidas de asistencia y tratamiento dirigidas a mitigar, en la medida de lo posible, las deficiencias causadas por la discapacidad que presentan estas personas, para facilitar su integración. Y social, porque no pierde de vista que para que se llegue a producir una completa integración en la sociedad de las personas con discapacidad, es precisamente la sociedad la que debe superar el prejuicio existente sobre ellas.

¹ García Martínez, A. y Sieira, S. (2003). “Sinopsis del Artículo 49”, Congreso de los Diputados, Madrid. En línea: <https://goo.gl/0HkJ8y> (consultado el 20/04/2021).

Sin embargo, aunque teóricamente el artículo 49 establece, como se ha dicho, un sistema mixto de tratamiento de la discapacidad, ambos modelos no aparecen de forma proporcional en él, sino que hay una clara prevalencia del modelo médico y asistencial. En el desarrollo legal del precepto sí que se empieza a observar que se tiende más al modelo social. En la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aunque se sigue considerando que los obstáculos que tienen las personas con discapacidad parten de esta circunstancia personal, reconoce que es también la sociedad la que les limita la plena integración.² El modelo social se termina imponiendo con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce plenamente a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, a las que la sociedad tiene que abrirse para incluirlas en ella, y que puedan tener igualdad de oportunidades que el resto de las personas.³

La legislación actualmente en vigor en la materia, resultado de toda la legislación anterior, fue aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Ley General de Discapacidad). Esta ley define en su artículo 2.a la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier

² “Hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos” (Exposición de Motivos de la Ley 51/2003).

³ “La discapacidad queda configurada como la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona «normal». En ese sentido, una sociedad abierta e inclusiva ha de modificar tal entorno solidariamente para acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores que ensanchan la humanidad y le agregan valor y debe hacerlo tomando en consideración la propia intervención de las personas con capacidades diferenciadas. Para ello, adicionalmente, la Convención se constituye en el primer tratado internacional que regula la importancia de la participación de la sociedad civil.” (Preámbulo de la Ley 26/2011).

tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. El texto legal va orientado a alcanzar la plena inclusión y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, imponiendo medidas en los ámbitos social, educativo y laboral.

1.2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley General de Discapacidad reconoce plenamente a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, lo que no es más que la confirmación del principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución. Es decir, las personas con discapacidad tienen formalmente reconocidos los derechos constitucionales, pero cabe preguntarse si realmente es posible que estas personas disfruten plenamente y de forma efectiva de todos estos derechos.

No hay que olvidar que la discapacidad de una persona puede llevar consigo una serie de alteraciones que, especialmente en el caso de las personas con discapacidades psíquicas o intelectuales, pueden conllevar una limitación de su capacidad cognitiva y volitiva y, por consiguiente, de su capacidad de obrar.

El procedimiento mediante el cual se restringe la capacidad de obrar de una persona es el procedimiento de incapacitación judicial. La incapacitación se encuentra regulada en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil (artículos 199 y siguientes) y en los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La finalidad de el procedimiento es que por resolución judicial se fije un sistema que sustituya o complemente la capacidad de obrar de la persona en aquellos extremos que no pueda ser ejercida plenamente por ella misma, mediante las instituciones de guarda y protección legal de las personas, como la tutela o la curatela, siempre con el objetivo de proteger su persona o su patrimonio.

Esta limitación de la capacidad de obrar debe ser lo más restrictiva posible y solo respecto de aquellos derechos que se vean afectados por las limitaciones de cada persona. En palabras del Tribunal Supremo, la incapacitación debe ser “un traje a medida”.⁴

Es importante no perder de vista que las personas con discapacidad, estén o no incapacitadas por sentencia judicial, son titulares de los mismos derechos que el resto de las personas, tienen capacidad jurídica, son sujetos de derecho, que aspiran a disfrutar de los derechos fundamentales plenamente. Es decir, no se puede utilizar la especial protección que necesitan en ciertos aspectos de su vida para privarles de sus derechos, anular el libre desarrollo de su personalidad y apartarlos de la sociedad. Y para lograrlo, los poderes públicos deben promover la autonomía personal y la accesibilidad universal de estas personas, para incluirlas en la sociedad.⁵

Uno de los derechos que tradicionalmente ha estado vetado para las personas con discapacidad (hablamos a partir de aquí fundamentalmente de aquellas personas que presentan algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual) ha sido el derecho de sufragio, pues es un colectivo caracterizado por haber estado, hasta finales del siglo XX, apartado de la vida pública y por tanto, de la vida política.

A lo largo de este trabajo se analizará el ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de las personas con discapacidad intelectual, y en concreto, la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, que garantizó el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Y es que en un tema tan complejo caben opiniones de todo tipo: hay quienes piensan que la privación de este derecho comporta para estas personas una inaceptable vulneración del principio de igualdad, que les aparta de la sociedad, y hay quienes consideran que se trata de una

⁴ “La incapacitación debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones” (STS 341/2014, Fundamento jurídico 6º).

⁵ Artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

garantía judicial necesaria para proteger la voluntad política de la persona que no puede ejercerla en igualdad de condiciones que el resto.

2. EL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La extensión del derecho de sufragio a las personas con discapacidad tuvo su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), cuyo artículo 21 recoge el derecho de “toda persona a participar en el gobierno de su país”, configurando así el derecho a la participación política en general, y el derecho a voto en particular, como un Derecho Humano. Este precepto fue posteriormente desarrollado por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966 y en vigor desde 1976, que establece “el derecho de participación política de los individuos en las actividades de gobierno de los Estados”. El carácter vinculante de este Pacto para los Estados que lo han ratificado, 168 en la actualidad, nos permitiría, en principio, hablar de que existe un derecho internacionalmente reconocido a la participación política de todos los ciudadanos.

Sin embargo, el tenor del artículo 25 dice que este derecho será gozado por los ciudadanos “sin restricciones indebidas”, dejando en el aire cuestiones como qué es una restricción indebida, o si cabe algún tipo de restricción si no es indebida. Esta cuestión fue matizada por el Comentario General número 25 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que viene a decir que los derechos contenidos en el artículo 25 del PIDCP no pueden suspenderse ni negarse “salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos”. A continuación, pone como ejemplo de estos motivos “la incapacidad mental verificada”, es decir, la incapacidad fijada en resolución judicial, con base en la falta de capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual.

Por tanto, a pesar de que los Convenios internacionales parecían hablar de un derecho al voto sin restricciones para todos los ciudadanos, este estaba vetado para una mayoría de las personas con discapacidad intelectual, situación que no se vería superada

hasta el año 2006, con la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD o Convención o Convención de Nueva York), aprobada en 2006, supuso un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico del ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad, ya que pasaron a ser consideradas plenamente como sujetos de derecho. En concreto, respecto al derecho de sufragio, su artículo 29 obliga a los Estados parte a garantizarles los derechos políticos y la posibilidad de disfrutar de ellos igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.

Este artículo 29, por sí mismo, tampoco soluciona el problema de qué sucede con las personas que están privadas o tienen modificada su capacidad de obrar, pues es eso lo que les priva a su vez del derecho a voto, por considerarse que no pueden ejercer el derecho en igualdad de condiciones que los demás. Para solventar este problema, se debe poner el precepto en conexión con otro de los artículos de la Convención, el número 12.2, que obliga a los Estados parte a reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

Tomando literalmente los citados preceptos de la Convención, quedaría claramente configurado un derecho de sufragio para todas las personas con discapacidad sin ningún requisito previo, pues no estaría justificado condicionar su derecho a voto si se considera que tienen igual capacidad jurídica que el resto de las personas. A pesar de ello, la jurisprudencia en esta materia parece contradecir esta afirmación. En la paradigmática Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Alajos Kiss contra Hungría*, de 2010, vemos que el Tribunal no prohíbe que haya restricciones al derecho de voto por parte de personas con discapacidad, sino que se limita a exigir que éstas sean una medida excepcional y resultado de un examen individualizado de su aptitud para el ejercicio del derecho de sufragio en la resolución judicial que determine la incapacitación, no una consecuencia ligada a la mera sentencia de incapacitación.⁶ Es

⁶ “El Tribunal concluye, pues, que la negación automática del derecho a voto, en ausencia de una evaluación judicial individualizada de la situación de los interesados y con el único fundamento de una

decir, el TEDH está aceptando que puedan existir ciertas limitaciones al derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad, siempre que estas se acuerden en el marco de un procedimiento judicial individualizado y dotado de todas las garantías, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

El carácter vinculante de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad obliga a los Estados parte a realizar una serie de “ajustes razonables”⁷ en sus legislaciones para adaptarlas a su contenido, es decir, para que reconozcan la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y, por consiguiente, el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones. Para garantizarlo, el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y los derechos de participación política sometió a los Estados a una serie de exámenes y, en concreto, recomendó a España, en su examen de 2011, que revisase su legislación en la materia y específicamente, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, lo que llevó a su reforma en el año 2018, como se verá más adelante.

3. EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA ANTES DE 2018

3.1. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

limitación mental necesitada del sometimiento a curatela, no puede considerarse como una medida limitativa del derecho de voto fundada en razones legítimas.” (STEDH de 20 de mayo de 2010 del Asunto Alajos Kiss contra Hungría)

⁷ “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o el ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2 de la CDPD).

La Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), establece el marco legislativo que rige el funcionamiento de las elecciones, y en concreto, las condiciones para ser elector y elegible en éstas. En la redacción de la ley anterior a la reforma de 2018, su artículo 3.1, apartado b) establecía lo siguiente: “Carecen de derecho de sufragio (...) los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”. En la misma línea, el artículo 3.2 disponía que “a los efectos previstos en este artículo, los jueces y tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio”.

Es decir, la legislación española mandaba que la privación del derecho a voto para las personas con discapacidad intelectual se produciría siempre en el marco de un procedimiento judicial de incapacitación. Ahora bien, la mera incapacitación judicial no se traducía automáticamente en una exclusión del derecho de sufragio para la persona incapacitada, sino que esto solo se producía si el juez consideraba que su capacidad intelectual no era suficiente para ejercitar su derecho al voto libre y conscientemente. Así, la privación del derecho de sufragio a las personas incapacitadas debía quedar configurada como una excepción, y no como la regla general.⁸

Se debe tener en cuenta que el ejercicio del derecho de sufragio activo tiene un presupuesto fundamental: la capacidad de autodeterminación política⁹, que es la capacidad para emitir un voto, por lo que si una persona carece de esta capacidad,

⁸ “Su pérdida no es una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona, de suerte que aún cuando haya sido modificada la capacidad, el afectado puede conservar su derecho de sufragio, salvo que se le prive motivada y expresamente de este derecho” (Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado).

⁹ “La capacidad de autodeterminación política, fruto de la posibilidad de comprender las diferentes opciones y discriminar entre ellas (...) es, pues, una exigencia inherente a la participación y, por este motivo, su ausencia es un límite lógico de ese derecho, derivado de la necesidad de preservar su propia idiosincrasia, pues si la intervención política no es expresión de la libertad del individuo, no hay una participación democrática auténtica”. (Presno Linera M.Á. (2011) “El derecho de voto: un derecho político fundamental”. Pág. 34. Publicado en <http://presnolinera.wordpress.com>)

parecería lógico pensar que existen razones para privarle del ejercicio de este derecho, en aras de la protección de su libertad. Siguiendo esta línea, el principio de sufragio universal quedaría configurado no como el derecho al voto de todas las personas, sino como el derecho a voto de todas las personas que forman parte de la comunidad política y que poseen la capacidad de autodeterminación política.¹⁰

Es jurisprudencia consolidada que la privación del derecho debía ser siempre excepcional. Y es por ello que requería de un “examen” particularizado de la capacidad de cada persona para ejercer el voto, llevado a cabo en el procedimiento de incapacitación, con el objetivo de discernir si la persona era apta para ejercerlo en condiciones de libertad e igualdad que el resto de los ciudadanos, para lo cual sería necesario esta capacidad de autodeterminación política, que vendría a requerir una cierta capacidad cognitiva, que le permitiese entender el significado del ejercicio del derecho de sufragio, y volitiva, que le permitiese ejercitarlo por él mismo, conforme a su voluntad y sin la interferencia de terceros en su decisión.

El problema viene porque no existían en la ley unos criterios que determinasen cómo realizar ese “examen de capacidad”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue por la línea de considerar que no bastaba sólo con tener la voluntad de votar, sino que era necesario tener una serie de conocimientos que garantizasen que el voto se ejercía con plena libertad del individuo. Ahora bien, es evidente que este “examen” no podía, como declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de mayo de 2016, “establecer un estándar de exigibilidad de capacidades cognitivas e intelectivas superiores a las que sean predicables en cualquier ciudadano para impedir el ejercicio del derecho de voto”. Es decir, la no posesión de conocimientos sobre política no podía en ningún caso fundamentar la privación del derecho a voto, pues a nadie se le exige saber sobre política para poder votar; simplemente debía servir como un elemento más para ponderar si concurren en la persona las circunstancias que le permiten poseer la capacidad de autodeterminación política a pesar de su situación personal. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela 781/2015:

¹⁰ Siguiendo a Gálvez Muñoz, L.A. (2021) “La inconsistencia del fundamento constitucional de la eliminación de la posibilidad de restricción judicial del sufragio por causa de discapacidad mental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, pág. 55.

“No se trata de establecer niveles de conocimiento político mínimo, ni de someter a la persona cuya capacidad en otros ámbitos se tutela o integra a exámenes que ningún otro ciudadano ha de tolerar, pero sí que es necesario ponderar si su nivel de conocimiento de la realidad social y su nivel intelectual permiten estimar que está en condiciones de adoptar efectiva, real y materialmente una decisión política más allá del formalismo o rito social de introducir un voto en una urna”.

3.2. LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO: ¿ES CONSTITUCIONAL?

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el tema en el Auto 196/2016, que desestimaba el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la inadmisión del recurso de amparo contra la Sentencia de la AP de Santiago de Compostela 781/2015, en la que se privaba a una mujer con discapacidad intelectual del derecho de voto. Los motivos del recurso sostenían la posible vulneración por parte del artículo 3, apartados 1.b y 2 de la LOREG, de los artículos 23 y 14 de la Constitución al impedir el sufragio activo a personas con discapacidad.

El Tribunal entendió que no se estaba vulnerando el artículo 23 porque, si bien es cierto que establece el derecho a participar en los asuntos públicos para todas las personas sin límites ni excepciones, se trata de un derecho de configuración legal¹¹, por lo que será el legislador quien lo desarrolle y le dote de contenido, pudiendo establecer límites a su ejercicio, pues está reconocido jurisprudencial y doctrinalmente que los derechos fundamentales no son derechos absolutos. De hecho, no es la discapacidad el único límite que establece el artículo tercero de la LOREG, puesto que también están privados de este derecho, por ejemplo, los condenados por sentencia judicial firme a esta pena (apartado 1.a), además de estar condicionado el ejercicio del derecho a tener una determinada edad, impidiendo el ejercicio del sufragio activo a quienes tengan una edad inferior a 18 años, precisamente por considerar que su voto no se realizaría de forma autónoma, sino que estaría fuertemente influenciado por el entorno familiar y social.

¹¹ Fundamento Jurídico Segundo del ATC 196/2016.

Respecto de la posible vulneración del artículo 14, no entiende el Tribunal que contradiga el principio de igualdad y no discriminación, porque la LOREG no contiene una privación generalizada del derecho al voto para las personas con discapacidad, sino que la limita a aquellas personas con discapacidad que son incapaces de emitir su voto libremente, de modo individualizado y en el marco de un procedimiento judicial de incapacitación con todas las garantías.¹² Además, el Tribunal Supremo ya rechazó que la incapacitación fuese una medida discriminatoria en su Sentencia de 2009:

“La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.¹³

Así, nuestro Tribunal Constitucional consideró que el artículo 3.1.b de la LOREG encajaba en la Carta Magna, al no apreciar que vulnerase los preceptos citados anteriormente. Merece también la pena comentar que tampoco observó que se vulnerase el artículo 29 de la CDPD, mencionado en apartados anteriores, cuyo tenor literal compele a los Estados a garantizar “a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás” y a comprometerse a “asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás”. Y esto debe llevarse a cabo, entre otras formas, mediante “la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación (...)”. A la vista de este precepto, cabe preguntarse qué sucede cuando una persona no puede formarse una voluntad política por sí misma y por lo tanto ejercer su derecho al voto en igualdad de condiciones que los demás, y cómo se protege el secreto del voto y se garantiza la no intimidación de estas personas en los procesos electorales.

Para estos casos, se extrae de la jurisprudencia en general, y del auto del Tribunal Constitucional comentado en particular, que la privación del derecho de sufragio quedaría

¹² Fundamento Jurídico Tercero del ATC 196/2016.

¹³ STS 282/2009, de 29 de abril, Fundamento Jurídico Séptimo.

para estos casos configurado como una garantía judicial en una doble vertiente: por un lado, para la persona con discapacidad, pues protege su libertad ante la posible injerencia de terceros en el ejercicio de su derecho; por otro lado, del buen funcionamiento del sistema electoral, pues en nada beneficiaría a éste contar con un número de votos que pudiesen estar de algún modo viciados. Y esto es así porque el ejercicio del voto no es algo que se pueda banalizar, en palabras del propio Tribunal Constitucional, no es “la mera introducción de la papeleta electoral en la urna”, sino la formación consciente y libre de la voluntad política que se materializa con la introducción del voto en la urna.

Hay que destacar que el Auto del Tribunal Constitucional contiene un voto particular, siendo uno de los argumentos que da la Magistrada discrepante que aunque sí es cierto que el artículo 23, que consagra el derecho a la participación política, es un derecho de configuración legal, el desarrollo legal del precepto debe en todo caso respetar el contenido esencial del derecho y no infringir los preceptos constitucionales.¹⁴ Y nuestra Constitución contiene un precepto, el artículo 49, que impone a los poderes públicos amparar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de los derechos fundamentales que la Constitución les otorga. Por ello, una privación del derecho de sufragio activo a las personas con discapacidad podría interpretarse también como una falta de los poderes públicos a su obligación de promover las condiciones que permitan la integración plena de las personas con discapacidad en la vida política y pública.

4. LA REFORMA DE LA LOREG POR LO 2/2018

4.1. LOS MOTIVOS DE LA REFORMA: EL EXAMEN A ESPAÑA POR PARTE DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha ido realizando exámenes sobre el cumplimiento de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad a los distintos Estados partes, analizando si la legislación interna cumple con sus parámetros. En 2011 efectuó un examen a España,

¹⁴ STC 153/2014, de 12 de septiembre, Fundamento Jurídico 3.

y como resultado formuló varios motivos de preocupación y recomendaciones en diversas materias, pues apreció que la legislación española no estaba acorde con la Convención en el desarrollo de diversos derechos fundamentales, lo que se traducía en una discriminación por parte de la ley hacia las personas con discapacidad.

Centrándonos en la participación política y el derecho a voto, el Comité emitió su preocupación respecto de la legislación española en el punto 47 de su informe, donde expresó su inquietud por que “se pueda restringir el derecho a voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución”. En concreto, al Comité le preocupaban tres aspectos: primero, la posibilidad de privar del derecho de sufragio activo a las personas con discapacidad privadas de su capacidad jurídica; segundo, que la privación del derecho pareciese “ser la regla y no la excepción”; y tercero, que no hubiese unos criterios definidos a aplicar por los jueces en las resoluciones sobre incapacitación en las que tenían que decidir sobre la privación o no del derecho. Y para solucionar esto, lo que pidió a España, en el punto 48 del informe, es que revisase toda la legislación para hacerla acorde con el artículo 29 de la Convención, esto es, para garantizar el voto a todas las personas con discapacidad, y concretamente, que modificase el artículo 3 de la LOREG, que es el que permitía la privación del derecho a voto.¹⁵

Estas preocupaciones que expresó el Comité no parecen casar demasiado con la postura que han mantenido los tribunales españoles ni con lo que después diría nuestro Tribunal Constitucional en su Auto de 2016, que como se ha expuesto anteriormente, consideró la legislación electoral compatible con el artículo 29 de la Convención. Incluso posteriormente al informe del Comité, los tribunales han seguido manteniendo que la privación del derecho no resulta incompatible con la Convención. Por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 2016:

¹⁵ “El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar.” (Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Examen a España, 19 de octubre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/I).

“La decisión de la privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo (...).¹⁶

Resulta interesante analizar punto por punto las observaciones del comité y compararlas con la jurisprudencia española en la materia, que es cierto que desde la aprobación de la Convención en 2006 y las Observaciones a España en 2011 fue siguiendo progresivamente una línea más acorde con los nuevos parámetros internacionales.

En primer lugar, respecto de la privación de la capacidad jurídica y, por consiguiente, del derecho de sufragio activo, el la Convención estableció la prohibición total de llevar a cabo esta práctica, extendiendo el derecho de sufragio activo a todas las personas con discapacidad. Por el contrario, la jurisprudencia española, evidentemente en aplicación de la ley nacional vigente en el momento, consideraba que la privación del derecho a voto a las personas con discapacidad incapacitadas por sentencia judicial quedaba configurada como una protección de sus derechos más que como una vulneración de los mismos.¹⁷

En segundo lugar, la afirmación de que la privación del derecho era la regla general para los tribunales españoles puede entenderse si se observa el gran número de personas discapacitadas que tenían denegado el derecho (unas 100.000, según datos de la Junta Electoral Central). Esto se explica porque nuestros tribunales venían sujetando a las personas incapacitadas a un sistema de tutela en la mayoría de las ocasiones, sistema que se basa en la sustitución de la toma de las decisiones de la persona tutelada, que pasa a estar representada por el tutor. Este sistema ofrece una mayor protección a la persona incapacitada, pero también le impide disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales y en concreto, del derecho de sufragio activo, que no es un derecho cuyo ejercicio pueda delegarse en el tutor, con lo que acaba privándosele de él.

¹⁶ STS 181/2016, de 17 de marzo, Fundamento Jurídico Segundo.

¹⁷ STS 244/2015, de 13 de mayo.

Sin embargo, esta tendencia ha ido cambiando, quedando la tutela reservada para supuestos excepcionales y convirtiéndose la curatela en regla general. El sistema de curatela sí que es compatible con el ejercicio del derecho de sufragio, puesto que no sustituye la voluntad de la persona incapacitada, sino que simplemente se complementa su capacidad en los extremos que ésta necesite. Por lo tanto, la incapacitación no equivale a la privación del derecho de sufragio, que podrá ser ejercido siempre que se tenga capacidad para ello, circunstancia de que debe ser apreciada por el juez en la sentencia de incapacitación.¹⁸

Por último, respecto de los criterios que utilizan los jueces sobre cómo evaluar la capacidad para el ejercicio del derecho de sufragio, es cierto que no están tasados legalmente, por lo que ha tenido que ser la jurisprudencia la que los ha ido estableciendo. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Burgos justifica la privación del derecho a voto en la falta de conocimientos elementales sobre los partidos políticos, las funciones que ejercen y lo que representan, en la ausencia de razonamiento para justificar su deseo de votar y en la fácil influenciabilidad que presenta.¹⁹

Como se ve, la tendencia de los tribunales ha sido tratar de acercarse lo más posible a las pautas marcadas por la Convención, aunque evidentemente no cumple con la prohibición establecida por ésta de privar del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, puesto que la legislación electoral española, hasta la reforma de 2018, sí que contemplaba y permitía esta privación.

4.2. LA LEY ORGÁNICA 2/2018

Esta tendencia jurisprudencial hacia el modelo de la Convención no sería nunca suficiente para quienes apoyaban un cambio de paradigma en materia de discapacidad, que buscaban eliminar totalmente la posibilidad de privar del derecho de voto a las personas con discapacidad de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que nunca se alcanzaría la igualdad real y la plena integración de estas personas si existía en la ley

¹⁸ STS 421/2013, de 24 de junio, Fundamento Jurídico segundo, apartado 6.

¹⁹ SAP Burgos 103/2015, de 27 de marzo, Fundamento Jurídico segundo.

electoral un precepto como el artículo 3 LOREG. Es decir, que si realmente se quería terminar de adecuar el Derecho español a la Convención de Nueva York, lo que había que hacer era modificar la ley. En el año 2017, el Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de dos diputados de UPN, presentó una proposición de ley para modificar el artículo 3.2 de la LOREG, que no salió adelante, pero que no hubiese significado un gran cambio respecto a lo que se venía realizando, ya que en la nueva redacción del precepto lo único que se hacía era concretar más el procedimiento a seguir por los Jueces y Tribunales a la hora de privar del derecho.²⁰

El verdadero impulso a la reforma tuvo lugar en la Asamblea de Madrid en 2016, donde el Grupo Parlamentario Socialista presentó una proposición de ley, que fue apoyada por todos los grupos parlamentarios y que se llevó al Congreso de los Diputados a través de la iniciativa legislativa ejercida por dicho Parlamento autonómico. La proposición de Ley Orgánica de modificación de la LOREG que se votó finalmente contemplaba la eliminación de las causas de privación del sufragio, así como una cláusula introducida por una enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Popular que condicionaba el ejercicio del voto a que fuese “consciente, libre y voluntario”. Así, la 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 fue aprobada por unanimidad por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2018, y por el Senado el 24 de octubre del mismo año.

El preámbulo de la ley justifica la reforma en el principio de igualdad consagrado en la Constitución, así como en la Convención de Nueva York, concretamente en su artículo 29 y en las recomendaciones realizadas por el Comité a España en 2011, todo ello anteriormente analizado. Considera que con esta ley lo que se está haciendo es cumplir con los compromisos internacionales adoptados por España al ratificar la Convención, y que estaban siendo por tanto incumplidos con la regulación anterior. Es interesante comentar que esta opinión del legislador nacional choca, como ya lo había hecho antes la del Comité de las Naciones Unidas, con la opinión mantenida por los tribunales españoles a la hora de interpretar el artículo 3 de la LOREG, que la

²⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 87-1, de 17 de febrero de 2017.

consideraban compatible con los principios Constitucionales y con la Convención de Nueva York.

Y es que la reforma realiza un cambio total del paradigma que los jueces y tribunales aplicaban en cumplimiento de la ley vigente hasta el momento, como veremos a continuación.

4.2.1. LA SUPRESIÓN DE LOS APARTADOS B) Y C) DEL PUNTO PRIMERO DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG

La primera modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2018 establece la supresión de los apartados b) y c) del artículo 3.1 de la LOREG, que disponían lo siguiente:

- “1. Carecen de derecho de sufragio:
- b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
 - c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”.

Con esta modificación, el legislador español dio cumplimiento al aviso realizado por el Comité de las Naciones Unidas, mediante el que recomendaba a España que “se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás”.

Y lo cumple, porque lo que hace con esta modificación es suprimir dos de las causas de privación del derecho de sufragio activo que contemplaba la LOREG: la incapacidad para el ejercicio concreto de este derecho por sentencia judicial firme y el internamiento en hospital psiquiátrico también con autorización judicial. Es decir, se amplía la titularidad del derecho de sufragio activo a todas las personas mayores de edad sin excepción, concretamente a aquellas personas que tenían modificada su capacidad de obrar por sentencia judicial a las que se les había excluido de este derecho.

4.2.2. LA MODIFICACIÓN DEL PUNTO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 3

También queda modificado el apartado segundo del artículo tercero, que mandaba a los jueces y tribunales que conociesen de los procedimientos de incapacitación que se pronunciasen específicamente sobre el derecho de sufragio. Esto es lo que decía en su redacción original:

“2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

Tras la modificación, el precepto queda redactado de este modo:

“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”.

Es decir, tras eliminar las causas de exclusión del derecho en el punto primero de la reforma, en el punto segundo lo que hace el legislador es suprimir el mandato a los jueces para que en sus sentencias de incapacitación apreciaran si concurrían o no las circunstancias para privar del ejercicio del derecho de sufragio activo, esto es, si concurría o no en la persona capacidad de autodeterminación política que le permitiese votar. A partir de ese momento, los jueces y tribunales no tendrán que pronunciarse, ni en sentido negativo ni en sentido positivo sobre esta cuestión, pues de acuerdo con la nueva ley nadie puede quedar privado del derecho a voto por cuestión de discapacidad intelectual.

Respecto de la nueva redacción dada al precepto, contiene previsiones abstractas que hacen muy difícil su aplicación real, además de otros problemas que serán objeto de análisis más adelante.

4.2.3. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA

Finalmente, la LO 2/2018 introduce una disposición adicional octava, con la siguiente redacción:

“A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1 b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”.

Con esta disposición el legislador anula indistintamente todas las resoluciones judiciales que privaban del derecho de sufragio activo por razón de discapacidad intelectual, así como las correspondientes inscripciones de las mismas en el Registro Civil, restituyendo el derecho a voto de todos aquellos que se encontraban privados de él de forma automática, sin una reevaluación previa por el juez. Esto es criticado por juristas como Arnaldo Alcubilla, que considera que una ley que anula resoluciones judiciales firmes es un “hecho realmente insólito en nuestro ordenamiento jurídico, que pretende justificarse en la garantía de la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad (...)”.²¹ Nos encontraríamos ante una suerte de “amnistía electoral”, en palabras de Anguita Susi.²² Pero a la vez que por ley se dejan sin efecto las resoluciones anteriores, no se establece ninguna previsión sobre cómo deberán ejercer estas personas su derecho de sufragio ni qué medidas de apoyo se les deberán dar de acuerdo con sus circunstancias personales.

Cabe preguntarse si no sería mejor que el legislador, en vez de una restitución colectiva del ejercicio del derecho de sufragio, hubiese optado por un sistema de revisión individualizado de las sentencias de incapacitación en las que se privaba del derecho al voto, pues es de modo individual como debe tratarse a las personas con discapacidad, ya que cada una tiene una realidad y unas circunstancias particulares que le impiden o dificultan en mayor o menor medida un ejercicio pleno de los derechos. Y es por esto por

²¹ Arnaldo Alcubilla, E. (2019) “La reforma del art. 3 de la LOREG: el reconocimiento del derecho de sufragio de las personas con la capacidad modificada”. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. Extra-2, pág. 35.

²² Anguita Susi, A (2019). “Realidad y perspectiva del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, pág. 430.

lo que tal vez debería haberse encomendado a los jueces al menos la tarea de establecer qué medios o apoyos necesitaría cada persona para poder ejercer su derecho de forma libre, consciente y voluntaria si no lo puede hacer por sí misma.

4.3. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REFORMA

La reforma de la LOREG por LO 2/2018 ha sido calificada por la doctrina y la mayor parte de la opinión de los juristas como ambigua e insuficiente. En palabras de Anguita Susi:

“El legislador plantea, como decimos, un escenario de incertidumbre, dado que reconoce el derecho de sufragio activo a cualquier persona, pero matiza que el contenido esencial del derecho de sufragio activo consiste en la emisión del voto de forma consciente, libre y voluntaria. La pregunta, por tanto, que surge de inmediato es en qué términos y a quién corresponderá garantizar dicho contenido esencial. La reforma de la LOREG, en definitiva, resuelve el problema de la titularidad del derecho de sufragio activo por las personas con discapacidad intelectual, pero no termina de concretar la fórmula para garantizar el adecuado ejercicio del mismo (...)”.

Es cierto que hay entre los juristas opiniones divididas respecto de la reforma, pero incluso entre aquellos que la consideran positiva y necesaria, que son muchos, existe el parecer de que no ha estado a la altura, resultando en una normativa incompleta e insuficiente, que deja muchas cuestiones sin resolver y un alto grado de inseguridad jurídica.²³

4.3.1. LA EXIGENCIA DE QUE EL VOTO SE EJERZA DE FORMA CONSCIENTE, LIBRE Y VOLUNTARIA

El artículo 3.2 LOREG establece que “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente”. Es decir, está condicionando el derecho a voto a que se ejerza bajo esas tres características, que no son más que el

²³ Esta opinión se puede ver en diversos artículos como en Sánchez Muñoz, O. (2020) “Cuestiones no resueltas sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad”. *UNED Revista de Derecho Político*, nº 109, pp. 47-72. También en Anguita Susi, A (2019). “Realidad y perspectiva del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, pp. 417-433.

contenido básico del derecho de sufragio activo. Y es por esto por lo que parece algo contradictorio restituir general y automáticamente el derecho de voto de todas las personas privadas de él por sentencia judicial y al mismo tiempo supeditar el voto a esos tres requisitos. Vamos a ver por qué.

Lo que el artículo 3.2 está haciendo en realidad es limitar el derecho de voto, que no podrá ejercerse si no se dan en el sujeto las condiciones de libertad, consciencia y voluntariedad. Por ello, una de las contradicciones en que incurre el legislador al incluir esta cláusula es que si el motivo de la reforma de la LOREG era dar cumplimiento a la Convención de Nueva York, que prohibía privar del derecho a voto por razón de discapacidad, no parece demasiado coherente impedir votar a aquellos que no presenten esas características de libertad, consciencia y voluntariedad, lo que además es bastante común en el caso de las personas con ciertos grados de discapacidad intelectual.

Es importante volver a hablar aquí del concepto de autodeterminación política, que es “la capacidad para auto determinarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que únicamente puede hacerse si se cuenta con la capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas”²⁴ y que se constituye como el presupuesto fundamental del derecho de sufragio activo, sin el cual no podríamos estar hablando de una participación política libre. Y la autodeterminación política lo que exige precisamente es que concurren en el sujeto las capacidades cognitiva y volitiva que le permitan entender y tener consciencia del significado del derecho que está ejerciendo y ejercerlo voluntariamente, ya que solo así su voto podrá ser libre. Entonces, el artículo 3.2 de la LOREG, al exigir un voto libre, consciente y voluntario no está haciendo más que exigir que concorra en el sujeto que va a votar la capacidad de autodeterminación política. Y si el votante no puede, por su enfermedad, deficiencia psíquica o deterioro cognitivo, conformar ni expresar su voluntad, no podrá ejercer el derecho.²⁵

²⁴ Presno Linera M.A (2011). “La reforma del derecho de voto en España”. *Revista Justicia Electoral*, núm. 8, vol. 1, pág. 87.

²⁵ León Alonso, M (2019). “La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de Reforma del Régimen Electoral General: una revisión del concepto de capacidad electoral”. *IgualdadES*, 1, pág. 214.

Nos encontramos entonces con que tanto la regulación de la LOREG anterior a la reforma de 2018 como la regulación posterior vienen a exigir prácticamente lo mismo: que el sujeto que va a ejercer el derecho de voto posea capacidad de autodeterminación política. La regulación anterior encomendaba la tarea de apreciarlo a los jueces y tribunales en el marco de los procedimientos de incapacitación, lo que, aunque no estaba totalmente exento de fallos en la práctica, dotaba al proceso de toda una serie de garantías judiciales. Con la regulación actual se sigue exigiendo lo mismo, pero sin concretar cómo ni a quién corresponde apreciar su concurrencia o su falta. Y hallamos aquí otra de las contradicciones: si el objetivo del legislador con la reforma era restituir el derecho de voto a quienes se encontraban privados de éste precisamente por no concurrir en ellos la capacidad de autodeterminación política, no se entiende la inclusión en la nueva ley de una cláusula que condicione el ejercicio de voto a la conciencia, libertad y voluntariedad de éste.

Sí que es cierto que el artículo 3.2 *in fine* LOREG establece respecto del ejercicio del voto que podrá ejercerse “cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”, aunque sigue sin concretar cuáles serán estos medios de apoyo, quién los decide y a quién le corresponden, como veremos más adelante.

Como se ve, el artículo 3.2 LOREG está cargado de dudas interpretativas, a la vez que deja muchas cuestiones en el aire. En este sentido, son interesantes algunas de las preguntas que se hace Gálvez Muñoz al respecto:

“¿Cómo se detecta que hay riesgo de que un elector no va a ejercer su sufragio consciente libre y voluntariamente? ¿Por su apariencia externa? ¿Por la forma de expresarse? ¿Por mostrar nerviosismo? Si alguien suscita la cuestión ¿qué debe hacer la mesa electoral? ¿cómo se determina que el voto no es consciente, libre y voluntario? ¿cómo se mide? ¿cómo se cuantifica el grado mínimo de libertad, voluntariedad y conciencia requeridos para votar?”²⁶

Ante la falta de previsión por parte del legislador, la Junta Electoral Central (en adelante, JEC) dictó una Instrucción, la 5/2019, de 11 de marzo (que tuvo que ser

²⁶ Gálvez Muñoz, L.A. (2019). “La exigencia de que el sufragio se ejerza “consciente, libre y voluntariamente” del nuevo art. 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Dudas interpretativas y pautas de aplicación”. *IgualdadES*, 1, pág. 239.

modificada unos días después por la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, por el rechazo que tuvo entre varias asociaciones de personas con discapacidad debido a su redacción). En dicha Instrucción, la JEC manda a las mesas electorales que deben admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente (recordemos que tras la reforma de la LOREG, todos los incapacitados por sentencia judicial con privación del derecho a voto pasaron a estar inscritos en el censo), y en el supuesto de que alguno de los miembros de la mesa entendiere que un voto no está siendo ejercido en las condiciones que manda el artículo 3.2, lo puede hacer constar en el acta, pero sin impedir que el voto sea introducido en la urna.²⁷

Estas prescripciones de la JEC parecen lógicas y coherentes, pues las mesas electorales están formadas por ciudadanos anónimos, que no tiene por qué poseer los conocimientos o pueden tener dificultades a la hora de discernir si un voto se está ejerciendo de modo idóneo o no, más todavía cuando no hay unos criterios establecidos sobre como apreciar dicha circunstancia. Y si entendiesen que en algún caso el voto no está siendo ejercido de forma libre y consciente, no tienen, como es evidente, legitimidad para impedir a una persona el ejercicio de un derecho fundamental, tarea que corresponde solamente a los jueces y tribunales. Lo único que deben hacer los integrantes de la mesa en este caso es hacerlo constar en el acta, aunque tampoco está demasiado claro a qué efectos.

4.3.2. MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO: EL VOTO ASISTIDO

²⁷ “Segundo. Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral.

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 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 el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte.” (Instrucción de la JEC 7/2019, punto segundo).

Antes de la reforma, la LOREG ya preveía un régimen de votación para las personas que no pudiesen hacerlo por sí mismas en el artículo 87, cuyo apartado primero dispone que “los electores que no sepan leer o que, por discapacidad estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza”. Es cierto que este precepto está previsto para las personas con algún tipo de discapacidad física o sensorial que les impidiese llevar a cabo la acción de votar (por ejemplo, personas con límites de movilidad o personas invidentes), pero algunos autores como el profesor Martínez Pujalte ya venían proponiendo que se extendiese este mecanismo de voto asistido a las personas con discapacidad intelectual.²⁸ Y a grandes rasgos esto es lo que ha dicho la JEC en su Instrucción 7/2018, estableciendo que “las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que las acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa”.

Hay que apuntar que el método de voto asistido no es un voto por representación, que fue excluido por Acuerdo de la Junta Electoral Central de 25 de mayo de 2003, en una consulta sobre la posibilidad de votar en nombre de otra persona por hallarse esta impedida en silla de ruedas. La JEC consideró que la Ley Electoral no permite el voto por apoderamiento, y que la única posibilidad para estos casos era el voto por correo.²⁹

Es indudable que el voto asistido conlleva una serie de problemas, fundamentalmente la pérdida del principio de secreto del voto y el principio de personalidad del mismo, que viene a concretarse en la máxima “una persona un voto”, y que forman ambos parte del contenido esencial del derecho de sufragio activo. Este método de asistencia en la votación obliga a quien va a ejercer su derecho de sufragio activo a desvelar a un tercero el contenido de su voto, con los riesgos que esto puede conllevar para la libertad del mismo.³⁰ Sin embargo, para Martínez Pujalte, la lesión de estos principios sería muy limitada, porque el secreto del voto se rompería de forma

²⁸ Martínez Pujalte, A.L. (2015). “Derechos fundamentales y discapacidad”. *Colección Convención ONU*, Ediciones Cinca, pág. 105.

²⁹ Acuerdo de la Junta Electoral Central, sesión 25/05/2003. Núm. Acuerdo 342/2003. Núm. Expediente 339/51.

³⁰ Pérez Alberdi, M.R. (2019). “Los derechos de participación política de las personas con discapacidad”. *Lex Social*, vol. 9, núm. 1.

voluntaria por quien solicitase el apoyo de otra persona, presumiblemente de su confianza, para votar. Es más, de la regulación se desprende que no se exige a la persona que vaya a actuar como asistente de ninguna representación legal ni relación específica con el elector. Además, el quebrantamiento de estos principios podría ser proporcionado si se piensa que sirve para un bien mayor, como es la garantía de la universalidad del sufragio incluyendo en éste a las personas con discapacidad intelectual.³¹

5. CONCLUSIONES: ¿ES LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO UNA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD O UNA GARANTÍA JUDICIAL?

El derecho a voto de las personas con discapacidad intelectual queda configurado y reconocido internacionalmente en la Convención de Nueva York de 2006, volviéndose así un imperativo ineludible para los Estados parte la tarea de adecuar sus legislaciones internacionales a éste nuevo estándar respecto de las personas con discapacidad.

Lo deseable a nivel social, y hacia lo que las legislaciones deben tender, es hacia el reconocimiento del derecho de voto en el sentido de la Convención, pero no quedarse en un reconocimiento meramente formal del derecho, sino asegurar las condiciones materiales para que su ejercicio pueda llevarse a cabo con todas las garantías.

La reforma de la LOREG no cumple con esta última parte. Se limita a un reconocimiento formal del derecho, eliminando de las causas de privación de sufragio el hecho de estar incapacitado para su ejercicio por sentencia judicial. Ha sido una reforma necesaria, pero insuficiente. Necesaria, porque responde a las demandas sociales de integración de las personas con discapacidad en la vida pública y política, en especial de los colectivos de personas con discapacidad, y porque adecúa la normativa española a los parámetros internacionales, terminando con lo que era una situación de desigualdad. Es insuficiente, porque no contiene ninguna previsión sobre cómo se materializa el ejercicio

³¹ Martínez Pujalte, A.L. (2015). “Derechos fundamentales y discapacidad”. *Colección Convención ONU*, Ediciones Cinca, págs. 105 y 106.

del derecho y cuales son las pautas para que su ejercicio se lleve a cabo en condiciones de libertad e igualdad.

En una sociedad democrática el derecho de sufragio está ligado a la persona, es parte de la condición de ciudadano y por tanto, no está supeditado, salvo en lo que se refiere a la mayoría de edad, a la posesión de una determinada capacidad intelectual, por lo que toda persona debería, en principio y aunque necesite alguna clase de apoyo, poder ejercer el derecho, pues no podría hablarse de Estado democrático si no se permite ejercerlo a un grupo poblacional en general, a un colectivo como serían las personas con discapacidad. Pero a la hora de buscar soluciones, la discapacidad no puede ser tratada como algo colectivo, ya que cada una de las personas que se incluyen dentro de él presenta unas características particulares que deben ser tratadas de forma individualizada. La reforma de la LOREG, al referirse genéricamente a las “personas con discapacidad” sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia, abre la puerta al voto de personas con graves enfermedades psíquicas, que hacen en muchas ocasiones que la persona que las padece no pueda gobernarse ni siquiera a sí misma, mucho menos formarse una voluntad política que materializar en un voto. Es por ello legítimo preguntarse si es beneficioso para el sistema democrático y para dichas personas contar con un número de votos que, en aras de garantizar el principio de universalidad, no van a poder ser ejercidos de forma libre, igual, directa y secreta, como manda la Constitución.

El ejercicio del derecho de sufragio, como se ha dicho anteriormente, no puede estar condicionado a una capacidad intelectual determinada, pero sí que se requiere un mínimo que asegure la legitimidad del voto, que se traduce en que la persona que lo emite tenga capacidad para formar su voluntad política. Y esto es también un mandato de la LO 2/2018, que exige un voto consciente, libre y voluntario, lo cual se erigiría en una garantía tanto para la legitimidad del sistema electoral como para la libertad de las personas con discapacidad si el legislador se hubiese preocupado de elaborar unos parámetros sobre qué se considera votar en libertad y cuándo se considera que no se está haciendo, y las medidas a tomar en los casos concretos.

La LOREG vigente con anterioridad a la reforma de 2018, que establecía un sistema de evaluación individualizada de la persona con discapacidad, pese a que contaba con la garantía de un procedimiento judicial, tampoco estaba exento de fallos. Considero

acertado el hecho de que se decida de forma particular para cada persona, pero la jurisprudencia nos muestra cómo en muchas ocasiones se tomaba la postura de privar del sufragio como un añadido a la sentencia de incapacitación, sin entrar a evaluar realmente la capacidad de autodeterminación política de la persona, sino que se ligaba a la mera incapacitación judicial. Al no haber unos criterios legalmente establecidos sobre como llevar a cabo dicha valoración, se dejaba al arbitrio del juez, lo que creaba una situación de inseguridad jurídica. Sí es cierto que la jurisprudencia fue estableciendo unas pautas, pero aun así el número de sentencias de incapacitación que llevaban aparejada la privación del derecho de sufragio era inusualmente alto.

La solución de optar por el reconocimiento del derecho de sufragio activo a las personas con discapacidad me parece acertada y necesaria, pero sin perder de vista que la legitimidad del voto pasa porque éste sea libre, y hay casos en los que esto es más complicado para las personas con discapacidad intelectual. Por ello, junto con el reconocimiento del derecho a voto, debería articularse un sistema de apoyos rodeado de todas las garantías necesarias para garantizar la libertad de los votantes con discapacidades intelectuales que lo necesiten, para que su voto sea libre y, de este modo, igual al de los demás ciudadanos. Y solo en los casos en los que ni siquiera con estos apoyos la voluntad política y el voto consiguiente pudiese realizarse en libertad, de forma absolutamente excepcional, privar de su ejercicio, en un procedimiento con todas sus garantías judiciales. Por tanto, la positiva intención del legislador al aprobar la Ley Orgánica 2/2018 no podrá materializarse hasta que no quede legalmente establecida la vía para garantizar a estos ciudadanos que su voto será igual que el del resto.

La privación del derecho de sufragio no puede ser en ningún caso la regla general hacia ningún colectivo, pues conlleva una clara infracción del principio de igualdad, un trato degradante respecto de los demás ciudadanos y la vulneración del principio de universalidad del sufragio. Pero precisamente para garantizar la igualdad, puede resultar necesario que de forma excepcional se prive del derecho a aquellos ciudadanos que en ningún caso pueden ejercer su voto libremente, privación que no quedaría a mi juicio configurada como una vulneración del principio de igualdad, sino que de lo contrario, reforzaría dicho principio, pues si una persona no ejerce su voto de forma libre no lo ejerce tampoco en igualdad con los demás. Sería una garantía judicial, que protegería la libertad del individuo frente a la coacción o a la emisión de su voto por parte de un tercero.

Reitero, pues ha de quedar claro, que la privación, para que no devenga en vulneración del principio de igualdad y en injusticia social, debe de ser excepcional. La gran mayoría de las personas con discapacidad intelectual no están impedidas para participar de la vida social y política, y es necesario que participen en ella para que sus reivindicaciones se escuchen y atiendan. Pueden necesitar para ello algún tipo de apoyo o soporte para realizar ciertos aspectos de esa vida en pie de igualdad con los demás ciudadanos, como puede ser el hecho de votar en las elecciones, y siempre que exista una mínima capacidad de formación de voluntad política debe apoyarse, y complementarse si es necesario. Urge una nueva reforma de la LOREG que especifique qué es un voto libre, consciente y voluntario, cómo debe garantizarse, cuáles son los medios de apoyo para las personas que no lo puedan realizar totalmente por sí mismas y qué sucede con quienes no pueden llevarlo a cabo, pues las personas con discapacidad merecen ejercer sus derechos fundamentales con las mismas garantías que los demás ciudadanos, y su integración plena en la sociedad pasa por ello.

6. REFERENCIAS

6.1 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez García, H. (2017). “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, pp. 1027-1055.
- Anguita Susi, A. (2019). “Perspectiva y realidad del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, pp. 417-433.
- Gálvez Muñoz, L.A. (2020). “Una visión crítica de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 109, pp. 15-45.
- Gálvez Muñoz, L.A. (2019). “La exigencia de que el sufragio se ejerza “consciente, libre y voluntariamente” del nuevo art. 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Dudas interpretativas y pautas de aplicación”. *IgualdadES*, 1, pp. 235-250. En línea: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.09>
- Gálvez Muñoz, L.A. (2021). “La inconsistencia del fundamento constitucional de la eliminación de la posibilidad de restricción judicial del sufragio por causa de discapacidad mental”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 121, pp. 45-72.
- León Alonso, M. (2014). “Los derechos de participación política de las personas con discapacidad: el derecho al voto”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, pp. 167-193.
- León Alonso, M. (2019). “La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de Reforma del Régimen Electoral General: una revisión del concepto de capacidad electoral”. *IgualdadES*, 1, pp. 205-218. En línea: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.07>
- Martínez Pujalte, A.L (2015). “Derechos fundamentales y discapacidad”. *Colección Convención ONU*, Ediciones Cinca, pp. 83-109.
- Pascual Planchuelo, V.C. (2016). “El derecho de voto de las personas con discapacidad y, en especial, de las personas con discapacidad psíquica o intelectual

en derecho internacional. Su recepción en España”. *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), pp- 101-122.

- Pérez Alberdi, M.R. (2019). “Los derechos de participación política de las personas con discapacidad”. *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, pp. 83-107
- Presno Linera M.A (2011). “La reforma del derecho de voto en España”. *Revista Justicia Electoral*, núm. 8, vol. 1, pp. 81-117.
- Sánchez Muñoz, O. (2020). “Cuestiones no resueltas sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 109, pp. 47-72.

6.2. REFERENCIAS LEGALES

- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE núm. 147, de 20 de mayo de 1985)
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003).
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).
- 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 (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

6.3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 282/2009, de 29 de abril.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de mayo de 2010, Asunto Alajos Kiss c. Hungría (demanda nº 38832/06).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 421/2013, Rec. 1220/2012, de 24 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2014, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TC:2014:153).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 244/2015, Rec. 846/2014, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela (Sección 6ª, Civil), núm. 781/2015, Rec. 11/2015, de 11 de marzo (ECLI:ES:APC:2015:781).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª, Civil), núm. 103/2015, Rec. 347/2014, de 27 de marzo (Núm. CENDOJ: 09059370022015100037).
- Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TC:2016:196A).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 181/2016, Rec. 1624/2015, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1163).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18, Civil), núm. 421/2016, Rec. 133/2016, de 27 de mayo (ECLI:ES:APB:2016:5958).

