

**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***

*THE RIGHT TO VOTE OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL
AND PSYCHOSOCIAL DISABILITIES.
THE ADAPTATION OF THE SPANISH ELECTORAL LEGISLATION TO
THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES*

PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 24-8-17

Fecha de aceptación: 3-10-17

Resumen: *La mayoría de las democracias contemporáneas permiten que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial puedan verse privadas del derecho al voto. Este trabajo pretende analizar en qué medida la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desafía esta exclusión histórica y qué reformas es necesario realizar en la legislación electoral española para cumplir con sus exigencias.*

Abstract: *Most contemporary democracies allow the disenfranchisement of people with intellectual and psychosocial disabilities. This paper aims to analyze the challenge that the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities raises to this historical exclusion and what reforms need to be made in Spanish electoral legislation in order to comply its demands.*

* Este artículo se ha elaborado en el marco de los proyectos “Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y “Madrid sin barreras, discapacidad e inclusión social”, financiado por la Comunidad de Madrid. Agradezco a Rafael de Asís y a Mari Carmen Barranco las observaciones que sobre su contenido me han realizado.

Palabras clave: derecho al voto, discapacidad intelectual, discapacidad psicosocial, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Keywords: right to vote, intellectual disability, psychosocial disability, Convention on the Rights of Persons with Disabilities

1. INTRODUCCIÓN

Tras el lento y disputado proceso de extensión del voto a diferentes colectivos originariamente privados de este derecho (mujeres, pobres, no propietarios, minorías raciales, étnicas o religiosas, personas que no alcanzan un determinado nivel de instrucción), la universalidad del sufragio se considera en la actualidad un rasgo básico de las democracias contemporáneas¹. No obstante, la proclamación del sufragio universal se entiende todavía hoy compatible con el establecimiento de una serie de restricciones que excluyen del derecho al voto a diversas categorías de personas². Precisamente, una de las exclusiones más comunes, presente en la práctica totalidad de los sistemas democráticos, es la que afecta a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. En este sentido, la reivindicación del reconocimiento del derecho al voto por parte del movimiento de personas con discapacidad debe entenderse como una continuación de la lucha por el sufragio emprendida previamente por los grupos antes mencionados³.

Esta reivindicación ha recibido un fundamental impulso con la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante CDPD)⁴. Asumiendo un enfoque de derechos humanos y el modelo social de tratamiento de la discapacidad, la CDPD desafía los argumentos teóricos en los que se ha venido fundamentando la privación del derecho al voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, incorpora nuevos estándares al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que exigen reconocimiento del derecho de sufragio activo a este colectivo sin ningún tipo

¹ L. BECKMAN, *The Frontiers of Democracy. The Right to vote and its limits*, Palgrave, Macmillan, New York, 2009, p. 2.

² Vid. R. DAHL, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 97 y R.S. KATZ, *Democracy and Elections*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 216.

³ K. SCHRINER, L. OCHS y T. SHIELDS, "The last suffrage movement: Voting rights for people with cognitive and emotional disabilities", *Publius*, vol. 27 num. 3, 1997, pp. 75-96.

⁴ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

de condicionamiento y requiere la modificación de aquellas legislaciones nacionales –como la española– que se enfrentan con dicha exigencia.

2. EL ARTÍCULO 29 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Ha pasado a ser un lugar común afirmar que la CDPD constituye un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad que implica su consideración como una cuestión de derechos humanos⁵, lo que supone dejar de concebir a las personas con discapacidad como objetos de protección, esto es, como recipientes pasivos de tratamiento médico, asistencia y cuidado para pasar a contemplarles como auténticos, e iguales, sujetos activos de derechos humanos.

Desde esta visión la CDPD tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Para cumplir con este objetivo la Convención procede a la adaptación de los derechos humanos generales y abstractos, ya reconocidos previamente de manera genérica en otros instrumentos normativos internacionales y nacionales, al contexto de la discapacidad y pretende acabar con la discriminación que las personas con discapacidad han venido padeciendo en su ejercicio y disfrute⁶.

Entre los derechos regulados en la CDPD se encuentra el derecho a la participación en la vida política y pública reconocido en su art. 29 que establece la obligación general de los Estados parte de garantizar a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás. Este precepto contiene, además, diversos derechos concretos conectados con la participación política⁷ y esta-

⁵ Vid. por ejemplo, A. PALACIOS y F. BARIFFI, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007.

⁶ A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 367 y ss.

⁷ Que incluiría el derecho de sufragio activo y pasivo, el derecho a ocupar cargos públicos y desempeñar funciones públicas, a participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales, a constituir organizaciones relacionadas con la vida pública y política y a designar a una persona de su elección para que les preste asistencia para votar.

blece numerosas obligaciones específicas para los Estados parte en este ámbito. Entre estos derechos el apartado a) del art. 29 reconoce el derecho de las personas con discapacidad “a participar plena y efectivamente en la vida política y pública directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar”⁸.

A la hora de determinar el sentido y alcance de esta previsión y, en concreto, a la hora de valorar la magnitud del desafío que plantea respecto de la tradicional restricción del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial resulta esencial tener en cuenta la filosofía que inspira la CDPD y realizar una interpretación en contexto tomando en consideración el conjunto de su articulado y las aportaciones en esta materia de su órgano de garantía, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.1. Modelos de tratamiento de la discapacidad, teoría de los derechos y derecho al voto

Pues bien, en la CDPD la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos está estrechamente relacionada con el reemplazo de la filosofía propia del modelo médico de tratamiento de la discapacidad por la filosofía del denominado modelo social⁹.

Como es sabido, el modelo médico considera la discapacidad como un rasgo personal que tiene su origen en las limitaciones individuales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia¹⁰ y centra su tratamiento en la normalización de las personas con discapacidad que se convierte en el pasaporte para su integración social¹¹ y, por ende, en una condición imprescindible para que puedan ejercer y disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad. Así, desde los presupuestos del modelo médico, se justifica como

⁸ Y también de “ser elegidas”, aunque esta dimensión no será objeto de análisis en este trabajo.

⁹ Vid. sobre la plasmación del modelo social en la CDPD el trabajo de A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad* ya citado.

¹⁰ M. OLIVER, *Understanding Disability, From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996, pp. 31 y ss.

¹¹ PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 99. Vid. también A. LAWSON, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007, pp. 563-619, p. 571.

una consecuencia natural e inevitable, que se imputa a sus propias deficiencias, que las personas con discapacidad que no pueden superar sus “desviaciones” sufran limitaciones a la hora de participar en la comunidad y vean restringidos sus derechos en relación con la población no discapacitada¹².

Por su parte el modelo social considera la discapacidad como una situación que tiene su origen en las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presente la diversidad que las personas discapacidad representan¹³, demandando cambios en las estructuras sociales para favorecer su inclusión. Así, el modelo social desvela que la idea de “normalidad” en torno a la cual gira el modelo médico no es neutra, sino que se encuentra sesgada y viene impuesta por quienes responden “a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante”¹⁴. Asumiendo este enfoque, las limitaciones que las personas con discapacidad encuentran para participar plenamente en la comunidad y las restricciones que padecen en el ejercicio de sus derechos no se consideran ni naturales, ni inevitables, concibiéndose como el resultado del diseño de las estructuras sociales y de las propias condiciones de ejercicio de los derechos desde un patrón de normalidad, artificialmente construido y producto de relaciones de poder, que genera barreras para aquéllos que no encajan en el modelo estándar¹⁵.

Por lo que respecta al objeto del presente trabajo, la teoría de los derechos y de la democracia ha contribuido a la construcción de un patrón de normalidad en relación con el ejercicio “correcto” del derecho al voto que resulta excluyente para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial¹⁶.

¹² P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, p. 25.

¹³ G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad, Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 12, disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc (última última fecha de consulta 15 de julio de 2017).

¹⁴ Ch. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 31, 2004, pp. 7-14, p. 7.

¹⁵ P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., p. 35.

¹⁶ En este sentido, se ha señalado que las teorías de la democracia se presentan como uno de los impedimentos estructurales más poderosos para la igualdad política de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, K. SCHRINER, L. OCHS y T. SHIELDS,

En efecto, desde lo que podríamos considerar como la versión estándar de esta teoría se afirma que la protección de la dignidad humana exige que aquellos individuos que tienen capacidad para autogobernarse, esto es, para elegir y perseguir de manera autónoma e independiente sus propios planes y proyectos de vida –capacidad o agencia moral que se hace depender, a su vez, de la posesión de otra serie de capacidades y singularmente de la capacidad racional– deben poder participar también en el gobierno de la comunidad, esto es, en la toma de decisiones colectivas¹⁷. Y, desde esta premisa, se maneja una visión ideal del proceso democrático como un procedimiento cuya calidad e integridad requiere que sus resultados sean el producto de elecciones racionales –informadas y responsables– libres e independientes y se hace descansar en dicha imagen la legitimidad del propio sistema¹⁸.

No conviene pasar por alto que estos presupuestos teóricos se han usado a lo largo de la historia para justificar la privación del derecho al voto a diversas categorías de personas¹⁹. En todo caso, todavía hoy los déficits que se afirma las personas con discapacidad intelectual o psicosocial presentan en su capacidad racional o competencia mental, que se entiende les llevarían a adoptar peores elecciones políticas (perjudicando la calidad del sistema democrático) y, vinculado a lo anterior, su falta de autonomía o dependencia de otros, que se entiende les haría susceptibles de ser manipulados por terceros (lo que pondría en peligro la integridad de tal proceso)²⁰ son argumentos generalmente aceptados, junto con el argumento también tradicional de la

“Democratic Dilemmas: Notes on the ADA and Voting Rights of People with Cognitive and Emotional Impairments”, *Berkeley J. Emp. & Lab.*, vol. 21, 2000, pp. 437-442, p. 447.

¹⁷ P. S. KARLAN, “Framing the Voting Rights Claims of Cognitively Impaired Individuals”, *McGeorge L. Rev.*, vol. 38, 2016, pp. 917-930, p. 918.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Así, R.S KATZ, *Democracy and Elections*, cit., p. 216, identifica tres grandes tipos de restricciones que históricamente han servido para justificar la exclusión del sufragio de diversos grupos: aquéllas basadas en la pertenencia a la comunidad y en tener un interés personal en la elección, aquéllas basadas en la competencia y aquéllas basadas en la autonomía. Como subraya L. BECKMAN, *The Frontiers of Democracy*, cit., p. 8 y pp. 147 y ss. estas justificaciones subyacen también tras las restricciones actuales al derecho de sufragio y las dos últimas, estrechamente relacionadas, son las empleadas habitualmente en relación con las personas discapacidad intelectual y psicosocial.

²⁰ Un exhaustivo análisis crítico de estos argumentos puede verse, por ejemplo, en los trabajos de L. BECKMAN, *Idem*, pp. 147 y ss.; YALE LAW JOURNAL COMPANY, Inc. Note, “Mental Disability and the Right to Vote”, *Yale Law Journal*, vol. 88, núm.8, pp. 1978-1979, pp. 1644-1664 y C. LÓPEZ-GUERRA, “Enfranchising Minors and the Mentally Impaired”, *Social Theory and Practice*, vol. 38, núm.1, pp. 115-138.

protección del propio interés de la persona afectada, para fundamentar su “natural” exclusión de la esfera política²¹.

Pues bien, los principios que inspiran el modelo social, y, en concreto el giro en la comprensión de la idea de normalización, deben proyectarse en la teoría de los derechos humanos (y de la democracia)²². En este sentido, la inclusión de las personas con discapacidad en esta teoría exige una aplicación coherente de sus presupuestos básicos al contexto de la discapacidad, pero, además, requiere también de una revisión profunda de estos presupuestos²³.

Por lo que interesa especialmente en este trabajo, la asunción del modelo social conduce a poner en tela de juicio el patrón de normalidad que según esta teoría determina el ejercicio “correcto” del derecho al voto teniendo en cuenta, al menos, la siguientes consideraciones: 1) como consecuencia de prejuicios y estereotipos las personas con discapacidad intelectual y psicosocial tienden a ser percibidas como sujetos que no cumplen con este patrón cuando en ocasiones poseen en un nivel “estándar” la capacidad y la independencia idealmente requeridas²⁴ 2) los problemas que algunas personas con discapacidad encuentran para cumplir con este estándar ideal no siempre tienen su origen en sus limitaciones personales, sino que en muchos casos están ocasionados y casi siempre se ven agravados por el modo en el que hemos diseñado el sistema electoral y la sociedad en su conjunto²⁵ 3) este patrón de normalidad, en todo caso, no es más que en un mito²⁶, en tanto

²¹ Como ejemplo de aceptación no problemática de esta exclusión Vid. R. DAHL, *Democracy and Its Critics*, cit., p. 127.

²² P. CUENCA GÓMEZ, “Discapacidad, normalidad y derechos humanos” en M.C. BARRANCO AVILÉS y C. CHURRUCA MUGURUZA (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 72-99, p. 85.

²³ Vid. sobre el significado y alcance de estas “adaptaciones”, P. CUENCA GÓMEZ, “La inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 58, 2012, pp. 103-137.

²⁴ K. SCHRINER, L. OCHS y T. SHIELDS, “Democratic Dilemmas”, cit., pp. 441 y 453.

²⁵ La ausencia de accesibilidad de los procesos electorales, pero también el aislamiento de las personas con discapacidad cognitiva, las prácticas segregadoras, las actitudes de sus cuidadores, y la dificultad para acceder a otros bienes o derechos, como la educación, adquieren en este punto una relevancia esencial. Vid. sobre la importancia de las prácticas sociales en la exclusión política de las personas con discapacidad L. BECKMAN, *The Frontiers of Democracy*, cit., p. 21 y P. S. KARLAN, “Framing the Voting Rights Claims of Cognitively Impaired Individuals”, cit., p. 918, quien destaca en este punto la incidencia de los actores privados.

²⁶ Vid. sobre el mito del estándar de la “competencia” y su papel en las teorías clásicas y contemporáneas de la democracia, SCHRINER, L. OCHS, y T. SHIELDS, “Democratic Dilemmas”, cit., pp. 447 y ss.

tampoco las personas sin discapacidades cognitivas ejercen siempre su derecho al voto de un modo racional ni están exentas en este ámbito de influencias externas²⁷, si bien estos déficits no justifican en su caso la privación del derecho de sufragio 4) la constatación de que algunas personas con discapacidad encuentran dificultades específicas para ejercer su derecho al voto, no debe conducir a despojarles de este derecho, sino a la adopción de medidas tendentes a superarlas²⁸.

Por tanto, desde los presupuestos del modelo social, la exclusión de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial del derecho de sufragio carece de toda justificación. Más bien lo que este modelo justifica es la inclusión política de dicho colectivo acabando con las barreras formales expresadas en leyes que permiten la privación del derecho al voto y con las barreras informales encarnadas en sistemas y procesos electorales cognitivamente inaccesibles. Precisamente, estos presupuestos se reflejan claramente en el tenor del art. 29 y en el conjunto de la CDPD.

2.2. El significado del artículo 29 en contexto: la prohibición absoluta de la privación del ejercicio del derecho al voto basada en la discapacidad intelectual o psicosocial

Según antes se indicó, el art. 29 de la CDPD –y en concreto la previsión que reconoce el derecho al voto de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad– debe ser interpretado en contexto teniendo en cuenta otras disposiciones de su articulado, y, en particular, el art. 1 que recoge la definición abierta e inclusiva de personas con discapacidad²⁹; el art. 3 que contiene los principios que deben orientar su aplicación e implementación³⁰;

²⁷ Vid. entre otros, P. S. KARLAN, “Framing the Voting Rights Claims of Cognitively Impaired Individuals”, cit. y M. NUSSBAUM, “The capabilities of people with cognitive disabilities”, *Metaphilosophy*, vol. 40, núm. 3–4, 2009, pp. (331-351) 348.

²⁸ L. BECKMAN, *The Frontiers of Democracy*, cit., pp. 161 y ss.

²⁹ Que incluye a aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

³⁰ Esto es, “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

el art. 5 que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad³¹; o el art. 9 que se refiere a la accesibilidad universal³². Asimismo, en la determinación del alcance de su art. 29 adquieren relevancia otros derechos reconocidos en la CDPD y, en concreto –teniendo en cuenta el contenido de la legislación electoral española que será objeto de análisis en el siguiente apartado– el derecho al igual reconocimiento ante la ley contemplado en su art. 12 y el derecho a la libertad y a la seguridad incluido en su art. 14.

A mi modo de ver, del conjunto de estos preceptos y de las consideraciones realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se deduce que la CDPD prohíbe cualquier forma de privación del derecho al voto basada en la discapacidad intelectual y psicosocial incorporando nuevos estándares en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Antes de la entrada en vigor de la CDPD la existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial era considerada un motivo válido de exclusión del derecho de sufragio en los sistemas internacionales de protección de los derechos³³. Sin embargo, la CDPD supone un cuestionamiento radical de la legitimidad de esta exclusión y exige su eliminación de los ordenamientos jurídicos internos.

Pues bien, en los sistemas jurídicos nacionales las previsiones normativas –legales o constitucionales– a través de las cuales se articula la privación

³¹ Definida en el artículo 2 como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo” y que incluye “todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

³² Que, precisamente, se justifica en la igualdad de oportunidades, la vida independiente y la participación plena de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida.

³³ Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General Nº 25, HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 1996, sobre el artículo 25 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante PIDCP) considera que los Estados pueden imponer a través de la ley condiciones para el ejercicio de los derechos políticos basadas en criterios “objetivos y razonables”. Y expresamente menciona como causa legítima de privación del derecho al voto (o del derecho a ocupar un cargo público) la “incapacidad mental verificada”. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html> (última fecha de consulta 15 de julio de 2017). Vid. sobre el tratamiento del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el Derecho Internacional, V.C. PASCUAL PLANCHUELO, “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*, núm. 4 vol. 2, 2016, pp. 101-122.

del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial responden a dos grandes modelos: un modelo de estatus en el que la exclusión del sufragio se basa en la pertenencia de la persona a una determinada categoría y un modelo funcional en el que tal exclusión se fundamenta en la incapacidad específica de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial para ejercer el derecho al voto³⁴.

Siguiendo a L. Beckham³⁵ dentro del modelo de estatus es posible diferenciar, a su vez, un submodelo que apela a la condición cognitiva de la persona y un submodelo que apela a su condición legal.

En virtud del primero de estos submodelos el mero diagnóstico de una discapacidad intelectual o psicosocial justifica la privación del derecho de sufragio³⁶, sin que se realice una evaluación concreta de su capacidad para el ejercicio de este derecho. Con carácter general, además, no se suele exigir que la atribución a la persona del estatus o condición que lleva aparejada

³⁴ A estos modelos hace referencia el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la privación o limitación de la capacidad jurídica en su *Observación General No. 1 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como personas ante la ley*, CRPD/C/GC/1, para. 13. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> (última fecha de consulta 3 de julio de 2017). En concreto, en relación con el derecho al voto la oposición entre estos dos modelos puede encontrarse en el trabajo de P. S APPELBAUM, R. J. BONNIE y J.H. KARLAWISH, "The capacity to vote of persons with Alzheimer's disease", *American Journal of Psychiatry*, vol. 162, núm. 11, 2005, pp. 2094-100.

³⁵ Vid. L. BECKMAN, "The Accuracy of Electoral Regulations: The Case of the Right to Vote by People with Cognitive Impairments", *Social Policy & Society*, vol. 13 num. 2, pp. 221-233.

³⁶ Históricamente este modelo se ha plasmado en disposiciones jurídicas que –empleando, además, categorías abiertas, imprecisas y claramente peyorativas– excluyen del derecho al voto a las personas etiquetadas como "retardadas", "retrasadas", "lunáticas", "insanas", "idiotas", "mentalmente incompetentes", "perturbadas" o "no tranquilos y pacíficos". Diversos trabajos han dado cuenta del empleo común de este tipo de cláusulas en numerosos estados de EEUU y de su progresiva sustitución por previsiones que recogen, bien el submodelo de la condición legal, o bien el modelo funcional. Vid., entre otros, R. KELLEY, "Toward an unconditional right to vote for persons with mental disabilities: reconciling state law with constitutional guarantees", *B.C. Third World L.J.*, núm. 359, 2010, pp. 272 y ss; "Developments in the Law. The Law of Mental Illness, Voting Rights and the Mentally Incapacitated", *Harvard Law Review*, vol. 121, pp. 1179-1191. Un anexo con todas las previsiones constitucionales y legales relativas a la exclusión del voto de las personas con discapacidad en EEUU puede verse en el anexo al trabajo ya citado de K. SCHRINER; L.OCHS y T. SHIELDS, "Democratic Dilemmas". El trabajo de L. BECKAM, "The Accuracy of Electoral Regulations", incluye como ejemplos de este tipo de cláusulas la Constitución de Rumanía de 1991, la Constitución de Tailandia y la Ley Electoral de Mozambique.

la exclusión del derecho al voto sea el producto de una decisión judicial³⁷. Obviamente, como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estas previsiones implican una clara discriminación por motivos de discapacidad prohibida por la CDPD³⁸.

En el segundo submodelo la identificación de quienes pueden ser privados de su derecho al voto se basa en una decisión previa –habitualmente ahora sí judicial– acerca de la condición legal de la persona, presumiéndose que la atribución de este estatus constituye un indicador determinante de su incapacidad para ejercer dicho derecho³⁹ (y, por tanto, sin que de nuevo se realice una valoración específica de su “capacidad de voto”). Un primer ejemplo de la aplicación del modelo de estatus basado en categorías legales lo constituyen aquellas previsiones que vinculan la privación del derecho de sufragio con procedimientos de privación de la libertad aplicables específicamente a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial como el internamiento no voluntario⁴⁰ o las medidas penales de seguridad⁴¹. La versión más común de este modelo es, en cualquier caso, la que conecta la exclusión del derecho al voto con la anulación o limitación de la capacidad jurídica⁴² permitiendo que se prive de este derecho a las personas –otra vez con discapacidad intelectual o psicosocial– declaradas incapaces⁴³.

³⁷ Idem, p. 225.

³⁸ *Observación General No. 1*, cit., par. 13.

³⁹ L. BECKAM, “The Accuracy of Electoral Regulations”, cit., pp. 226-228.

⁴⁰ Este sería, entre otros, el caso de España que será explicado en el siguiente apartado.

⁴¹ La *Ley Electoral alemana* de 1997 incluye esta previsión. Vid. L. BECKAM, “The Accuracy of Electoral Regulations”, cit., p. 227.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Como apunta el Informe de la EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, Luxembourg, Publications Office, 2010, p. 21 en la mayoría de los países de la Unión Europea las personas que pierden su capacidad jurídica se ven privadas automáticamente de su derecho a la participación política. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/right-political-participation-persons-mental-health-problems-and-persons> (última fecha de consulta 15 de julio de 2017). Con posterioridad esta agencia desarrolló un informe de indicadores basado en la recopilación de datos sobre la participación política de las personas con discapacidad en la Unión Europea, EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The right to political participation of persons with disabilities: human rights indicators*, Luxembourg, Publications Office, 2014. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/right-political-participation-persons-disabilities-human-rights-indicators> (última fecha de consulta 15 de julio de 2017).

En relación con estas cláusulas interesa señalar que el estatus legal de la persona que permite la privación del derecho de sufragio se hace depender, de manera directa o indirecta, de su estatus cognitivo o condición personal, esto es, de la existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial por lo que, de nuevo, este submodelo implica una discriminación por motivos de discapacidad proscrita por la CDPD.

Pero, además, importa tener en cuenta que la CDPD no sólo prohíbe la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial que caen en alguna de estas categorías legales, sino que cuestiona, además, la propia existencia de tales categorías. En efecto, el artículo 14 de la CDPD, que incorpora la novedosa prohibición de que la discapacidad pueda justificar una privación de la libertad, exige la derogación de las figuras del internamiento involuntario y de las medidas de seguridad penal que deben ser reemplazadas por la prestación de servicios de atención y apoyo en la comunidad⁴⁴. Asimismo, el artículo 12 de la CDPD, que reconoce la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que incluye tanto la capacidad para ser titular de derechos como la capacidad para su ejercicio, obliga a los Estados parte a derogar la institución de la incapacitación y a reemplazar los sistemas de sustitución en la toma de decisiones orientados a la protección del mejor interés de las personas con discapacidad por sistemas de apoyo que respeten sus derechos, su voluntad y sus preferencias⁴⁵.

⁴⁴ Vid. la opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Right to Liberty and Security of Persons with Disabilities*, septiembre de 2015, Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/GuidelinesArticle14.doc> (última fecha de consulta 15 de julio de 2017). Sobre esta cuestión puede verse también P. CUENCA GÓMEZ, "Discapacidad y privación de la libertad", *Derechos y Libertades*, núm. 32, 2015, pp. 163-203.

⁴⁵ Vid. el *Comentario General N° 1* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya citado. Expresamente en su par. 44, el Comité se ha referido a la estrecha relación entre el art. 29 y el art. 12 de la CDPD señalando que "la negación o la limitación de la capacidad jurídica han sido utilizadas para negar la participación política, especialmente el derecho de voto, a determinadas personas con discapacidad. Para hacer plenamente efectivo el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, es importante que se reconozca la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la vida pública y política (art. 29)". Vid. sobre el art. 12 de la CDPD, P. CUENCA GÓMEZ, "Capacidad jurídica y discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.

Pues bien, a diferencia del modelo de estatus, que se basa en cualquiera de sus versiones en una presuposición general de que la discapacidad intelectual y psicosocial supone la incapacidad total para realizar cualquier acto, incluido el ejercicio del derecho al voto, el modelo funcional parte de la consideración de que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial pueden ser incapaces de tomar decisiones en unos ámbitos y capaces en otros⁴⁶, por lo que aboga por una evaluación específica de su idoneidad para el ejercicio del derecho de sufragio. En este sentido se ha señalado que el modelo funcional sería el único coherente con la finalidad a la que teóricamente se orienta la privación del derecho de sufragio en los casos de discapacidad intelectual y psicosocial, esto es, garantizar que todas las personas y sólo las personas que tienen suficiente capacidad para el ejercicio correcto de este derecho puedan votar⁴⁷. Este modelo ha sido incorporado en los últimos años en algunas legislaciones domésticas⁴⁸ y ha sido asumido, además, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁹.

⁴⁶ La incorporación en algunas legislaciones de la figura de la incapacitación parcial, junto con la incapacitación total, parte también de esta consideración. Conviene tener presente que algunos sistemas, aunque no todos, bien en la propia legislación o bien a través de la práctica jurisprudencial, han limitado la aplicación de la privación del derecho de sufragio a las declaraciones de incapacitación total. No obstante, esta limitación no ha tenido como efecto una reducción significativa del número de personas excluidas del derecho al voto, en tanto, por diversas razones, y como pone de relieve el caso español, los jueces y tribunales han mostrado una tendencia a decantarse por la incapacitación total y a seguir sin analizar a la hora de decretarla la capacidad específica de la persona para el ejercicio del derecho de sufragio. Vid. "Developments in the Law", cit., pp. 1182 y 1183.

⁴⁷ Sostiene esta opinión por ejemplo R. KELLEY, "Toward an unconditional right to vote for persons with mental disabilities: reconciling state law with constitutional guarantees" ya citado.

⁴⁸ Vid. los ejemplos de la legislación de EEUU que se proporcionan en Idem, p. 381 y "Developments in the Law", cit., pp. 1183 y ss.

⁴⁹ En su emblemática sentencia *Hirst v. Reino Unido* de 6 de octubre de 2005, el TEDH, entendió incompatible con el art. 3 del *Protocolo Primero de la Convención Europea de Derechos Humanos* (en adelante CEDH) el establecimiento de una privación automática y general del derecho al voto susceptible de afectar a todas las personas que tienen el "estatus" de condenadas a penas de prisión. Posteriormente aplicó esta misma doctrina en su sentencia *Alajos Kiss v. Hungría* de 20 de mayo de 2010, considerando que la pérdida del derecho al voto del demandante, producida como consecuencia de la imposición de una automática y general restricción del voto aplicable a la categoría de las personas parcialmente incapacitadas, implicaba también una vulneración del art. 3 del *Protocolo Primero* de la CEDH. A juicio del TEDH la privación del derecho al voto a las personas "mentalmente discapacitadas" es una medida excepcional que sólo puede considerarse proporcionada cuando se adopta tras una evalua-

A mi modo de ver, el modelo funcional plantea dificultades evidentes⁵⁰, entre ellas, la definición del estándar de capacidad que se requiere para el efectivo ejercicio del derecho al voto y la fijación de su umbral; la determinación del método adecuado para evaluar dicha capacidad⁵¹, y la gran discrecionalidad que, incluso aunque se lograsen establecer de manera clara los elementos anteriores, se dejaría a los encargados de su aplicación. En todo caso este modelo también resulta incompatible con las exigencias de la CDPD.

En efecto tal y como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con carácter general, el empleo del criterio funcional, que apela a la “deficiente aptitud” de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial para adoptar una decisión o ejercer un derecho concreto, para limitar o anular la capacidad jurídica implica una discriminación en la medida en que estas pruebas funcionales sólo se apliquen o afecten desproporcionadamente a las personas con discapacidad⁵². En este sentido, este método supone volver a reintroducir de un modo indirecto clasificaciones basadas en el estatus cognitivo⁵³. En particular en relación con el ejercicio del derecho al voto, el Comité, en su *Dictamen* respecto de una denuncia individual presentada contra Hungría en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención, de

ción judicial individualizada de la aptitud de la persona para el ejercicio de este derecho y una ponderación de los intereses en juego.

⁵⁰ M. REDLEY, “Citizens with learning disabilities and the right to vote”, *Disability & Society*, vol. 23 num. 4, pp. 375-384, apunta algunos de estos problemas.

⁵¹ En este punto cabe mencionar que P.S. APPELBAUM; R. BONNIE, R. J. y J.H. KARLAWISH, -Vid. el trabajo ya citado “The capacity to vote of persons with Alzheimer’s disease” - desarrollaron una herramienta - “Competence Assessment Tool for Voting” (CAT-V) - para valorar la competencia para ejercer el derecho al voto de las personas con Alzheimer. Esta herramienta pretendía responder a la regla sentada por la sentencia de la Corte de Maine en el caso *Doe v. Rowe* de 2001 que consideró que la exclusión automática y general del derecho al voto de las personas que estaban bajo tutela debido a una enfermedad mental contravenía las garantías establecidas en la *American with Disabilities Act* y afirmó que una persona adulta sólo podía ser considerada incapaz para ejercer el derecho de sufragio si carecía “de la capacidad para comprender la naturaleza y el efecto de votar de tal manera que no pueden hacer una elección individual”.

⁵² *Observación General N°1*, cit., pars. 13 y 21. La mayoría de los trabajos que rechazan el método funcional esgrimen como uno de los argumentos centrales su carácter discriminatorio. Incide especialmente en este argumento, L. BARCLAY, “Cognitive Impairment and the Right to Vote: A Strategic Approach”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 30, num. 2, 2013, pp. 146-158.

⁵³ L. BECKAM, “The Accuracy of Electoral Regulations”, cit., p. 230.

6 de octubre de 2013, señaló de manera rotunda que el artículo 29 CDPD “no prevé ninguna restricción razonable ni permite excepción alguna en relación con ningún grupo de personas con discapacidad. Por lo tanto, la exclusión del derecho al voto sobre la base de una discapacidad intelectual o psicosocial percibida o real, *incluida la restricción derivada de una evaluación individualizada, constituye una discriminación por motivos de discapacidad en el sentido del art. 2 de la Convención*”⁵⁴. A su juicio, la evaluación de la capacidad de las personas con discapacidad resulta discriminatoria y no se puede defender su legitimidad. Además, en opinión del Comité, la privación del voto no puede considerarse una medida proporcional al objetivo que se pretende preservar, esto es, la integridad del sistema político del Estado parte. Y ello porque el propio art. 29 de la CDPD exige la adaptación de los procedimientos electorales y la prestación de asistencia para votar recayendo en el Estado la obligación de garantizar que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial puedan “emitir un voto adecuado” en igualdad de condiciones con las demás⁵⁵.

3. LA PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO AL VOTO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL Y SU INCOMPATIBILIDAD CON LA CDPD

A pesar de que el art. 23 de la Constitución española (en adelante CE) reconoce el derecho de los ciudadanos “a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” sin que se establezca ninguna excepción, restricción o condicionamiento por razón de discapacidad; a pesar de que el art. 14 contempla el principio de igualdad y no discriminación y protege especialmente –aunque no menciona expresamente– a las personas con

⁵⁴ CRPD/C/10/D/4/2011. La cursiva es mía. También en su *Observación General N°1* ya citada, par. 44, el Comité vuelve a aclarar que la igualdad en la capacidad jurídica para ejercer el derecho al voto significa que “la *capacidad que tenga una persona de adoptar decisiones* no puede justificar que se excluya a las personas con discapacidad de ejercer sus derechos políticos”. De nuevo la cursiva es mía.

⁵⁵ Sobre la ausencia de proporcionalidad de la privación del derecho al voto basada en la discapacidad intelectual o psicosocial –que revela, por tanto, su naturaleza discriminatoria– se volverá en el siguiente apartado cuando se analicen críticamente los argumentos concretos que la jurisprudencia española ha esgrimido para justificar esta restricción.

discapacidad⁵⁶; y a pesar de que de la combinación del art. 9.2 (que recoge el principio de igualdad material obligando a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integran sean real y efectivas y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social) y del art. 49 (que incorpora como principio rector el amparo especial a las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos fundamentales) es posible derivar un principio de facilitación del derecho de sufragio en relación con este colectivo⁵⁷, la legislación electoral española permite privar del ejercicio del derecho al voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

Ciertamente, la *Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General* (en adelante LOREG), tras reconocer en su art. 2 el derecho de sufragio a todos los españoles mayores de edad, establece en su art. 3.1 como causas de exclusión del derecho de sufragio dos supuestos que afectan específicamente a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. El apartado b) del art. 3.1. LOREG dispone que 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”. Por su parte el apartado c) se refiere a “los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”. Finalmente, el párrafo 2 del art. 3 establece que “a los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

Como se comprobará en lo que sigue, si bien es posible detectar una cierta evolución en su aplicación –que ha supuesto un relativo avance desde el modelo de estatus de privación del derecho de sufragio al modelo funcional–

⁵⁶ En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 269/1994 considerando que la discapacidad debe entenderse incluida en la cláusula genérica “cualquier otra condición personal o social” del art. 14 CE lo que supone que la discapacidad debe entenderse como una categoría sospechosa a la hora de identificar diferencias de trato discriminatorias.

⁵⁷ L. GALVEZ MUÑOZ, *El derecho al voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 30.

esta regulación, en contra de la opinión manifestada en los últimos tiempos por nuestros más altos tribunales, se enfrenta claramente con la CDPD.

Conviene tener presente que en el marco jurídico español este enfrentamiento lleva aparejada, además, la inconstitucionalidad de las previsiones que permiten excluir del sufragio a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Y ello porque la CDPD, en tanto Tratado internacional de Derechos Humanos válidamente celebrado y ratificado por España, no sólo, en virtud del art. 96 CE, forma parte desde su publicación en el BOE del Ordenamiento jurídico español; sino que, además, en virtud el art. 10.2 CE, los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional deben ser interpretados de conformidad con sus exigencias⁵⁸. Pues bien, a mi modo de ver, si antes de la entrada en vigor de la CDPD existían ya motivos para dudar razonablemente de la compatibilidad de los arts. 3.1 b) y c) y 3.2 de la LOREG con la CE, la interpretación de los arts. 23 y 14 CE a la luz de la Convención hace evidente esta inconstitucionalidad.

3.1. La aplicación tradicional de la LOREG: el modelo de estatus y la privación automática del ejercicio del derecho al voto como regla general

Como antes se indicó, el art. 3.1 de la LOREG contempla dos supuestos de privación del derecho al voto que se proyectan específicamente sobre las personas con discapacidad intelectual y psicosocial afectando a aquéllas que han sido internadas de manera involuntaria y a aquéllas que han sido declaradas incapaces exigiéndose en ambos casos para que opere esta exclusión –obligación que se refuerza el art. 3.2– un pronunciamiento específico por parte de los jueces y tribunales que conocen de estos procedimientos sobre la incapacidad de la persona para ejercer el derecho de sufragio.

Se ha señalado que la LOREG contiene una regulación que no resultaba excesivamente restrictiva para el momento histórico de su aprobación, en tanto contempla la necesidad de una decisión judicial específica que declare de forma expresa la falta de idoneidad de las personas con discapacidad sometidas a un internamiento involuntario o declaradas incapaces para ejercer el derecho al voto⁵⁹, por lo que parecería asumir el modelo funcional de pri-

⁵⁸ Vid. sobre significado y las implicaciones que se derivan de la obligación de interpretar los derechos fundamentales constitucionales de conformidad con la CDPD, P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., Cap. II.

⁵⁹ V.C. PASCUAL PLANCHUELO, “El derecho de voto de las personas con discapacidad”, cit., pp. 115 y 116.

vación del derecho de sufragio⁶⁰. Sin embargo, como enseguida de comprobará, no es este modelo el que se ha seguido en la práctica.

A la hora de analizar la aplicación de esta regulación cabe aclarar que el inciso c) del art. 3.1, que hace referencia a la posibilidad de privar del derecho de sufragio a las personas que han sido sometidas a un internamiento involuntario “por razón de trastorno psíquico” en virtud de lo previsto en el art. 763 de la *Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil* (en adelante LEci), no ha tenido trascendencia real en tanto los autos que permiten la adopción de esta medida no suelen contener previsiones relativas al ejercicio del derecho al voto. De cualquier forma, esta previsión –que ha sido criticada por su falta de sentido y utilidad⁶¹– y la propia medida del internamiento involuntario se enfrentan con las exigencias de la CDPD.

Por su incidencia real en la exclusión del ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, me centraré en lo que sigue en el análisis de la aplicación del inciso b) del art. 3.1 responsable de que casi 100.000 personas no pudiesen votar en las pasadas elecciones generales del 26 de junio de 2016⁶². Para comprender el alcance de este inciso en la práctica es importante aludir a la regulación civil de la incapacitación que permite limitar o anular la capacidad de obrar (esto es, la capacidad de ejercer derechos y asumir obligaciones) de ciertas personas con discapacidad (singularmente de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial) en aras de la mejor protección de sus intereses⁶³.

En virtud de esta regulación⁶⁴ –arts. 199 y 200 del *Código civil* (en adelante Cci)– las personas que tienen “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico” que les impiden “gobernarse” por sí mismas pue-

⁶⁰ De hecho, en los estudios de Derecho comparado acerca de la privación del derecho de sufragio suele entenderse que en España se exige una evaluación específica de la capacidad de la persona para el ejercicio del derecho al voto.

⁶¹ S. DÍAZ ALABART, “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad. Una visión civilista”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2012, pp. 3-24, pp. 10-12.

⁶² Exactamente 98.488 según el dato contenido en la contestación dada por la Junta electoral central a la solicitud formulada por CERMI, fechada el 24 de junio de 2016.

⁶³ Ciertamente, nuestro sistema de incapacitación tiene como principal objetivo la protección de la persona incapacitada. En esta idea ha venido insistiendo la jurisprudencia española en la materia. Así, por todas, puede verse la sentencia STS de 31 diciembre 1991. Además, diversos preceptos del Cci hacen referencia al “beneficio del tutelado”.

⁶⁴ Un detallado análisis crítico de esta regulación, en la que se basa su exposición resumida en este trabajo, puede verse en P. CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas

den ser declaradas incapaces por sentencia judicial. En teoría, desde la reforma introducida por la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela* el sistema español de incapacitación se configura como un sistema gradual y flexible que exige que la limitación de la capacidad se adecue al nivel de autogobierno y a las necesidades concretas de protección de cada individuo. Por ello las normas procesales de la LEci –y en particular su art. 760– requieren que las sentencias de incapacitación determinen de manera exhaustiva la extensión y los efectos de la incapacitación y el Cci contempla varias figuras para ejercer la “guarda” de las personas incapacitadas.

No obstante, en su aplicación el sistema español se ha venido mostrando rígido e inflexible. En la práctica las sentencias de incapacitación no suelen contener una determinación detallada de las áreas o los actos sobre los que se proyecta la limitación de la capacidad respondiendo a fórmulas genéricas y a pronunciamientos estereotipados. Así, se han llegado a establecer dos grandes grados de incapacitación: 1) la incapacitación total que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado en todas las esferas (personal y patrimonial) y, por tanto, su sustitución en la toma de decisiones 2) la incapacitación parcial, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente, aunque no se establece expresamente en la regulación civil, que el curador debe asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de sus actos de disposición de carácter patrimonial.

Además, aunque la naturaleza restrictiva y excepcional de esta institución debería comportar la solución contraria, esto es la tendencia a primar la incapacitación parcial y la curatela (asistencia), la incapacitación total y la tutela (sustitución) constituyen las respuestas generales que la mayoría de las sentencias ofrecen a la situación de las personas (con discapacidad intelectual y psicosocial) que se considera tienen dificultades para autogobernarse⁶⁵

En todo caso, en aplicación de la LOREG las sentencias de incapacitación sí que se han venido pronunciando explícitamente sobre el ejercicio del de-

con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, num. 10, 2012, pp. 61-94.

⁶⁵ Según los datos recopilados por la Asociación de Fundaciones Tutelares, entre 2010 y 2015 de las personas con discapacidad intelectual cuyo apoyo tutelar se desarrollaba por las entidades pertenecientes a esta asociación el 87% estaban sujetas a tutela, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES, *Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España. Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*, 2015, p. 44. Disponible en http://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2016/12/EstudioTutela_AEFT-1.pdf (última fecha de consulta 17 de julio de 2017).

recho de sufragio. Y lo han hecho habitualmente para declarar, sin realizar una evaluación concreta e individualizada de la situación de la persona y sin ofrecer una argumentación adicional específica, que las personas declaradas totalmente incapaces y sometidas a tutela (la mayoría) son incapaces también de ejercer su derecho al voto. En este sentido se ha señalado que la privación del ejercicio del derecho de sufragio activo se ha convertido casi en una “cláusula de estilo” en las sentencias de incapacitación que disponen la tutela⁶⁶.

Por tanto, es posible afirmar que la tradicional aplicación de la LOREG es expresión del modelo de estatus o condición legal en la medida en que la incapacitación total de la persona determina de manera directa y automática la privación del ejercicio del derecho al voto. Pero es que, además, en el procedimiento de incapacitación es el diagnóstico de la discapacidad intelectual o psicosocial el único criterio que en la práctica se tiene en cuenta para valorar la afectación del autogobierno, por lo que la exclusión del sufragio pivota, al final, sobre el modelo de estatus cognitivo o condición personal. Dicho de un modo más gráfico, la existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial es un motivo para declarar la incapacidad total y ésta, a su vez, determina la privación del derecho al voto.

El automatismo en la aplicación de la privación del derecho de sufragio puede haberse visto incentivado por el hecho de que la LOREG, si bien exige declaración judicial expresa acerca de la incapacidad de la persona para su ejercicio, no incorpora ningún estándar para su evaluación⁶⁷. Ahora bien, ello no exime a los jueces y tribunales de realizar esta valoración y de justificar la exclusión del derecho de sufragio. Ciertamente, llama poderosamente la atención la ligereza con la que la jurisprudencia española ha venido pronunciándose hasta fechas muy recientes sobre la privación de un derecho tan trascendental como el derecho al voto cuando en otros supuestos de limitación de derechos fundamentales exige el despliegue del sofisticado razonamiento consistente en el juicio de proporcionalidad, que, además, en este caso, requeriría de una argumentación reforzada en tanto estamos ante una restricción de un derecho que implica un trato desfavorable a un colectivo

⁶⁶ S. DÍAZ ALABART, “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad”, cit., pp. 14 y 15.

⁶⁷ A-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, Madrid, 2015, p. 90 y S. DÍAZ ALABART, “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad”, cit., p. 8.

históricamente discriminado y especialmente protegido por la cláusula del art. 14 CE, lo que reclama un escrutinio estricto acerca de la justificación de la medida⁶⁸. La inaplicación de esta doctrina consolidada a la privación del ejercicio del derecho al voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, sin tener en cuenta además que se trata de un derecho en relación con el cual que no se admite el ejercicio por representación⁶⁹, pone de relieve la absoluta falta de sensibilidad hacia la situación de este colectivo y revela hasta qué punto esta exclusión se considera natural y poco problemática.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya en 2011, en sus *Observaciones Finales*⁷⁰ sobre el informe inicial presentado por España, expresó su preocupación acerca del tenor de nuestra legislación electoral y su aplicación⁷¹ recomendando su revisión y solicitando específicamente “la modificación del artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, considerando que esta modificación debe hacer que todas las personas con

⁶⁸ Según antes se señaló la discapacidad es considerada como un motivo sospechoso de discriminación incluido en el art. 14 CE. Ello implica que cualquier trato diferenciado basado en ella debe cumplir más escrupulosamente los requisitos del juicio de igualdad cuyo elemento más importante es, precisamente, el juicio de proporcionalidad. Vid. sobre el juicio de igualdad D. GIMÉNEZ GLUCK, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004. En opinión de este autor, mientras que en el resto de los casos el juicio de igualdad se configura como un juicio de mínimos, que implica la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor del legislador; en el caso de los colectivos incluidos en el art. 14 CE se configura como un juicio estricto y supone una presunción de inconstitucionalidad, D. GIMÉNEZ GLUCK, D., “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el Ordenamiento jurídico europeo y español” en R. DE LORENZO GARCÍA, y L.C. PÉREZ BUENO, (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 223-243, p. 233.

⁶⁹ S. DÍAZ ALABART, “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad”, cit., p. 15. Aunque no voy a detenerme en la discusión de esta idea, conviene señalar que M. NUSSBAUM en su trabajo “The capabilities approach to people with cognitive disabilities”, ya citado, defiende la posibilidad de este ejercicio por representación para que los intereses de las personas con severas discapacidades cognitivas cuenten en tanto ciudadanos iguales.

⁷⁰ CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, pars. 47 y 48.

⁷¹ En este sentido el Comité se mostró preocupado “por que se pueda restringir el derecho al 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”, por que la “privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción” y por el “número de personas con discapacidad a las que se ha denegado su derecho al voto”. También lamentó “la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto”.

discapacidad tengan derecho a votar". Además, el Comité cuestionó también en estas *Observaciones* los contextos generales en los que se aplica en España esta privación del derecho de sufragio recomendando la revisión de la legislación en materia de capacidad jurídica en aras de reemplazar los vigentes sistemas de sustitución por un sistema de apoyos en la toma de decisiones⁷² y la derogación de la legislación que permite el internamiento involuntario⁷³.

Pues bien, a pesar de su incompatibilidad con la CDPD y, por tanto, según antes se indicó, con la propia Constitución, el legislador español no ha derogado los arts. 3.1 b) y c) y 3.2 de la LOREG, (tampoco ha revisado aún, a pesar de sucesivos anuncios, la legislación civil en materia de capacidad, limitándose a cambiar el nombre de los procesos de incapacitación que han pasado a denominarse de "modificación judicial de la capacidad"⁷⁴, ni ha derogado las previsiones relativas al internamiento no voluntario, limitándose a enmendar, con bastante retraso, el error formal que suponía que esta regulación tuviese rango de ley ordinaria y no de ley orgánica⁷⁵).

La jurisprudencia, por su parte, tampoco ha cuestionado de manera directa la privación del derecho de sufragio activo basada en la discapacidad intelectual y psicosocial (ni en general la figura de la incapacitación⁷⁶, ni la medida del internamiento involuntario⁷⁷). En este punto, conviene tener muy presente la importancia que revisten jueces y tribunales a la hora de potenciar y acelerar la adaptación de nuestro sistema a la CDPD. Ciertamente, en aplicación del art. 96 CE los jueces y tribunales podrían haber inaplicado directamente las previsiones de la LOREG que permiten privar del derecho al voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial aplicando de forma preferente el art. 29 de la CDPD⁷⁸. Además, recurriendo al art. 10.2 CE, po-

⁷² *Ibidem*, pars. 33 y 34.

⁷³ *Ibidem*, pars. 35 y 36.

⁷⁴ Y ello en virtud de la Disposición Final primera de la *Ley 1/2009*, de 25 de marzo.

⁷⁵ En efecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 2 de diciembre de 2010 consideró "formalmente" inconstitucional la regulación del internamiento involuntario, pero no fue hasta 2015, con la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2015*, de 22 de julio, cuando el legislador otorgó a esta regulación el rango de ley orgánica.

⁷⁶ Es más, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 consideró expresamente que la regulación civil de la incapacitación es compatible con la CDPD.

⁷⁷ Ciertamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada no se entra a la evaluación sustancial de la regulación del internamiento involuntario.

⁷⁸ Vid. en este sentido A-L., MARTÍNEZ-PUJALTE, "Derechos en conflicto, conflicto de derechos: principales fricciones entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad y la legislación nacional española" en L.C. PÉREZ BUENO y R.

drían haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) elevándole sus dudas acerca de la compatibilidad de la legislación electoral vigente con los arts. 23.1 y 14 CE interpretados de conformidad con la CDPD⁷⁹. A falta de un cuestionamiento directo de la legitimidad de esta legislación, lo que sí se ha producido es una cierta variación en su aplicación en la práctica.

3.2. Algunos cambios en la aplicación de la LOREG: la progresiva recepción del modelo funcional y la obligación de justificar la privación del ejercicio del derecho al voto como medida excepcional

Si bien todavía no de forma unánime o generalizada, en los últimos años los jueces y tribunales españoles –al hilo del también progresivo cumplimiento del mandato de la LEci que exige el establecimiento de incapacitaciones “a medida” detallándose los ámbitos en los que la persona ve limitada o anulada su capacidad de obrar⁸⁰– han comenzado a realizar una evaluación concreta de la capacidad de voto de las personas “presuntamente incapaces” y a ofrecer una justificación separada e individualizada de la privación del ejercicio del derecho de sufragio⁸¹.

Esta doctrina, desarrollada primero por algunas Audiencias Provinciales, fue acogida por el Tribunal Supremo (el adelante TS) a partir de la Sentencia

DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2006-2016 una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016, pp. 149-186, p. 178. Vid. en general sobre la posibilidad de esta aplicación directa y preferente de la CDPD en el sistema español, P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, ya citado.

⁷⁹ Vid. Idem.

⁸⁰ Vid. sobre el cambio a este respecto de la jurisprudencia del TS, C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO, “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera” en C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO y J. GARCÍA MEDINA, (coords.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Thomson Reuters, Arandazi, Pamplona, 2016.

⁸¹ Vid. un análisis de los principales avances (y retrocesos) en esta línea jurisprudencial en A.-L., MARTÍNEZ-PUJALTE, “Derechos en conflicto, conflicto de derechos”, cit., pp. 178 y ss y V.C. PASCUAL PLANCHUELO, “El derecho de voto de las personas con discapacidad”, cit., pp. 117 y 118. Cabe destacar, en todo caso, el relevante papel desempeñado por la Fiscalía en la generación de esta línea jurisprudencial. En efecto, ya en el año 2010 la Fiscalía General del Estado en su *Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas* insistió, entre otras cosas, en el carácter excepcional de la privación del derecho de sufragio y en la necesidad de motivar expresamente la aplicación de esta medida.

de 24 de junio de 2013. En síntesis esta jurisprudencia parte de la consideración de que la privación del ejercicio del derecho de sufragio debe ser la excepción y no la regla, rechaza que la adopción de esta medida pueda ser una consecuencia automática o necesaria de la incapacitación, y acogiendo el modelo funcional, exige que vaya precedida de un examen singularizado de la situación de la persona y de su habilidad para ejercer el derecho al voto y de una ponderación de los intereses que se entiende entran en conflicto.

Pues bien, en relación con esta doctrina considero pertinente realizar tres órdenes de consideraciones.

En primer lugar, importa señalar que el que esta línea jurisprudencial tenga como resultado en la práctica que menos personas con discapacidad intelectual y psicosocial se vean privadas del ejercicio de su derecho de sufragio depende de cómo cada juez –ante el silencio de la legislación a este respecto– defina el estándar de capacidad considerado necesario para el ejercicio de este derecho y su umbral y de cómo determine y sopesa los intereses concurrentes. En este sentido, encontramos tanto sentencias que se decantan por establecer un estándar bajo de capacidad y por ponderar los intereses en conflicto en un sentido favorable a la conservación del derecho al voto⁸², como sentencias que elevan el nivel de capacidad requerido y realizan una ponderación de los intereses en competencia claramente tendente a extender la privación de este derecho⁸³. Lamentablemente en este último grupo se encuentra la Sentencia del TS de 17 de marzo de 2016⁸⁴ cuyo razonamiento, lo que resulta aún más lamentable, ha sido avalado por el devastador (y en muchos puntos absolutamente incomprensible⁸⁵) Auto del TC que desestimó el

⁸² En esta línea es posible mencionar las Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 24 de octubre de 2012, la Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2014 (doctrina seguida también en las de 19 de noviembre de 2014, de 18 de marzo de 2015 y de sentencias de 10 de noviembre de 2015) o las Sentencias también de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de mayo de 2016 y de 12 de julio de 2016.

⁸³ Como ejemplo de esta posición puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 27 de marzo de 2015.

⁸⁴ Vid. un análisis de esta sentencia en J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, “La recepción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas” en L.C. PÉREZ BUENO y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2006-2016 una década de vigencia*, pp. (187- 216) 194 y ss.

⁸⁵ En este sentido coincido en gran medida con las consideraciones del voto particular a este auto formulado por la Vicepresidenta del Tribunal Constitucional. A mi modo de ver, la argumentación del TC, además de mostrar una sensibilidad nula hacia la situación

recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la providencia que inadmitió un recurso de amparo presentado contra la sentencia del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, resulta crucial tener en cuenta que, si bien esta línea jurisprudencial supone un avance respecto de la aplicación tradicional de la LOREG –al menos en teoría, puesto que su incidencia práctica depende, como acaba de señalarse, de la sensibilidad de cada juez–, tampoco cumple con los estándares de la CDPD. Como se desprende de las consideraciones antes realizadas, la CDPD no sólo prohíbe que la privación del derecho de sufragio pueda ser adoptada de forma estandarizada como consecuencia directa de la discapacidad mental o intelectual o de la incapacitación legal, sino que prohíbe, asimismo, que esta medida pueda ser adoptada de forma individualizada como consecuencia de una evaluación particular de la capacidad de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial para ejercer el derecho al voto. Por tanto, en contra de la opinión manifestada por el TS y el TC, la LOREG se enfrenta con la CDPD también cuando se aplica de acuerdo con el método funcional. Por ello, el TC en el auto antes citado no sólo debió admitir el recurso de amparo presentado contra la sentencia del TS, sino que ese recurso tendría que haber dado lugar al planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad aceptándose las dudas más que razonables –a la luz de la interpretación de la CE de conformidad con la CDPD y teniendo especialmente en cuenta la opinión autorizada de su Comité– apuntadas por el Ministerio Fiscal.

En tercer lugar, conviene también incidir en que si bien las sentencias que siguen el método funcional en alguna medida sopesan los intereses en competencia no desarrollan –como muestran el propio auto del TC, la sentencia del TS y la sentencia de instancia recaída en el caso que dio lugar a la presentación del recurso de amparo– un pormenorizado juicio de propor-

de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, es sumamente débil y en muchos puntos circular y parece desconocer el contenido esencial que tienen los derechos fundamentales, también los derechos de configuración legal; despreciar la incidencia de los Tratados Internacionales en la determinación de dicho contenido esencial –a través del art. 10.2 CE– y la importancia de las opiniones de sus órganos de garantía; implica hacer dejación de la función esencial del TC de control de constitucionalidad, hace una aplicación grosera del principio de igualdad y no discriminación a través de la diferencia entre incapacidad y discapacidad, y, cuestión en la que insistiré después, no realiza un juicio de proporcionalidad. Por todo ello no es de extrañar que el movimiento de personas con discapacidad convocara una concentración ante la sede del TC declarándose “en lucha” contra este auto.

cionalidad, juicio que sería preceptivo desarrollar para determinar la legitimidad de la privación del ejercicio del derecho al voto siguiendo la propia doctrina consolidada del TC⁸⁶.

Como es sabido, en virtud de este juicio las restricciones a los derechos fundamentales resultan razonables cuando se orientan a conseguir un fin constitucionalmente legítimo; cuando son necesarias e idóneas para conseguir dicho fin, esto es, cuando son adecuadas para lograr dicho objetivo y no existen alternativas menos gravosas; y cuando superan el test de las ventajas y de los sacrificios, es decir, cuando no causan mayores daños que los beneficios que pretenden generar. Pues bien, la restricción del ejercicio del derecho de sufragio a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial no supera este juicio.

Por lo que respecta al primero de estos requisitos son tres los grandes fines o justificaciones que la jurisprudencia española suele esgrimir como legítimos para fundamentar la privación del derecho al voto (que coinciden con los esgrimidos en otros sistemas y que reflejan la visión médica de la discapacidad y los presupuestos de la teoría estándar de los derechos y de la democracia a los que hice referencia con anterioridad).

En primer término, la protección del interés de la persona afectada por la medida. Esta finalidad, que según se indicó se entiende es el objetivo del procedimiento de incapacitación y cuyo protagonismo en la vida de las personas con discapacidad cuestiona la CDPD con carácter general otorgando primacía al principio de autonomía, encuentra, además, dificultades específicas cuando se trata del derecho al voto⁸⁷. Ciertamente, es poco razonable esgrimir la protección de los intereses de la persona para justificar la privación forzosa de un derecho tan importante como el derecho al voto⁸⁸ y muy complicado argumentar que esta medida es necesaria para evitarle un perjuicio, en tanto exigiría entender que algunas de las formaciones políticas que legalmente concurren a las elecciones en una sociedad democrática

⁸⁶ Sobre el juicio de ponderación o proporcionalidad y su aplicación por el TC, Vid. entre otros trabajos L. PRIETO SANCHÍS, "El juicio de ponderación constitucional" en M. CARBONELL (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 85-123.

⁸⁷ S. DÍAZ ALABART, "El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad", cit., p. 13.

⁸⁸ A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, "Derechos en conflicto, conflicto de derechos", cit., p. 181.

es susceptible de provocarle un daño⁸⁹. Tampoco parece posible afirmar en este caso que la opción que la persona elija es errónea⁹⁰. En concreto, en la Sentencia del TS recurrida en amparo ante el TC la invocación de este interés es especialmente inadecuada y totalmente incompatible con la CDPD en tanto la propia persona había expresado explícitamente su voluntad (su interés) en participar en el proceso electoral.

Los otros dos fines que suelen invocarse para justificar la privación del derecho de sufragio, estrechamente relacionados, se conectan con la necesidad de proteger la calidad y la integridad de esa visión mítica del proceso electoral a la que antes aludí y expresan la pervivencia de prejuicios y estereotipos sobre las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

Así, de un lado, nuestra jurisprudencia se ha referido a un presunto interés general en que el ejercicio del derecho al voto sea expresión de elecciones racionales e informadas, lo que supone exigir a quienes participan en el proceso electoral ciertas capacidades, competencias o conocimientos. En la sentencia del TS recurrida en amparo este elemento aparece formulado como el interés general en que la participación electoral se realice “con un nivel mínimo de conocimiento respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”. Como han señalado algunos autores este presunto interés general simplemente no existe, si no que más bien lo que existe es un interés general en que en este proceso electoral refleje de la forma más amplia posible la voluntad popular⁹¹. En efecto, como señala el Ministerio Fiscal en el recurso de súplica planteado ante el TC, “el ejercicio del derecho al voto no puede estar condicionado por la posesión de un cierto nivel de conocimientos y/o competencias, sino por la condición de ciudadanía” que también poseen las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

Además, como subraya asimismo el Ministerio Fiscal, someter a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial a una evaluación de sus conocimientos sobre el sistema político y/o electoral resulta discriminatorio en tanto “supone exigirles un plus que no se exige a las demás personas con derecho al voto”. Si este interés realmente existiese entonces sería necesario aplicar el test de evaluación de competencias o conocimientos a todos los ciudadanos lo que supondría la extensión de la privación del derecho al voto a

⁸⁹ S. DÍAZ ALABART, “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad”, cit., p. 13.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, “Derechos en conflicto, conflicto de derechos”, cit., p. 181.

personas sin discapacidades cognitivas. Esta consideración pone también de relieve que la aplicación de una prueba funcional al colectivo de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial declaradas incapaces o sometidas a un internamiento involuntario no sería adecuada para conseguir el cumplimiento de este interés general, pues personas –con y sin discapacidad cognitiva– que no han sido sometidas a estos procedimientos pero que no votan de una manera considerada racional o informada podrían seguir haciéndolo.

Finalmente, la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial suele justificarse también en el interés general en que la participación electoral se realice de forma libre. Aunque este interés general sí es un fin constitucionalmente legítimo su invocación para justificar la privación del derecho al voto en el caso de las personas con discapacidad presupone su consideración como sujetos fácilmente influenciables y cae en los mismos errores antes señalados. En efecto, de nuevo, esta supuesta influenciabilidad –según también nos recuerda el Ministerio Fiscal en su recurso de súplica ante el TC– podría darse, asimismo, en el caso de las personas sin discapacidad, por lo que, otra vez, resulta discriminatorio emplear este argumento sólo cuando aparece involucrada la diversidad psicosocial o intelectual⁹². Pero es que, además, tomarnos en serio la idea de que la influenciabilidad es un criterio que impide el correcto ejercicio del derecho de sufragio exigiría prohibir las campañas electorales⁹³. Otra cosa es que deba evitarse la manipulación del voto –o dicho de otro modo el abuso o la influencia indebida aspectos a los que hace referencia el propio art. 12 de la CDPD– y que en algunos casos las personas con discapacidad intelectual o psicosocial –al igual que otras personas, pero quizá de manera más acusada en ciertas situaciones– puedan estar en riesgo de que ello suceda. Ahora bien, justificar en este riesgo la privación del derecho al voto resulta a todas luces injusto, en tanto “equivaldría a culpar a la víctima por los delitos de otros”⁹⁴. En relación con lo anterior, y continuando en este punto con el juicio de proporcionalidad, la privación del derecho de sufragio no se presentaría en estas situaciones como una medida necesaria e idónea en tanto existen otros medios menos dramáticos para proteger la libertad de voto

⁹² M. REDLEY, “Citizens with learning disabilities and the right to vote”, cit., p. 383.

⁹³ Como apunta C. LÓPEZ-GUERRA, “Enfranchising Minors and the Mentally Impaired”, cit., p. 32 en el proceso electoral hay medios de influencia considerados legítimos y, más aún, se pretende que los votantes reaccionen a ciertas influencias y no que conformen sus preferencias electorales “de un modo totalmente solipsista”.

⁹⁴ M. REDLEY, “Citizens with learning disabilities and the right to vote”, cit., p. 383.

de los electores en general ya disponibles en el sistema jurídico español⁹⁵ y otros mecanismos específicos –mencionados en el propio art. 29 CDPD como nos recuerda el Comité– que sería necesario implementar en situaciones de discapacidad.

De todos modos, aunque se pudiera entender que la privación del ejercicio del derecho de sufragio de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial responde a un fin legítimo y que, al menos en algunos casos, se presenta como una medida necesaria e idónea para la consecución de dicho fin no lograría superar el test de las ventajas y sacrificios. La exclusión del sufragio supone un daño evidente para la dignidad y la igualdad política de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial –valores básicos de nuestro sistema jurídico– particularmente grave al tratarse de un colectivo en situación de vulnerabilidad sometido a una historia de discriminación y marginación⁹⁶. En efecto, el significado del derecho al voto como símbolo de la pertenencia a la comunidad⁹⁷ es especialmente relevante para aquellos ciudadanos cuya inclusión social podría estar en duda⁹⁸. Despojar a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial de su derecho al voto supone convertirles en ciudadanos de segunda⁹⁹, silenciando su voz, y contribuye a reforzar su posición de subordinación y la desatención a sus necesidades e intereses¹⁰⁰. Por el contrario, reconocerles el derecho al voto sin restricciones puede tener –como la historia ha demostrado en relación con otros colectivos– un efecto irradiación en la protección de otros derechos. Pero es que, además, la exclusión de las personas con discapacidad del ejercicio del derecho al voto supone un alejamiento del principio del sufragio universal¹⁰¹ y,

⁹⁵ A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, “Derechos en conflicto, conflicto de derechos”, cit., p. 182.

⁹⁶ J. FISHKIN, “Equal Citizenship and the Individual Right to Vote”, *Ind. L.J.* vol. 86, 2011, pp. 1289-1360, pp. 1296 y 1297 y 1353 y ss.

⁹⁷ Vid. por ejemplo R. DWORKIN, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, Harvard University Press, 2000, p. 187.

⁹⁸ J. FISHKIN, “Equal Citizenship and the Individual Right to Vote”, cit., p. 1353.

⁹⁹ *Ibidem* y, además, entre otros, M. NUSSBAUM, “The capabilities of people with cognitive disabilities”, cit., p. 343.

¹⁰⁰ *Ibidem* y, entre otros, también L. BECKAM, *The Frontiers of democracy*, cit., p. 6.

¹⁰¹ El TEDH en su sentencia, ya citada, *Hirst v Reino Unido* consideró que “el derecho al voto no es un privilegio” y que en el siglo XXI “la presunción en un Estado democrático debe obrar a favor de la inclusión”. Por ello señala que, aunque los Estados tienen margen de apreciación para establecer restricciones legítimas al derecho de sufragio “las condiciones impuestas no pueden impedir la libre expresión del pueblo en la elección del Parlamento; en otras palabras, deben reflejar y no contradecir, la preocupación por mantener la integridad y efectividad de un procedimiento electoral encaminado a conocer la voluntad popular a través del sufragio

por ende, una merma para la propia sociedad democrática¹⁰². En este punto no conviene olvidar que en el sistema jurídico español los derechos fundamentales no sólo tienen una función subjetiva, sino que desempeñan también una función objetiva como “componentes estructurales básicos” del orden político y jurídico¹⁰³. Esta dimensión objetiva es más acusada en el caso del derecho de sufragio en tanto se trata de un derecho “de enorme valía para la comunidad, pues cumple una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia”¹⁰⁴, función que se ve cuestionada cuando se priva del derecho al voto a algunos de sus ciudadanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece muy complicado esgrimir ventajas a poner en la balanza que puedan compensar los enormes sacrificios que conlleva la privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. En definitiva, la exclusión de las personas con discapacidad del derecho al voto no consigue superar –por mucho– los criterios del juicio de proporcionalidad cuando además debería hacerlo, según antes se indicó, holgadamente al estar en juego una diferencia de trato en relación con el ejercicio de un derecho fundamental que perjudica a un colectivo en situación de vulnerabilidad¹⁰⁵. Esta diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable y supone, por tanto, una discriminación especialmente odiosa que es imprescindible erradicar.

3.3. La reforma necesaria: el reconocimiento del ejercicio del derecho a voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial sin excepciones

De las consideraciones realizadas a lo largo del presente trabajo se desprende la necesidad de reformar la LOREG para adecuarla a las exigencias de la CDPD. Esta reforma se ha hecho todavía más urgente desde los últimos pronunciamientos del TS y del TC que legitiman la potencial extensión de una argumentación favorable a la privación del ejercicio del derecho de sufragio.

universal” pues “cualquier alejamiento del principio de sufragio universal conlleva el riesgo de socavar la validez democrática del Parlamento así elegido y de las leyes que promulga”.

¹⁰² L. BECKAM, *The Frontiers of democracy*, cit., p. 1.

¹⁰³ Vid. STC 53/1985 de 11 de abril.

¹⁰⁴ L. GÁLVEZ MUÑOZ, *El derecho al voto de los discapacitados*, cit., p. 31. En esta idea incide también Vid. A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, ya citado.

¹⁰⁵ La necesidad de realizar un escrutinio estricto acerca de la legitimidad de esta medida ha sido asumida por el propio TEDH en la citada sentencia *Alajos v. Hungría*.

La reforma de nuestra legislación electoral sólo puede consistir en la derogación de los apartados de los arts. 3.1. b) y c) y 3.2 de la LOREG y en la adopción de medidas orientadas a que las personas que se han visto privadas de su derecho al voto puedan recuperarlo lo antes posible. Este es el contenido de la propuesta presentada por el Centro Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) a todos los grupos parlamentarios y que fue acogida por el grupo parlamentario socialista de la Asamblea de Madrid que finalmente aprobó por unanimidad el 22 de junio de 2017 una proposición de ley de iniciativa legislativa ante el Congreso para la modificación de la LOREG. El 7 de noviembre el Pleno del Congreso aprobó la toma en consideración de esta Proposición de Ley con el apoyo de todos los grupos parlamentarios. Sin embargo, desde algunos con el apoyo de todos los grupos parlamentarios. Sin embargo, desde algunos grupos se señaló también la intención de mejorar el texto en el trámite de enmiendas.

Una modificación del texto de esta proposición que –en la línea de lo manifestado por la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad¹⁰⁶– contemplase alguna excepción, o línea roja, en el ejercicio del derecho de sufragio en relación con las personas con discapacidad intelectual y psicosocial basada en la evaluación de su capacidad de discernimiento –incluso si este estándar se define en negativo y en un sentido mínimo apelando a su falta o carencia absoluta– no cumpliría los estándares de la CDPD. Como señala el Ministerio Fiscal en su recurso de súplica ante el TC lo único que se requiere para el ejercicio del derecho al voto es que la persona pueda manifestar su voluntad¹⁰⁷. Es cierto que en algunas situaciones extremas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial –al igual que las personas sin discapacidad– no podrán manifestar por ningún medio, ni siquiera con apoyo o asistencia, sus preferencias electorales pero estas situaciones no deben contemplarse como excepciones en la ley¹⁰⁸. Y ello porque

¹⁰⁶ Vid. por ejemplo la noticia disponible en <http://semanal.cermi.es/noticia/Como-reformar-LOREG-personas-discapacidad-puedan-votar.aspx> (última fecha de consulta 17 de junio de 2017).

¹⁰⁷ Por su parte el Defensor del Pueblo, que no presentó, como le solicitó el CERMI, un recurso de amparo frente a la Sentencia del TS de 17 de marzo de 2016 sí realizó al hilo de esta petición una recomendación que propone la incorporación de la doctrina de la Fiscalía General del Estado “de modo que sólo en supuestos de plena inconsciencia o absoluta falta de conocimiento de la persona pueda privarse del derecho al voto”, Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derecho-al-voto-de-las-personas-con-discapacidad/> (última fecha de consulta 17 de julio de 2017).

¹⁰⁸ Como ya se advirtió otro debate que puede plantearse es si en estos casos las personas de apoyo pueden interpretar la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad que no pueden expresarlas ejerciendo en su nombre el derecho al voto.

parece muy poco razonable que una ley privase de un derecho a quienes materialmente o de facto no pueden ejercerlo¹⁰⁹ y porque la previsión legal de una excepción, aunque fuese en términos muy restrictivos, conllevaría un importante peligro dada la tendencia en la aplicación de las normas sobre discapacidad de hacer de las excepciones la regla general.

En todo caso, la derogación de las previsiones legales que permiten privar del derecho al voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial es sólo un primer paso y debe ir acompañada de medidas que garanticen la efectividad de su ejercicio en igualdad de condiciones (relacionadas con la garantía de la accesibilidad universal; con la provisión de ajustes, apoyos y asistencia, con la formación y sensibilización de los actores implicados, entre ellos, los miembros de las formaciones políticas, las familias, los profesionales que trabajan de la atención de las personas de discapacidad: y con la propia capacitación de las personas con discapacidad) y de otras reformas encaminadas a lograr la plena igualdad política de este colectivo. Ahora bien, la eliminación de estas cláusulas es un paso necesario que significaría el fin de una vulneración flagrante de derechos, de una discriminación histórica y de una deficiencia de las sociedades democráticas y, en definitiva, una nueva victoria en la lucha por el sufragio universal.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail:patricia.cuenca@uc3m.es

¹⁰⁹ A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, cit., pp. 88 y 89 y L. BECKAM, *The Frontiers of democracy*, cit., p. 164.