

DEMOCRACIA, SUFRAGIO UNIVERSAL Y DISCAPACIDAD

Democracy, universal suffrage and disability

M.^ª CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid
mayca@der-pu.uc3m.es

Cómo citar/Citation

Barranco Avilés, M.^ª C. (2019).
Democracia, sufragio universal y discapacidad.
IgualdadES, 1, 187-203.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.06>

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

Resumen

Con la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados parte se comprometen a garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de votar y ser elegidas (art. 29). Para adaptar la normativa española a la Convención, en diciembre de 2018 se modificó la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. En esta reforma se suprimieron las restricciones legales para la participación de las personas con discapacidad y se devolvieron los derechos políticos a quienes habían sido privados de ellos por decisiones judiciales. Desde aquel momento, numerosas voces recuerdan las razones detrás de la privación del derecho al sufragio activo y pasivo de las personas con discapacidad intelectual, psicosocial o con deterioro cognitivo. En el presente trabajo se intentará justificar que los argumentos para la exclusión de estas personas de los procesos políticos todavía presentes en el contexto español se basan en los mismos estereotipos que la Convención pretende eliminar.

Palabras clave

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

Abstract

States Party undertake to guarantee the right to vote and to be voted for persons with disability from the ratification of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (article 29). The Spanish Electoral Law was amended in December of 2018 to adapt Spanish Law to the Convention. This reform abolished legal restrictions on political participation of persons with disabilities and gave back political rights to those who have been deprived of them as a consequence of judicial decisions. Since then, several voices recall the reasons behind deprivation of the rights to active and passive suffrage for persons with intellectual and psychosocial disabilities and cognitive impairment. The present work aims to justify that arguments for exclusion of this persons from political processes still present in the Spanish context are based on the same stereotypes that the Convention tries to remove.

Keywords

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

SUMARIO

I. EL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN MODELO DE DISCAPACIDAD Y UN MODELO DE DEMOCRACIA: 1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: igual dignidad y autonomía de las personas con discapacidad. 2. Un modelo de democracia. II. LA DISCUSIÓN SOBRE EL DERECHO AL SUFRAGIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA. III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA LOREG. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. EL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN MODELO DE DISCAPACIDAD Y UN MODELO DE DEMOCRACIA

La reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) llevada a cabo en diciembre de 2018 es consecuencia de la necesidad de adaptar la normativa española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Como es sabido, la Convención, que entró en vigor para nuestro país el 3 de mayo de 2008¹, aborda el tratamiento de la discapacidad desde un enfoque basado en derechos y, desde este enfoque, obliga a los Estados parte a garantizar que «las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás» (art. 29).

En España, el derecho al voto de las personas con discapacidades sensoriales y físicas no era cuestionado en el momento de entrada en vigor de la Convención, al menos desde un punto de vista formal². Sin embargo, en

¹ El tratado fue firmado por España el 30 de marzo de 2007 y ratificado el 23 de noviembre de 2007. El instrumento de ratificación se depositó el 4 de diciembre de 2007 y fue publicado en el *BOE* el 21 de abril de 2008.

² La cuestión es diferente si se hace referencia a la eficacia de los derechos reconocidos, puesto que todavía existen problemas relacionados con la falta de accesibilidad. Puede verse en este sentido el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales; previamente habían sido

nuestro contexto, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial o con deterioro cognitivo podían verse privadas de la posibilidad de intervenir en el debate público como consecuencia de la aplicación de la regulación electoral. La reforma de esta normativa implicó abolir las restricciones legales al ejercicio del sufragio activo y pasivo por parte de las personas con discapacidad y devolver a casi 100 000 personas el derecho al voto del que fueron privadas por decisiones judiciales en el marco de los procesos de incapacitación³.

Esta modificación responde al compromiso del Estado español con la CDPD (Martínez Pujalte, 2015: 83-110) y es una respuesta a las «Observaciones finales» al primer informe presentado por España ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴, en las que se instó a España a garantizar el derecho al voto de todas las personas con discapacidad. A pesar de que la reforma parte de las obligaciones internacionales de España, existen posiciones en contra desde las que se recuerdan las razones a favor de la restricción de los derechos de participación para ciertas personas con discapacidad. En esta línea, las Instrucciones de la Junta Electoral Central sobre la aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, reflejan el temor que siente una parte de la doctrina, de las y los operadores jurídicos y de la sociedad frente a la posibilidad de que las personas con discapacidad sean electoras y elegibles.

Para entender el alcance de la reforma y de los argumentos a favor y en contra de la misma, parece útil recordar algunos de los elementos que configuran el modelo de tratamiento de la discapacidad desde la Convención, así como la comprensión de la democracia desde la que la universalidad del sufragio exige la inclusión de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

aprobados el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho al sufragio y la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, por la que se desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho al sufragio, regulado por el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre (Pérez Alberdi, 2019: 94-99).

³ Disponible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/tag/voto/>.

⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2011). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. España*, CRPD/C/ESP/CO/1. Disponible en: <https://bit.ly/2mid5JS>.

1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: IGUAL DIGNIDAD Y AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención parte de la igual dignidad y autonomía de las personas con discapacidad. Esta idea es consecuencia del enfoque basado en derechos y del modelo social de la discapacidad y tiene grandes implicaciones desde el punto de vista de la consideración de la participación política de las personas con discapacidad en la medida en que la autonomía en el ámbito público se articula como participación.

Efectivamente, en primer lugar, la introducción de esta perspectiva supone un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad⁵. El enfoque de los derechos humanos puede verse en los contenidos de la Convención y aparece claramente en el art. 3 a través de los principios generales, entre los que se incluyen «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas» (art. 3a) y, a los efectos de la cuestión aquí planteada, en «la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad» (art. 3c)⁶.

En coherencia con el enfoque basado en derechos, la participación en la comunidad se presenta como uno de los objetivos de la Convención, que establece previsiones orientadas a asegurar que las personas con discapacidad intervengan en los procedimientos en los que se toman decisiones que las afecten, tanto como colectivo⁷, cuanto individualmente consideradas.

Uno de los aspectos que se derivan del enfoque y que más dificultades de implementación está presentando es el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (art. 12.2). Este derecho obliga

⁵ Este paradigma implica también la opción por una forma de entender los derechos que se aleja de lo que podemos considerar el modelo tradicional, en el que la autonomía y la racionalidad constituyen presupuestos de la titularidad (Asís Roig, 2013:35).

⁶ Junto a los anteriores, son principios de la CDPD la no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

⁷ En este sentido, la Convención obliga a integrar a las personas con discapacidad y a las organizaciones que las representan en los mecanismos de aplicación y seguimiento nacionales del art. 33. Recordemos que en este art. se prevé el establecimiento de al menos un organismo gubernamental y un organismo independiente. En el caso de España se trata del Consejo Nacional de la Discapacidad y del CERMI (sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo), respectivamente.

a los Estados a reconocer a las personas con discapacidad la capacidad de decidir por sí mismas en todos los aspectos de la vida y a suministrar los apoyos requeridos en la toma de decisiones; asimismo, cuestiona el modelo extendido de sustitución en la toma de decisiones como mecanismo de protección a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial o con deterioro cognitivo y de garantía de la seguridad del tráfico económico.

Por otro lado, el modelo social de la discapacidad, por el que se opta en la Convención de modo muy claro en la definición de persona con discapacidad, entiende la discapacidad como el resultado de una interacción entre la condición individual y las barreras del entorno. Así pues, el modelo social, a diferencia de otros esquemas, abandona la representación de la discapacidad en su dimensión exclusivamente individual y se interesa por el modo en el que el entorno contribuye a que la discapacidad se genere.

Lo anterior implica una modificación en el tipo de políticas públicas desde las que se abordan la diversidad en general y la discapacidad en particular. Es posible afirmar que las políticas a favor de determinados colectivos que han venido considerándose en situación de vulnerabilidad se han adecuado históricamente a tres modelos posibles en función de los principios que las inspiran y del agente de la intervención: conservador, tecnocrático y social. Estos modelos han estado y están presentes también en el modo de afrontar la discapacidad.

Las políticas conservadoras, que en el caso de la discapacidad han recibido el nombre de «modelo de la prescindencia» (Palacios, 2008: 37-65), se caracterizan porque dejan en manos de la sociedad el tratamiento de personas que, como las que viven con discapacidad, se consideran fuera del patrón de la normalidad. La *anormalidad* justifica su desventaja social, también en relación con la efectividad de los derechos. En el caso concreto de la discapacidad, desde este modelo se considera que se trata de consecuencias de acciones pasadas de las personas o de sus progenitores que resultan moralmente reprobables. Además, las personas con discapacidad resultan una carga para la sociedad, por lo que sería mejor que no existieran. Durante muchos momentos en la historia, y todavía hoy en algunos lugares del mundo y en relación con algunas cuestiones, el modelo de tratamiento que predominó fue este enfoque. Se pretendió afrontar la situación mediante la eliminación o la separación de las personas con discapacidad: la esterilización, el aborto selectivo, la *eutanasia*, la ocultación, la reclusión o el internamiento. Como consecuencia de esta perspectiva, las personas con discapacidad sufren graves vulneraciones de sus derechos y, en la medida en que la tendencia es segregarlas, de ninguna manera se plantea la posibilidad de que intervengan en los asuntos públicos.

Las políticas tecnocráticas —en el caso de la discapacidad se habla de «modelo rehabilitador» (Palacios, 2008: 66-102)— se traducen en la adquisición de

protagonismo por parte del poder público tanto en su definición como en su implementación. Se basan en argumentos utilitaristas y paternalistas, de forma que la intervención se orienta a recuperar a las personas para la sociedad, a evitar un mal mayor y a protegerlas. La discapacidad se considera un problema médico y es abordada como tal. Se trata de *curar* y cuidar a las personas con discapacidad, incidiendo sobre la condición individual. En la medida en que las personas con discapacidad se aproximen a la normalidad, no parece incoherente con el modelo que puedan participar en política.

Por último, desde el «modelo social» (Palacios, 2008: 103-203), tanto la definición de la intervención como su implementación se articulan con participación de las personas en relación con las cuales se actúa. En este marco resulta coherente entender la exclusión de las personas con discapacidad a partir del concepto de discriminación y como una cuestión de derechos humanos. Es también en el contexto de este modelo en el que se pone de manifiesto que la *normalidad* es una cuestión de poder, en la medida en que, como se ha señalado, parte de la idea de que el modo en el que una característica individual influye en el funcionamiento de las personas tiene que ver con el entorno.

El modelo social de la discapacidad se desarrolló inicialmente en dos versiones: una norteamericana, que insiste en la estrategia de la diversidad, y una británica, que considera la discapacidad como una forma de opresión y enfoca los problemas de modo predominante sobre la dimensión social. Frente a esta última tendencia surgen una serie de críticas desde las que se articula el modelo social moderado, que representan autores como Shakespeare y Watson (2002) o Siebers (2008). Los autores que se sitúan en este modelo, por un lado, subrayan la necesidad de no perder de vista la dimensión individual de la discapacidad y, por otro, insisten en la dificultad para diferenciar de un modo tajante entre quiénes son y quiénes no son personas con discapacidad, puesto que, señalan, todas las personas tenemos deficiencias. Desde esta perspectiva, invitan a reflexionar sobre los límites de la racionalidad como rasgo que caracteriza a los seres humanos y a partir de ahí sobre la calidad de un sistema democrático que excluye a las personas consideradas no racionales (Siebers, 2008: 92).

Este último es el marco para la lectura del derecho a la participación en la vida política y pública que los Estados parte se obligan a garantizar en virtud del art. 29 de la CDPD, que, recordemos, en lo que respecta a los derechos de participación política en su dimensión individual (art. 29.2) implica la obligación de los Estados parte de

asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones [...], incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras

formas mediante: a) la garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; b) la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndums públicos sin intimidación y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda, y c) la garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.

Es decir, el art. 29 no se limita a reconocer el derecho al sufragio activo y pasivo, sino que además impone a los Estados parte la obligación de establecer garantías para hacer efectivos los derechos de participación que reconoce; esta obligación implica no solo eliminar las barreras formales, sino también «eliminar las barreras informales encarnadas en sistemas y procesos electorales cognitivamente inaccesibles» (Cuenca, 2018:178).

El ejercicio de los derechos políticos es, en este escenario, una manifestación de la capacidad jurídica que merece la atención del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la observación general n.º 1 referida al art. 12⁸ (§ 48 y § 49). En esta observación, el Comité recuerda que las restricciones a la capacidad jurídica, contrarias al art. 12, han sido utilizadas para negar los derechos de participación política a determinadas personas con discapacidad y afirma que «la capacidad de adoptar decisiones no puede justificar que se excluya a las personas con discapacidad del ejercicio de los derechos políticos, incluidos el derecho de voto, el derecho a presentarse como candidatas en las elecciones y el derecho a ser miembros de un jurado» (§ 48); asimismo, se refiere a la obligación de los Estados parte de promover y proteger «el derecho de las personas con discapacidad de acceder al apoyo de su elección para emitir el voto en secreto y participar sin discriminación», así como de garantizar la efectividad del derecho a presentarse candidatas y a ejercer cargos y desempeñar funciones públicas con ajustes razonables y apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La vinculación entre el reconocimiento de la capacidad jurídica y los derechos de participación política aparecía ya en las observaciones finales sobre

⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación general n.º 1. Art. 12: Igual reconocimiento ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 May 2014. Disponible en: <https://bit.ly/2mk3eDI>.

España (2011) y subyace al Dictamen emitido en 2013⁹ (aprobación en 9 de septiembre de 2013) como respuesta a la Comunicación 4/2011 presentada por Zsolt Bujdosó, Jánosné IldikóMárkus, Viktória Márton, Sándor Mészáros, Gergely Polk y János Szabó c. Hungría. En este dictamen, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad considera que la limitación del derecho de voto es contraria al art. 29, leído por separado y junto con el art. 12, y asimismo considera «discriminatoria la evaluación de la capacidad de las personas y señala que no se puede defender la legitimidad de esa medida. Tampoco es proporcional al objetivo de preservar la integridad del sistema político del Estado parte. El Comité recuerda que, en virtud del art. 29 de la Convención, el Estado parte debe adaptar sus procedimientos electorales para garantizar que «sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar» y, cuando sea necesario, permitir que las personas con discapacidad que la soliciten dispongan de asistencia para votar. De esta manera, el Estado parte asegurará que las personas con discapacidad intelectual puedan emitir un voto adecuado, en igualdad de condiciones con las demás, garantizando el carácter secreto del voto» (§ 9.6).

2. UN MODELO DE DEMOCRACIA

Además de la aproximación a la discapacidad desde el enfoque basado en derechos y el modelo social, la reflexión sobre el derecho al sufragio de las personas con discapacidad y, en lo que resulta más controvertido, de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, requiere algunas consideraciones sobre el modelo de democracia.

Para no extendernos demasiado, podemos pensar que el establecimiento de requisitos maximalistas para reconocer el derecho de voto podría alejarnos del modelo democrático en la medida en que también implicaría justificar la restricción del sufragio. Sin embargo, hasta el momento, el sistema español se ubica en un planteamiento que justifica la posibilidad de establecer requisitos mínimos que tratan de garantizar una cierta calidad del proceso democrático en dos sentidos. Por un lado, se trata de asegurar una cierta capacidad de las personas que participan; al mismo tiempo, se trata de garantizar que los procesos electorales se desarrollen conforme al principio de una persona un voto.

En nuestro ámbito estos requerimientos han afectado a las personas privadas de libertad, a los niños y a las niñas y a las personas con discapacidad

⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013). *Dictamen respecto de la Comunicación n.º 4/2011*, CRPD/C/10/D/4/2011. Disponible en: <https://bit.ly/2mjOcxo>.

intelectual, psicosocial y deterioro cognitivo. La privación de derechos electorales a las personas privadas de libertad, que no será objeto de estudio en este trabajo, se mantuvo en España hasta 1995. Tampoco se hará referencia en lo sucesivo a las restricciones que afectan a niños y niñas, salvo para recordar que hay importantes argumentos a favor de rebajar la edad electoral (López-Guerra, 2012:116).

Como se ha anunciado, la reflexión se centrará en las personas con discapacidad, que a menudo son privadas del derecho al sufragio en la sentencia de incapacitación o en la autorización judicial para el internamiento durante el tiempo que dure este. Las restricciones afectan a las personas con discapacidad intelectual, con deterioro cognitivo y con discapacidad psicosocial. Sin embargo, si se toma en serio el enfoque de la CDPD, las personas con discapacidad solo pueden ser privadas de su derecho de voto en las mismas condiciones que las demás personas. Como se verá más adelante, en nuestro país la línea jurisprudencial previa a la reforma planteaba el recurso a pruebas que permitieran determinar la capacidad electoral de las personas. Estas pruebas se realizaban en el marco de los procesos de incapacitación, que era el contexto en el que solía decidirse sobre los derechos políticos de las personas con discapacidad intelectual, psicosocial y deterioro cognitivo, y consistían en una serie de preguntas que el órgano judicial realizaba a la persona sobre cuya capacidad estaba decidiendo.

Como argumentos a favor de la posibilidad de establecer requisitos específicos sobre las personas con discapacidad se suelen esgrimir sus dificultades para entenderlos procesos electorales y la facilidad con la que pueden ser influenciados o manipulados; con estos presupuestos, la prueba que se practicaba en España trataba de determinar la capacidad e influenciabilidad de la persona en concreto en relación con los procesos electorales.

Parece que no sería incompatible con la CDPD la realización de un examen que permitiera decidir sobre la capacidad electoral, siempre que este examen se realizase a todas las personas. Sin embargo, entonces la duda que surge es si una práctica de este tipo sería compatible con la democracia tal y como es entendida en nuestro propio sistema (Marshall, 2017:11).

En este mismo sentido, en mayo de 2018 el comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa intervino como tercera parte en el procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al caso *María del Mar Caamaño Valle c. España*. La argumentación es especialmente interesante porque se trata de una cuestión sobre privación del derecho al voto de una persona con discapacidad en el Estado español, en el marco de un proceso de incapacitación y tras realizar un examen de capacidad a la hija de la Sra. Caamaño. En su intervención, el comisario de Derechos Humanos insiste en el carácter discriminatorio de la privación del derecho a voto de las personas

con discapacidad, incluso cuando se trata de determinar la capacidad de la persona en concreto mediante una prueba que no podría aceptarse con carácter general en un escenario democrático:

En una democracia moderna europea, sería impensable para los ciudadanos después de la mayoría de edad (un criterio aplicado a todos indistintamente) tener que probar su conocimiento del sistema político para ser capaces de votar, por ejemplo, a través de cuestiones similares a las planteadas a la hija de la aplicante. Tampoco se espera que los votantes justifiquen su voto de ninguna manera, incluyendo si era racional o bien informado, lo que estaría en contra de la obligación consagrada en el art. 3 del Protocolo 1 a la Convención de celebrar elecciones por voto secreto. De manera similar, no se espera que los votantes prueben que su voto está libre de influencia indebida. Ciertamente, es una parte aceptada de nuestra democracia que los políticos y varios grupos de interés en cierto modo influyan y convenzan a muchos votantes, incluso a veces en contra de su objetivo mejor interés; y todos los votantes son influenciados por la opinión de otras personas hasta cierto punto¹⁰.

La reivindicación de derechos electorales para las personas con discapacidad se presenta como «el último movimiento a favor del sufragio» (Schriner *et al.*, 1997) y se produce en un escenario en el que entran en tensión dos modelos de democracia deliberativa —ambos contrapuestos al liberal (Habermas, 1994)—: el modelo deliberativo liberal y el modelo deliberativo crítico, que también se enfrentan en los contextos en los que la efectiva participación política de las mujeres está sometida a discusión (Clifford, 2012). La diferencia fundamental entre una y otra perspectiva se sitúa en la diferente importancia de la razonabilidad, la racionalidad y el consenso frente a la apertura y la inclusión como elementos definitorios de la democracia. Para las posiciones del modelo crítico, la apertura de la esfera pública permite desenmascarar las restricciones sobre los grupos desaventajados que resultan justificadas desde el modelo alternativo y que llevan a la exclusión de sus puntos de vista de la esfera pública. De este modo «apertura e inclusión significan que nuevos argumentos, estilos de comunicación y preguntas sobre lo que es correcto entrarán en la esfera pública retando a las asunciones convencionales» (Walsh, 2011: 8-9). Si se acepta este modelo, la privación del derecho de participación no solo constituye una discriminación hacia las personas con discapacidad, sino que también empobrece la democracia.

¹⁰ Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (2018). Intervención como tercera parte Solicitud n.º 43564/17 *María del Mar Valle c. España*. Disponible en <https://bit.ly/2kOVetM>.

Y es precisamente el modelo deliberativo crítico el que mejor parece explicar el papel de la participación en la CDPD, en la medida en que exige el acceso, la voz y la capacidad de contestación desde las instituciones, la sociedad civil y los medios de comunicación de las personas con discapacidad. El acceso, frente a la mera presencia, se produce cuando las personas con discapacidad ocupan posiciones desde las que pueden influir en la adopción de decisiones. Por su parte, las personas con discapacidad tienen voz en la medida en que se les da la oportunidad de hablar y ser escuchadas. Finalmente, la capacidad de contestación garantiza la posibilidad de cuestionar las reglas del juego que ocasionaron la exclusión (Walsh, 2011: 12-15).

A pesar de lo anterior, en 2014 solo siete de los dieciocho Estados miembro de la Unión Europea garantizaban el derecho de voto de las personas con discapacidad, incluidas las personas privadas de capacidad jurídica (Austria, Croacia, Italia, Letonia, Holanda, Suecia y el Reino Unido); sin embargo, la influencia de la CDPD ha llevado a que entre 2014 y 2019 varios Estados cambiaran su legislación, de modo que en esta fecha doce de los veintiocho Miembros no restringían el derecho al voto para las personas bajo tutela (FRA, 2019).

II. LA DISCUSIÓN SOBRE EL DERECHO AL SUFRAGIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Desde la entrada en vigor de la CDPD en España, la discusión pública y las normas que regulan el derecho al sufragio de las personas con discapacidad han atravesado varias etapas. La redacción de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), que fue objeto de modificación, encaja con un momento en el que para proteger a las personas con discapacidad y a su patrimonio se recurre a los procesos de incapacitación. La consecuencia de estos procesos en la mayor parte de las ocasiones es una sentencia tipo que establece la tutela, una figura por la que se sustituye la voluntad de la persona incapacitada judicialmente, y la privación del derecho al sufragio.

La entrada en vigor de la CDPD provoca un cambio en la denominación de los procedimientos de incapacitación, que comienzan a denominarse de modificación de la capacidad de obrar¹¹. El cambio se extiende al contenido

¹¹ La disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la «Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos» y de la «Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de

de las sentencias de incapacitación, que el Tribunal Supremo pasa a considerar un «traje a medida» (Guilarte, 2016: 75) para el que la curatela permite una mayor flexibilidad —STS, Sala de lo civil, 282/2009, de 29 de abril—. Y en este marco empiezan a plantearse las condiciones para que la privación del sufragio, sobre la que debe pronunciarse el juez en los procesos de modificación de la capacidad jurídica, no sea contraria a la CDPD (Campoy Cervera, 2017). La conclusión es que la capacidad debe ser evaluada caso por caso, y es caso por caso como el órgano judicial ha de valorar si la persona puede discernir el sentido de su voto y si por su situación personal está libre de influencia de otras personas. Ejemplos de esta línea son la STS 421/2013, de 24 de junio, y la STS 341/2014, de 1 de julio, en la que expresamente el Tribunal Supremo introduce la expresión «traje a medida».

En términos generales, los motivos que están detrás de la normativa española aplicada en estas sentencias y modificada en diciembre de 2018 son de dos tipos. Por un lado, se trata de preservar el sistema democrático y, por otro, se trata de proteger a las personas con discapacidad de posibles influencias indebidas. Esta interpretación se encuentra también en la ya citada intervención del comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en el caso *M.^a del Mar Valle c. España*, en la que se justifica que la restricción del derecho de voto a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial no es adecuada para alcanzar ninguno de estos fines. Por el contrario, la privación del derecho de voto que afectaba a unas 100 000 personas en España es perjudicial para las personas afectadas y para el conjunto de la sociedad.

En la opinión que se expresa en el citado documento, además, la exclusión refleja estigmas discriminatorios que afectan a la concepción que tienen las personas con discapacidad de sí mismas en tanto que titulares de la ciudadanía¹².

Sin embargo, como también se señala en la intervención, conviene no olvidar que la garantía del derecho no solo requiere la eliminación de las restricciones, sino que también exige que se adopten las medidas adecuadas para su efectividad, medidas que tienen que ver con la garantía de la accesibilidad y

modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad» estableció que «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

¹² Véase nota 10. Párr. 30.

de los apoyos adecuados y este es un aspecto que no parece que se tenga suficientemente en cuenta por quienes están en contra del reconocimiento del derecho de voto a las personas con discapacidad y critican la reforma en España.

III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del régimen electoral general para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, suprimió las letras b) y c) del art. 3.1 de la LOREG, que privaban de derecho de sufragio a «los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio» y «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». La reforma también afectó al art. 3.2, que atribuía competencia a los jueces y tribunales en el marco de los procedimientos de incapacitación o internamiento para pronunciarse sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho al sufragio y establecía su obligación de comunicar la decisión de incapacitación al Registro Civil para la anotación correspondiente, en los supuestos en los que la apreciara. En su lugar, la actual redacción del art. 3.2 LOREG afirma que «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».

Tras la entrada en vigor de la reforma, y ante la inminencia de las primeras elecciones generales en las que esta sería de aplicación, la Junta Electoral Central dictó una Instrucción sobre la aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. En esta instrucción, además de determinar la obligación de la Oficina del Censo Electoral de incorporar a todas las personas que hubieran sido excluidas como consecuencias de resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del sufragio activo, establece dos prevenciones para las personas con discapacidad. La primera de ellas para el caso en el que algún miembro de una mesa electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa mesa considerase que «el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria»; en estas situaciones, la instrucción establece que se podrá hacer constar en el acta de la

sesión con la identificación del elector por el DNI o documento identificativo que aporte, aunque no se impedirá que el voto sea introducido en la urna.

Asimismo, en el apartado tercero señala que «las personas con discapacidad que deseen ejercer su derecho de sufragio por correspondencia, si se encuentran en una situación en que por enfermedad o por su incapacidad no puedan realizar la formulación personal del voto, deberán seguir lo dispuesto en el art. 72.c) LOREG y la Instrucción de la Junta Electoral Central de 10 de febrero de 1992».

El claro carácter discriminatorio de la Instrucción suscitó una acalorada reacción por parte del movimiento de la discapacidad, que llevó a que fuera modificada para suprimir en el texto la mención específica a las personas con discapacidad. El resultado fue la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. No parece, sin embargo, que el cambio en el texto haya conseguido eliminar el carácter discriminatorio de la instrucción; al contrario, en la medida en que sigue siendo una instrucción sobre la aplicación de la modificación de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, las precauciones que contiene se siguen entendiendo referidas a este supuesto de hecho.

Más allá de esta circunstancia, surgen dos cuestiones. La primera es sobre la adecuación de la solución restrictiva adoptada, si de lo que se trata es de garantizar que el voto sea ejercido de forma consciente, libre y voluntaria. La segunda se refiere a si la instrucción es necesaria para proteger a las personas con discapacidad de influencias indebidas.

Si el objetivo es garantizar que el voto sea ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, la intervención de las personas señaladas en ambas instrucciones (miembros de la mesa, interventores y apoderados) debería ir orientada a facilitar las medidas de apoyo necesarias para garantizar la consciencia, libertad y voluntariedad, lo cual, conforme a la redacción actual del art. 3.2 LOREG, si la interpretamos de acuerdo con la CDPD, implica poner a disposición de la persona los medios de apoyo requeridos.

Por el contrario, si la preocupación es evitar la influencia indebida, parece que el derecho español ya contenía respuestas aplicables cualquiera que sea la persona que ejerce el derecho al voto. Por un lado, el art. 91.1 LOREG confiere al presidente de la mesa la autoridad exclusiva dentro del local electoral para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la ley; y, por otro lado, el art. 146 LOREG configura como delito electoral la conducta de «quienes con violencia o intimidación presionen a los electores para que no usen de su derecho o lo ejerciten contra su voluntad».

En relación con una y otra cuestión se pone de manifiesto que los estereotipos que han llevado a discriminar a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos siguen presentes en el contexto español y constituyen un obstáculo de primer orden para la eficacia de la CDPD.

Bibliografía

- Asís Roig, R. de (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson.
- Campoy Cervera, I. (2017). *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Murcia: Laborum.
- Clifford, S. (2012). Making disability public in deliberative democracy. *Contemporary Political Theory*, 11, 211-228.
- Cuenca Gómez, P. (2018). 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. *Derechos y Libertades*, 38, 171-202.
- FRA, European Union Agency for Fundamental Rights (2019). *Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections? Developments in the right to vote of people deprived of legal capacity in EU Member States*. Disponible en: <https://bit.ly/2kKz2kt>.
- Guilarte Martín-Calero, C. (2016). 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. Guilarte Martín-Cavero (dir.) y J. García Medina (coord.). *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (pp. 59-108). Madrid: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Habermas, J. (1994). Three Normative Models of Democracy. *Constellations*, 1 (1), 1-10.
- López-Guerra, C. (2012). Enfranchising Minors and the Mentally Impaired. *Social Theory and Practice*, 38 (1), 115-138.
- Marshall, P. (2017). El derecho a sufragio de los menores de edad: capacidad y edad electoral. *Revista de Ciencia Política*, 37 (1), 1-24.
- Martínez-Pujalte, A. L. (2015). *Derechos fundamentales y discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Pérez Alberdi, M. R. (2019). Los derechos de participación política de las personas con discapacidad. *Lex social: revista de los derechos sociales*, 9 (1), 83-107.
- Schriner, K., Ochs, L. A. y Shields, T. G. (1997). The Last Suffrage Movement: Voting Rights for Persons with Cognitive and Emotional Disabilities. *The Journal of Federalism*, 27 (3), 75-96.

- Shakespeare, T. y Watson, N. (2002). The social model of disability: an outdated ideology? *Research in Social Science and Disability*, 2, 9-18.
- Siebers, T. (2008). *Disability Theory*. Michigan: University of Michigan Press.
- Walsh, D. (2011). *Women Rights in Democratizing States. Just Debate and Gender Justice in the Public Sphere*. New York: Cambridge University Press.