FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS | upna Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa | ZIENTZIA JURIDIKOEN FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA

GRADO EN DERECHO

……...

EL FIN A LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO SOBRE LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE.

Una tardía reforma a la luz de la Constitución Española y la normativa internacional.

David Edgar Araiz Huarte

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Jorge Urdánoz Ganuza

Pamplona / Iruñea.

Mayo, 2020.

RESUMEN: La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, expulsó del ordenamiento jurídico español la facultad legal de jueces y tribunales de privar del derecho de sufragio activo a las personas con la capacidad modificada judicialmente, una medida que llega excesivamente tarde. El trabajo investiga las razones por las que los tres Poderes del Estado denegaron este derecho fundamental a lo largo del periodo democrático. Para ello, se analiza la normativa nacional e internacional pertinente, así como las patentes contradicciones existentes en la jurisprudencia española sobre este asunto. Finalmente, se reflexiona sobre dos de las cuestiones esenciales a estudiar tras el levantamiento de la denegación del derecho de voto: la necesaria igualdad material en aras de inhibir cualquier posibilidad de abuso y la posible responsabilidad patrimonial por parte del Estado.

PALABRAS CLAVE: Capacidad modificada judicialmente, Discapacidad, Privación del derecho de sufragio activo, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Concienciación social.

ABSTRACT: Organic Law 2/2018 of 5 December expelled from the Spanish legal system the legal power of judges and courts to deprive the right to vote to people with judicially modified capacity. However, this measure comes too late. This study investigates the reasons for the negligence of the three branches of government in denying this fundamental right throughout the democratic period. To this end, the essay analyzes the national and international regulations, as well as the obvious contradictions in the Spanish case law on this matter. Finally, the paper reflects on two essential questions: the material equality in order to inhibit any possibility of abuse; and the possible responsibility of the State.

KEYWORDS: Judicially modified capacity, Disability, International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Deprivation of the right to vote, Social awareness.

ÍNDICE.

I. INTRODUCCIÓN. 6

II. OBJETO DE LA REFORMA. 7

1. El artículo 3 de la LOREG antes de su modificación. 8

2. La necesaria modificación de la capacidad por parte del Poder Judicial. La diferencia entre discapacidad e incapacidad. 10

3. El nuevo artículo 3 de la LOREG. 14

III. LEGISLACIÓN PREEXISTENTE A LA LEY ORGÁNICA 2/2018. 14

1. Normativa Internacional. 15

1.1 La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York 2006. 15

1.1.1 Fases previas. 16

1.1.2 La adhesión de la Unión Europea a la Convención. 18

1.1.3 El artículo 29 y su trascendencia jurídica en el derecho español. 18

1.2 Otras disposiciones internacionales de aplicación. 27

1.2.1 Normativa de las Naciones Unidas. 27

1.2.2 Normativa de la Unión Europea. 28

2. Normativa española. 29

2.1 La Constitución Española de 1978. 30

2.1.1 El artículo 14: La Cláusula de Igualdad formal. Especial mención al artículo 12 CDPD. 30

2.1.2 El artículo 23.1: El Derecho Fundamental de sufragio activo. 36

2.2 Otras disposiciones nacionales de adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. 38

2.2.1 La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 39

2.2.2 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. 40

IV. EL COMITÉ INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 43

1. Funciones del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. . 44

1.1 Emisión de informes. 44

1.2 Resolución de quejas provenientes de ciudadanos de los Estados Parte. 44

2. La Recomendación CRPD/C/ESP/CO/1 de 2011 del Comité a España. 45

V. LA BIPOLARIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 49

1. Sentencias en contra de la privación del derecho de sufragio. 50

1.1 Audiencia Provincial. 50

1.2 La Sentencia del Tribunal Supremo nº 421/2013, de 24 de junio de 2013 y la doctrina jurisprudencial creada. 54

2. El Caso M.G.C. La STS nº. 181/2016. 56

VI. ANTECEDENTES DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018. 61

1. La Recomendación de la Defensora del Pueblo de 30 de junio de 2016. 61

2. El Voto Particular de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre. 64

2.1 La cuestión procesal. 64

2.2 La cuestión de fondo. 65

3. La Proposición de Ley de la Asamblea de la Comunidad de Madrid como detonante de la LO 2/2018. 67

3.1 Fase de tramitación. 67

3.2 El articulado de la Proposición de Ley. 68

VII. LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985 DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE SUFRAGIO DE TODAS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 69

1. Fase de tramitación. 70

1.1 Tramitación en el Congreso de los Diputados. 70

1.2 Tramitación en el Senado. 72

2. El significado del nuevo artículo 3.2 LOREG. El paso de igualdad formal a igualdad material. 72

2.1 El artículo 3.2 interpretado conforme a la Instrucción de la Junta Electoral Central 7/2019, de 18 de marzo. 73

2.2 El artículo 3.2 interpretado conforme a los artículos 9.2 y 49 de la Constitución Española. 75

2.2.1 El abuso y el fraude como actos a evitar. 75

2.2.2 El artículo 9.2 de la Constitución Española. 76

2.2.3 El artículo 49 de la Constitución Española. 78

2.3 Propuestas de medidas de acción positiva a llevar a cabo por los poderes públicos. 79

VIII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS LEGISLADORES...... 81

1. Legislación, jurisprudencia y doctrina avalistas de la existencia teórica de una responsabilidad patrimonial del Estado legislador...... 81

2. La indemnización por daños morales a las personas con discapacidad. 83

IX. REFLEXIONES FINALES...... 87

X. BIBLIOGRAFÍA. 88

I. INTRODUCCIÓN.

"La gente que ha votado hoy y que antes no podía, ha manifestado sentirse más reconciliada con la sociedad y con el sistema político, al poder formar parte activa de la democracia. Han dejado de ser espectadores para ser actores, que salen a escena como uno más del elenco social". Estas fueron las declaraciones a Servimedia del presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Luis Cayo Pérez Bueno, nada más celebrarse las primeras elecciones generales de 28 de abril de 2019 en las que todas las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo pudieron ejercer sin exclusión su derecho de sufragio activo[1].

Ha nacido así uno de los grandes momentos de nuestra historia democrática, dándose lugar a la liberación del Guantánamo electoral a casi 100.000 personas privadas del principal de los derechos de participación política, el derecho de voto. Liberación que se ha hecho posible gracias a la aprobación por parte de las Cortes Generales, en 5 diciembre del año 2018, de la Ley Orgánica 2/2018, la cual se analizará en detalle con posterioridad[2].

Sin embargo, antes de la promulgación de esta norma que modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en lo sucesivo, LOREG), han tenido lugar numerosísimos movimientos sociales en favor de esta reforma. Motivados con el único objetivo de defender los derechos de participación política de las personas con discapacidad, se han sustentado en un activismo ininterrumpido de asociaciones, familiares y particulares a lo largo de este siglo XXI. El final ya lo conocemos. No obstante, cobra importancia investigar el porqué de la tardanza de este cambio que, como podremos analizar a lo largo de este estudio, debería haberse producido hace unos cuantos años atrás.

---

[1] En las Elecciones Generales justamente anteriores a las del 28 de abril de 2019, es decir, las elecciones de 26 de junio de 2016, fueron 98.488 las personas con discapacidad que no pudieron ejercer el Derecho Fundamental de sufragio activo (Datos proporcionados por la Junta Electoral Central al CERMI).

[2] *infra* Capítulo VI, VII.

A consecuencia de ello, es importante atender a la fecha desde la cual, la LOREG es aplicable a todo comicio general, para así comprender la longitud temporal durante la que las personas con discapacidad han sido víctimas del déficit democrático en este campo. Con dicho objetivo, hay que decir que esta norma entró en vigor el 21 de junio de 1985, acumulándose de esta manera casi treinta y cinco años sin que las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo pudieran ejercer sus derechos de participación política.

Periodo de tiempo este, en el cual ya no solo se han visto privados de dicho ejercicio, sino también del protagonismo que su situación se merecía en los diferentes medios de comunicación hoy día existentes. Esto último sin duda debe cambiar, ya que como se verá en este trabajo, existen muchos elementos a mejorar en cuanto a los principios de igualdad formal, real y efectiva en el voto de las personas con discapacidad se refiere y es una obviedad que la presión mediática puede llegar a ser un factor determinante para que nuestros representantes políticos tomen cartas en el asunto. Con esta meta se estructura el presente proyecto final de carrera con el cual trataré de apoyar, aunque sea en ínfimo porcentaje, una causa que necesita de una promoción y compromiso todavía a día de hoy escaso.

El hecho clave sobre el que pivotará el contenido de este trabajo será la modificación de la LOREG por medio de la Ley Orgánica 2/2018 mencionada anteriormente. No obstante, y de manera previa al estudio de esta norma para la historia, se hace necesario conocer detalladamente, el completo proceso que ha permitido esta mejora en democracia, sin olvidar los retos que todavía se deben de afrontar en este campo. Estos constituirán sin duda el objeto principal de este trabajo, en el cual ya no solo se repasará la legislación y jurisprudencia fundamentales, sino también se plantearán soluciones para asentar la igualdad formal y material en el derecho de voto de las personas con discapacidad.

II. OBJETO DE LA REFORMA.

Como hemos expresado en el apartado introductorio, la Ley Orgánica 2/2018

deroga parte del antiguo artículo 3.1 de la LOREG, añadiendo a su vez un nuevo apartado segundo, estableciendo una renovada regulación, compatible con la pureza que todo Estado social, democrático y de derecho debe tener.

Pero antes de descubrir cuál es la nueva formulación del precepto en cuestión, se hace necesario reparar en cómo era el mismo de manera previa a la reforma, para poder comprender qué personas con discapacidad en concreto (dentro de los individuos con discapacidad) se han encontrado privadas de su derecho durante casi cuatro décadas.

1. El artículo 3 de la LOREG antes de su modificación.

El antiguo artículo 3.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General decía así:

"1. Carecen de derecho de sufragio:

a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio".

Espacialmente, este precepto se encuentra junto con los artículos 2, 4 y 5 dentro del Capítulo Primero del Título Primero, regulando lo relativo al derecho de sufragio activo y caracterizándose por su polémico contenido privativo del cual cabe resaltar una serie de notas de especial relevancia. En primer lugar, es destacable el desglose en tres apartados que sufre el artículo, haciendo alusión a tres grupos teóricamente diferenciados con el denominador común de ser privados del derecho de sufragio activo y pasivo. El primero de ellos, es el referido a aquellos condenados por medio de sentencia judicial firme a la imposibilidad de ejercer su derecho de voto. Este apartado a)[3] no va a ser objeto de nuestro estudio, ya que como se puede deducir no está relacionado con las personas

[3] Este apartado a) se encuentra sin contenido efectivo ya que en el Código Penal no se prevé pena alguna en relación con el sufragio activo. Únicamente se establecen tipos penales con respecto al sufragio pasivo (p. ej. arts. 404, 419, 420, 428, 430, 432, 433, 436, 438, 439 y 442).

con discapacidad. Esto es porque como se desprende de su literalidad, no se exige ninguna cualidad personal intelectual, sino el haber sido condenado por unos hechos así tipificados como suficientemente relevantes para ser negado de este derecho.

Por contra, tanto el segundo como el tercer apartado, engloban al grupo de personas protagonistas de este trabajo siendo divididas en dos grupos, los cuales acogen a aquellos individuos con algún tipo de discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo lo suficientemente intensa como para ser su capacidad modificada judicialmente y seguidamente privado su derecho de voto.

Como segunda nota característica de este primer punto del artículo 3, es esencial atender al doble requisito que exige los apartados b) y c) para que una persona con discapacidad intelectual llegue a ser privada del derecho de voto. Es decir, como veremos de manera posterior, no todas las personas con discapacidad han entrado en el ámbito de aplicación de esta norma durante los 35 años de vigencia de la ley, sino que se ha venido exigiendo que sobre esa persona con discapacidad se haya dictado sentencia de incapacitación, con la adicional de privarse también en esta su derecho de sufragio activo. Estos matices que pertenecen al campo del Derecho Civil y que se configuran como esenciales para contextualizar adecuadamente el conflicto sometido a estudio, los volveremos a tratar de una manera más profunda en el siguiente apartado.

Este artículo tercero finalmente reformado el 5 de diciembre de 2018, también contenía un segundo punto dirigido a los Jueces y Tribunales españoles en forma de facultad legal y que se mostraba como complementario del primer punto:

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

Por tanto, se dejaba en manos del subjetivismo judicial, la posibilidad de inhabilitar a una persona con discapacidad en el derecho fundamental a la participación política activa así reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución Española. Es por ello,

que los Jueces y Tribunales debían de analizar caso por caso para determinar qué personas eran merecedoras o no de no ser sujetos activos en las elecciones españolas.

2. La necesaria modificación de la capacidad por parte del Poder Judicial. La diferencia entre discapacidad e incapacidad.

Continuando con el análisis del precepto derogado, se debe de tener en cuenta como ya hemos adelantado en los párrafos anteriores, que la legislación suprimida ha estado privando durante años a personas con discapacidad, pero no a todas ellas. Esto es de suma importancia ya que antes de la LO 2/2018 existían en España casi cuatro millones[4] de personas con discapacidad, mientras que la cifra se reduce a menos de cien mil[5] respecto a las que se encuentran privadas del derecho de voto. Son estas últimas, las únicas beneficiarias de la reforma, ya que las personas que únicamente poseen discapacidad, pero sin modificación judicial alguna, han podido ejercitar su derecho de voto aun con la vigencia de los apartados b) y c) del artículo 3.1 de la LOREG[6].

Como vamos a ver, las situaciones de discapacidad e incapacidad son independientes, ya que es posible el escenario en donde recaiga sentencia de incapacitación sobre una persona que no ha sido valorada en cuanto al grado de minusvalía, al ser solo exigible la ingobernabilidad de la misma (arts. 199 y 200 CC). Aunque no es menos cierto, que suele existir una estrecha relación en la práctica entre una y otra situación, ya que la regla general indica toda persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente es también una persona con discapacidad, pero no así a la

[4] El último censo oficial sobre personas con discapacidad en España trata de 2007 y se enmarca en la cifra de 3.840.000 personas. Véase: https://elderecho.com/ine-actualizara-2021-los-datos-personas-discapacidad-espana

[5] En las Elecciones Generales justamente anteriores a las del 28 de abril de 2019, es decir, las elecciones de 26 de junio de 2016, fueron 98.488 las personas con discapacidad que no pudieron ejercer el Derecho Fundamental de sufragio activo (Datos proporcionados por la Junta Electoral Central al CERMI).

[6] A pesar de la claridad del precepto, la Junta Electoral Central (JEC) se ha visto obligada en reiteradas ocasiones en dictar resoluciones sobre la imposibilidad absoluta de denegar el ejercicio del derecho de voto a las personas con discapacidad, si no existe la preceptiva decisión judicial privativa de este derecho. A título de ejemplo destacar lo establecido por resolución de este órgano en fecha de 5 de junio de 1991: "No se aprecia en modo alguno la existencia de incapacitaciones formalmente declaradas; al contrario, tales personas están legitimadas para el ejercicio del derecho del voto al concurrir en ellas los requisitos del artículo 2 de la LOREG, sin que pueda presumirse en su contra la existencia de dicha incapacidad, toda vez que sería contrario a las normas constitucionales de derechos fundamentales, que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional deben ser interpretadas siempre de manera que se maximice en lo posible la eficacia de estos derechos".

inversa[7]. En esta misma línea argumental, se encuentra la Magistrada doña Adela Asua Batarrita[8], la cual incluso llega a una conclusión más arriesgada, afirmando que "incapacitación y discapacidad no son conceptos incompatibles, pues aquélla recae, *en todo caso*, sobre personas que se encuentran efectivamente afectadas de una discapacidad psíquica (intelectual) o física".

Por ello, cabe advertir dos aspectos pilares que nos van a acompañar a lo largo de todo el estudio. Primero, cuando en este trabajo hablamos de personas con discapacidad, nos estamos refiriendo a las personas con capacidad modificada judicialmente (incapacidad) y segundo, directamente relacionado con lo anterior, en aquellas normas declarativas de derechos a las personas con discapacidad, en donde no exista cláusula excepcional de exclusión a las personas con la capacidad modificada judicialmente, deberán entenderse que les son de aplicación también a estas últimas.

En este sentido, y a efectos de aclarar las diferencias esenciales entre los conceptos de discapacidad e incapacidad constituyendo únicamente esta última estado civil[9], cabe hacer alusión a la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre. Esta sentencia versa sobre la vulneración en un procedimiento civil de incapacitación de los derechos a una tutela judicial sin indefensión y a un proceso con garantías. Nos interesa en concreto el párrafo tercero de su Fundamento Jurídico quinto, del cual vamos a poder extraer los trámites y requisitos necesarios para que se pueda dar la modificación judicial de la capacidad de la persona con discapacidad.

Así la sentencia: "En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva

---

[7] *Cfr.* DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil.* Tecnos, Madrid, 2012, pág. 260.

[8] En su Voto Particular al Auto 196/2016, de 28 de noviembre, el cual será objeto de estudio en el Capítulo VI.

[9] Una diferencia meramente formal es la relativa al estado civil, el cual en palabras de DÍEZ-PICAZO se basa en: "cualidades personales que hacen que la persona viva o esté en la comunidad de una manera diferente respecto de otra en que no concurran". La incapacidad al contrario de la discapacidad se configura como uno de los estados civiles existentes de nuestro derecho, junto con el de la nacionalidad y vecindad, el matrimonio y la edad.

implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). *En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC)* que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE".

Este párrafo, aunque este referido a la obligatoriedad de respetar los trámites impuestos por el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo procedimiento de incapacitación, nos sirve igualmente para establecer qué es aquello que diferencia a una persona con discapacidad de una persona con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo que a su vez ha sido sometida a un procedimiento judicial de incapacitación.

Así, cobra pleno sentido el conocimiento de los artículos 199 y 200 del Código Civil. El primero, se encarga de establecer los dos requisitos imperativos por los que se puede llegar a declarar incapaz a una persona: "Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley". Es decir, va a ser necesario primeramente aquello que de manera reiterada venimos intentando aclarar por su trascendental importancia, la sentencia judicial. Y en segundo lugar, va a ser imprescindible que concurra alguna de las causas establecidas en la ley, en concreto las previstas en el artículo 200 de este mismo cuerpo normativo.

De esta manera el artículo 200 CC, recoge las causas de incapacitación: "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Es decir, serán causas

legitimadoras de la modificación judicial de la capacidad de una persona, aquellas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que cumplan con dos premisas: impidan a la persona gobernarse por sí misma y sean además persistentes.

Respecto a la exigencia de no poder gobernarse por sí misma, se deberá poner en valor la capacidad habitual de la persona de cuidar de sí misma, junto con la de entender cuáles son sus intereses. La alteración mental por tanto, tendrá que llegar al nivel patológico, no siendo suficiente para incapacitar a una persona, la simplicidad y la falta de inteligencia encarnadas en pequeñas manías o extravagancias[10]. Como dice DÍEZ-PICAZO, la idea de gobernarse por sí mismo constituye el centro de gravedad de todo el artículo 200 del Código Civil, ya que dejada a la persona a merced de sus propios impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma.

En relación con el segundo requisito referido a la persistencia, parece claro que como su propio nombre indica se va a exigir una cierta continuidad. Pero no solo se va a necesitar que exista una continuidad previa, sino además deberá constatarse que la discapacidad intelectual o enfermedad que no permite gobernarse por sí mismo a la persona, vaya a prolongarse en el futuro con cierta consistencia[11]. No obstante, hay que aclarar que la enfermedad o la alteración psíquica podrá seguir cumpliendo este requisito, pese a que las causas para incapacitar no sean permanentes o constantes sino esporádicas (manifestaciones cíclicas o periódicas de la enfermedad). En esos casos se deberá de ponderar la frecuencia e intensidad de las crisis padecidas por la persona para decidir modificar o no la capacidad[12].

En resumen, los beneficiarios directos de la reforma del artículo 3.1 de la LOREG, mediante la Ley Orgánica 2/2018, han sido aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada judicialmente junto con la privación en la misma sentencia de incapacitación, del ejercicio del derecho fundamental de sufragio activo del artículo 23.1 de la

---

[10] *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Elementos de Derecho Civil: Parte General, Volumen Segundo, Personas*. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 153.

[11] *Vid.* STS nº 683/1999, de 26/7/1999, que aplica la doctrina de la STS 10 de febrero de 1986.

[12] *Cfr.* PICATOSTE BOBILLO, J. "La incapacitación: el marco jurídico", en *Revista gallega de psiquiatría y neurociencias,* núm. 8, 2006, págs. 39 y 40.

Constitución Española. Es decir, por un lado, no todas las personas con incapacidad han tenido denegado este derecho, sino solo aquellas a las que también se les había de manera expresa privado de él. Y por otra parte, obviamente no todas las personas con discapacidad se han encontrado excluidas de la mayor de las manifestaciones de participación política, sino únicamente aquellas personas con discapacidad que pasaron a ostentar en algún momento, el estado civil de incapacidad junto con la exclusión judicial del ejercicio del derecho de voto.

3. El nuevo artículo 3 de la LOREG.

Al ser el actual precepto objeto de estudio los Capítulos VI-VII de este trabajo, únicamente y a efectos de clausurar esta sección, mostraré cuál es la literalidad del nuevo artículo 3 de la LOREG, modificado por la Ley Orgánica 2/2018 y con entrada en vigor en fecha de 7 de diciembre de 2018. Dice así:

"1. Carecen de derecho de sufragio:

a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) (Suprimida).

c) (Suprimida).

2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera".

Como se puede observar en el precepto adherido, el punto primero se ve parcialmente suprimido en sus apartados b) y c) privativos del ejercicio del derecho de sufragio activo por razones meramente de capacidad. Por su parte, el punto segundo establece una imperativa legal que aunque acorde con la filosofía de la modificación abre un espacio para el debate por las diferentes interpretaciones que se pueden llegar a dar sobre el mismo y que analizaremos más adelante.

III. LEGISLACIÓN PREEXISTENTE A LA LEY ORGÁNICA 2/2018.

En este Capítulo tercero, realizaremos un amplio estudio sobre la diversa

normativa supranacional y nacional legitimadora del derecho de sufragio activo de toda persona discapacitada sin exclusión alguna. Nos daremos cuenta que el reconocimiento de este derecho fundamental mediante la Ley Orgánica 2/2018 no se trata de ninguna novedad en la comparativa con lo establecido por la diferente normativa internacional años atrás, de la cual destaca por excelencia, la Convención Internacional de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York, sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 (en adelante, CDPD).

Un aviso a tener en cuenta antes de entrar a conocer los cuerpos normativos antecesores de la reforma de diciembre de 2018, es el concepto amplio de discapacidad que utilizan estas normas. Se debe volver a subrayar que una persona con la capacidad modificada judicialmente (estado civil de incapaz), no tiene porqué ser excluida de toda ley, reglamento o decreto cuyo ámbito de aplicación se encuentre limitado a la situación de discapacidad, ya que como se comentó con anterioridad, la incapacidad tiene su origen al fin y al cabo en una discapacidad, con la única diferencia de que esta es de tal intensidad o particularidad, que no permite a la persona gobernarse por sí misma.

Esto es importante ya que, las normas que vamos a analizar, siempre hablan de personas con discapacidad y no de personas con incapacidad, y al no existir ninguna cláusula excluyente o excepcional que establezca que aquellas con la capacidad modificada judicialmente se encuentran fuera de su ámbito de aplicación, debe de serles igualmente aplicable como personas con discapacidad que también son.

1. Normativa Internacional.

1.1 La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[13] de Nueva York 2006.

Comenzamos la andadura internacional con la norma suprema en cuanto a defensa y promoción de los derechos humanos[14] de las personas con discapacidad se refiere.

[13] En el segundo párrafo del artículo 1 de esta Convención, se establece una definición lo suficientemente flexible como para poder incluir dentro de esta a aquellas personas con discapacidad cuya capacidad ha sido modificada judicialmente: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas 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".

[14] La CDPD de 2006 es un Tratado de protección de los derechos humanos, tal y como se encarga de aclarar

Aprobada el 13 de diciembre de 2006, se configura como un Tratado resultado del acuerdo de voluntades de más de un centenar de Estados,[15] contando con la adhesión inédita de la Unión Europea en su papal de Organización Internacional.

Por otra parte, se encuentra de manera complementaria a la Convención, el Protocolo Facultativo[16] de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este se trata de un protocolo adicional que faculta a las personas con discapacidad o a grupos de estas, reclamar a las Naciones Unidas en aquellos supuestos de trasgresión por parte de su propio Estado de los derechos humanos reconocidos en la Convención[17].

La CDPD aporta una perspectiva extremadamente social sobre las personas con discapacidad, dejando entrever en su articulado la idea basada en que la propia discapacidad no reside en la persona sino en la sociedad que es la que no le permite desarrollar sus facultades. Es por ello, que esta norma defiende que las personas con discapacidad pueden aportar capital humano a la sociedad, al igual que las demás personas siempre y cuando aquella obedezca y se eduque sobre el respeto y la inclusión[18].

1.1.1 Fases previas.

En primer lugar, cabe mencionar las estériles propuestas presentadas por parte de Italia y Suecia a la Asamblea General de Naciones Unidas en los años 1987 y 1988

---

su artículo 1.1º: "El propósito de la presente Convención es 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".

[15] Según datos de *United Natios Treaty Collection,* son 181 Estados Parte actualmente: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en

[16] España es parte del mismo junto con 95 Estados más. Datos de *United Nations Treaty Collection*: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_en

[17] En este sentido, el artículo 1 del Protocolo Facultativo: "Todo Estado Parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad («el Comité») para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas".

[18] *Cfr.* Fernández Martínez, J.M. "La recepción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas", en CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coor.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia,* Cinca, Madrid, 2016, pág. 188.

respectivamente. Fueron rechazadas debido a que la mayoría de las delegaciones representantes, defendían que la ratificación de una Convención protectora de las personas con discapacidad sería prácticamente imposible. Ello es lógico teniendo en cuenta que a finales de los años 90, la mayoría de las legislaciones de los Estados europeos no contemplaban la discapacidad como motivo sobre el cual entablar medidas de acción positiva[19].

Años más tarde, volvió de nuevo la concienciación de la necesidad de contar con un instrumento jurídicamente vinculante de protección de los derechos humanos para las personas con discapacidad. Surge de este a modo a principios del Siglo XXI, la celebración de una Cumbre Mundial de ONGs en Beijing, China. De esta nació la Declaración de Beijing de 12 de marzo de 2000 sobre los "Derechos de las Personas con Discapacidad en el Nuevo Siglo", que básicamente incentivaba e instaba a los Estados participantes en la elaboración de una Convención Internacional en los próximos años. Seis años después, y tras diferentes reuniones celebradas desde 2002, se adoptó en 5 de diciembre la Convención actual, siendo posteriormente aprobado su texto original por la Asamblea General el día 13 de diciembre de 2006[20].

Es grave que antes de esa fecha, en el plano internacional no existiera un cuerpo normativo de referencia para la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Es por ello, que esta Convención de las Naciones Unidas cobra aún más importancia y protagonismo en la búsqueda de la igualdad de derechos entre todas las personas con independencia de su capacidad, debiéndose subrayar además, la sólida legitimación con la que se presentó esta norma en el mundo contando ya no solo con la ratificación de casi cien Estados, sino también con la de la propia UE. Tal y como dice ASIS ROIG[21], aceptar que la discapacidad es una materia de derechos humanos supone

[19] La oposición se encontraba principalmente motivada por la preocupación generalizada de que el régimen de derechos humanos fuera todavía excesivamente exigente y difuso, además de defender que los instrumentos existentes en ese momento podían por sí mismos garantizar una adecuada protección a las cuestiones relativas a la discapacidad. *Vid.* DHIR AARON, A. "Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The proposed International Convention on Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities", *Stanford Journal of International Law,* núm 181, 2005, pág. 185.

[20] Para un mayor conocimiento sobre el desarrollo de las reuniones, *Vid.* PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, pág. 239 y ss.

[21] *Cfr*. DE ASIS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos,* Dykinson, Madrid, 2014.

comenzar a considerar los retos a afrontar por las personas con discapacidad como objetivos también de los derechos humanos y por ello la obligación de encontrar respuestas que respeten los valores sobre los que se sostienen dichos derechos.

1.1.2 La adhesión de la Unión Europea a la Convención.

Es necesario hacer alusión a la participación de la Unión Europea como Organización Internacional considerada, en este trascendental Tratado sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ello se debe a la importancia de la ratificación europea de la Convención, elevando a esta a un escalafón superior del que posee cualquier otro Tratado Internacional con la característica, además, de ser la única Convención de Derechos Humanos a la que la UE se ha adherido en toda su historia. Asimismo, no es de más recordar que España es actualmente uno de los 28 Estados Miembros de la Unión, y con el paso de los años se tiende a una integración europea cada vez mayor y por ende, una razón más para adaptar la legislación española a las exigencias de la CDPD.

De esta manera, en fecha de 23 de diciembre de 2010 la Unión ratificó[22] la CDPD. Esta integración de la UE en el Tratado fue posible gracias al mecanismo que prevé la propia Convención en su artículo 44 con el fin de permitir a las Organizaciones Internacionales de tipo regional de integración[23] (como es la Unión Europea) incorporarse como si de un Estado parte más se tratase[24].

1.1.3 El artículo 29 y su trascendencia jurídica en el derecho español.

Comenzamos a adentrarnos sin duda en una de las partes pilares de este trabajo. No digo con esto que todo lo visto anteriormente sea únicamente a efectos meramente introductorios, sino al contrario, era necesario para asentar las bases con el objetivo de

---

[22] La firma de la Convención por parte de la UE se produjo el 30 de marzo de 2007, adoptándose por parte del Consejo la Decisión 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[23] El artículo 44.1 de la Convención: "Por «organización regional de integración» se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones declararán, en sus instrumentos de confirmación oficial o adhesión, su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Posteriormente, informarán al depositario de toda modificación sustancial de su grado de competencia".

[24] En este sentido, el punto segundo del artículo 44: "Las referencias a los «Estados Partes» con arreglo a la presente Convención serán aplicables a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia".

comprender de mejor manera los puntos que prosiguen.

Es importante recordar que el fin último de este trabajo se compone de varios elementos, siendo uno de los principales el de analizar la legislación y jurisprudencia más fundamental legitimadora de la actual situación de la que gozan todas las personas con discapacidad, es decir, del derecho de sufragio activo. Y más en concreto, conocer el conjunto normativo y jurisprudencial anterior a la Ley Orgánica 2/2018, que nos permitirá darnos cuenta de que España ha adaptado con exacerbada tardanza su ordenamiento jurídico a las nuevas exigencias democráticas en materia de discapacidad.

Dicho esto, y comenzando con el análisis, presentamos al precepto clave, esencial y pilar de este trabajo. Un artículo que cambió la historia democrática de las personas con discapacidad y que en gran medida retrató al conjunto de legislaciones nacionales reguladoras de los derechos sociales. Presento así, el artículo 29 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad referido a la "Participación en la vida política y pública", el cual examinaremos y compararemos con el antes analizado artículo 3 de la LOREG privativo del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad. Así el 29:

"Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum 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;

iii) 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;

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;

ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones".

Como podemos observar, se trata de un precepto largo, del cual se podrían destacar muchos más aspectos que los solo concernientes al derecho de voto declarado a toda persona con discapacidad[25]. Sin embargo, nos centraremos únicamente en el estudio de esto último de una manera lo suficientemente profunda para así entender a la perfección la trascendencia de este derecho.

El apartado a) es fundamental en este sentido. Se estructura en dos partes claramente diferenciadas: Una dedicada a la igualdad formal[26] en el derecho de estas personas a votar con respecto a los demás electores y otra destinada a la igualdad

[25] En el artículo 29 se reconocen al margen del derecho de sufragio activo: El derecho de sufragio pasivo (posibilidad de ser elegidas en unas elecciones); el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; el derecho de participación en ONGs relacionadas con la vida pública y política del país.

[26] En las sociedades modernas "la igualdad formal" se identifica con el principio de igualdad de todos ante la Ley, es decir, se reconoce a todos los sujetos el mismo estatuto jurídico-político. *Vid.* SECO MARTÍNEZ, J.M. "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar", en *Derechos y Libertades,* núm. 36, Época II, 2017, pág. 63.

material[27] necesaria para que el ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de las personas con discapacidad se pueda realizar de manera real y efectiva. El enfoque material será analizado en el Capítulo VII del presente trabajo, mientras que el formal representado en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 14 de la Constitución Española, será estudiado a continuación.

El fragmento del artículo 29 a) dedicado a declarar una igualdad formal sobre el derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad es el siguiente:

"Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con los demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas".

La literalidad del precepto es absolutamente contundente, no dejando lugar a dudas sobre el reconocimiento del derecho de voto a las personas con discapacidad. Una clarividencia que contrasta con la privación que formulaba el ya modificado artículo 3 de la LOREG, resultando así evidente e indudable la contradicción existente entre el derogado precepto y el artículo 29 de la Convención.

Resulta por ello especialmente llamativo que haya habido resoluciones judiciales dando a entender la compatibilidad entre ambos preceptos y es que como explica MARTÍNEZ PUJALTE[28], no puede interpretarse que la facultad de privar que el artículo

[27] Una interpretación material del principio de igualdad supone la intervención estatal adoptando las medias que sean necesarias para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos. Y entre estas medidas puede ser preciso en ocasiones dictar normas teóricamente desiguales con el objetivo de favorecer a ciertos grupos de la sociedad que parten de una situación más desfavorecida socialmente que las demás personas. *Vid.* CARMONA CUENCA, E. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 84, 1994, págs. 271 y 272.

[28] *Cfr.* Martínez-Pujalte, A.L. "Derechos en conflicto, conflicto de derechos: Principales ficciones entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación nacional española", en CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coor.),

3 de la LOREG concede a los jueces, sea conciliable con el artículo 29 de la Convención, en tanto que el primero afecta a la titularidad del derecho de voto y al ejercicio del mismo. Destacable en esta línea es que el artículo 29 habla del "derecho y la posibilidad", es decir, ya no solo se está estableciendo una igualdad formal, sino también una igualdad material, es decir, que a las personas con discapacidad, la Convención no solamente les reconoce el derecho de voto desde un punto de vista formal, sino también la posibilidad de poder efectivamente ejercitar dicho derecho (el reconocimiento es "doble").

Llegados a este punto, puede que surja la pregunta de por qué las personas con discapacidad han estado privadas hasta 2018 de este derecho cuando ha existido desde 2006 (en España aplicable desde 2008) un artículo de un Tratado Internacional que de manera clara y taxativa les reconocía el derecho de voto. Pues es precisamente esta cuestión, la que vamos a utilizar para denunciar la conducta exageradamente intransigente y abúlica que han sostenido los miembros del Poder Legislativo durante el tiempo transcurrido entre mayo de 2008 (entrada en vigor en España de la CDPD) y el 5 de diciembre de 2018 (publicación de la LO 2/2018 en el BOE).

Sería asunto radicalmente diferente, el supuesto hipotético en donde España no formase parte de la CDPD, ya que en ese contexto, no poseería la obligación jurídica de adaptar su legislación al contenido de esta norma, por el simple hecho de no ser parte. Pero, no es el caso, sino todo lo contrario, ya que España fue, de los primeros firmantes del Tratado no quedándose únicamente ahí, sino que además, ratificó el mismo en fecha de 23 de noviembre de 2007, publicándose en el BOE el 21 de abril de 2008 y entrando en vigor catorce días después.

Es por todo ello, la necesidad de analizar a continuación el valor jurídico de esta Convención para el Ordenamiento Jurídico español y consecuentemente dilucidar si verdaderamente nos encontramos ante un supuesto de violación de derechos fundamentales por periodo temporal superior a una década.

Expuestas las consideraciones anteriores y recordando las fechas de ratificación (23/11/2007) y de publicación (21/4/2008) de la CDPD por parte del Estado español, cabe

---

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia, Cinca, Madrid, 2016, pág. 177.

traer a colación los artículos 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil. Dicen así:

Artículo 96.1 CE: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

Art. 1.5 CC: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»".

Como afirman los preceptos, la publicación del Tratado es el acto que hace formar parte a este, del Ordenamiento Jurídico español sin necesidad a priori, de ningún tipo de trasposición normativa. La integración se produce de manera automática una vez celebrado, ratificado y publicado la norma internacional. La CDPD, cumple con estos requisitos legales, y consecuentemente se puede afirmar que esta Convención lleva siendo norma jurídica de la legislación nacional española desde el 21 de abril de 2008 (fecha de publicación).

Conocido esto, surgen ahora dos nuevos frentes: La posición de la Convención en el sistema de fuentes español[29] y el problema de la aplicabilidad directa de sus disposiciones.

Sobre la problemática del lugar que ocupan los Tratados Internacionales en la prelación de fuentes, hay que decir que ante el silencio del artículo 1 del Código Civil, debemos acudir a lo establecido por una Ley de hace poco más de seis años que confirma lo que la mayoría de la doctrina venía afirmando los últimos años[30]. Se trata en concreto

[29] Así podremos averiguar si el artículo 29 de la Convención Internacional es superior jerárquico del artículo 3 de la LOREG, y por tanto afirmar de este modo que al integrarse la Convención en el derecho español desde 2008, este artículo 3 de la LOREG se debería de haber derogado de ese mismo año al entrar en colisión con el Tratado Internacional.

[30] A título de ejemplo, IGLESIAS VELASCO, A. "Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 29, 2013, págs. 198 a 202.

del artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales, el encargado de resolvernos esta duda: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

Por tanto, se puede afirmar que en el sistema de fuentes, los Tratados Internacionales se deberán de aplicar de manera preferente a cualquier otra norma que no sea la Suprema, es decir la Constitución. Esto aplicado al caso que estamos conociendo se traduce en que el artículo 29 (derecho de voto en igualdad de condiciones independientemente de la capacidad) de la CDPD, posee preferencia respecto al artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Ello sumado a que como hemos explicado anteriormente, ambos preceptos son radicalmente incompatibles, parece indudable que se deberían haber derogado las letras b) y c) del artículo 3 de la LOREG desde perspectiva del día 21 de abril de 2008 (publicación en el BOE).

Por todo ello y sin perjuicio de la segunda de las cuestiones que tenemos que examinar a continuación, se puede ir afirmando que el que se haya esperado hasta el 5 de diciembre de 2018 para modificar al artículo 3 de la LOREG supone una absoluta perturbación de todo principio nacional e internacional sobre aplicación y prevalencia de los Tratados Internacionales en los derechos internos.

El segundo frente comentado, que debemos abordar para finalmente ofrecer las conclusiones más precisas posibles, es el referido a la aplicabilidad de un Tratado Internacional, que forma parte del ordenamiento interno y que además como hemos visto prevalece sobre las demás normas del Ordenamiento. Es decir, este punto se resume en dos cuestiones en esencia relacionadas: ¿Es aplicable directamente en España el artículo 29 de la Convención? ¿necesita la CDPD de un desarrollo legislativo por parte del Estado español para ser aplicable?

Para responder a estas preguntas, tenemos que recurrir de nuevo a la Ley 25/2014. En esta ocasión a su artículo 30.1, el cual dice así: "Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes".

Clave es la remisión que este precepto realiza a las propias características del texto de la norma internacional, al exigir que el mismo, esté redactado de manera que no sea necesaria la aprobación de normas internas para su aplicación[31]. Es decir, un Tratado Internacional va a ser de aplicación directa cuando su propio contenido reconozca derechos u obligaciones de una forma patente, absoluta y sin ningún tipo de condición adicional[32].

Si nos fijamos en el artículo 29 de la Convención[33], puede que sea uno de los preceptos que de manera más clara nos muestra su susceptibilidad de ser aplicable directamente. Su literalidad es muestra diáfana de la incondicionalidad y precisión del reconocimiento a las personas con discapacidad del derecho de voto, estableciendo a su vez indubitablemente y sin ningún tipo de formulación vaga o escueta, la obligación de los Estados de reconocer dicho derecho. No se aprecia un carácter programático en su formulación, sino más bien un mandato directo a los Estados de garantizar y asegurar el derecho de sufragio activo a todos sus nacionales con discapacidad[34].

---

[31] De ahí el concepto de *hard law* en contraposición al *soft law*, siendo este último el que necesitaría de la aprobación expresa de una norma interna para que fuera de aplicación.

[32] *Cfr*. DÍEZ-HOCHLEITNER, J. "Artículo 30.1. Ejecución", en VARIOS, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales,* Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 542 y 543.

[33] "Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) *Asegurar* que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública *en igualdad de condiciones con las demás*, directamente o a través de representantes libremente elegidos, *incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar* y ser elegidas".

[34] Sobre las condiciones para que sea de aplicación directa un Tratado Internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 (asunto C-363/123) http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149388&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2883425 , que en sus puntos 85 y 86 afirma: *"85. Entre las condiciones referidas en el apartado precedente, es necesario recordar que, cuando la naturaleza y el sistema de un Tratado internacional permiten un control de la validez del acto del Derecho de la Unión en relación con las disposiciones de dicho tratado, es preciso además que las disposiciones invocadas para apreciar la validez del acto del Derecho de la Unión sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas (véanse las sentencias, antes citadas, Intertanko y otros, apartado 45, y Air Transport Association of America y otros, apartado 54). 86. Tal requisito se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (véanse las sentencias de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p.3719, apartado 14; de 15 de julio de 2004, Pêcheurs de l'étang de Berre, C-213/03, Rec. p.I-7357, apartado 39, y Air Transport Association of America y otros, antes citada, apartado 55)".*

Algo que es necesario aclarar es la imposibilidad de excluir al artículo 29 de las conclusiones llegadas en los párrafos anteriores, alegando en su contra que la CDPD considerada en su conjunto, es una norma programática, imprecisa o condicional. Esta es mi forma de entender, ya que este Tratado reconoce derechos de diferente índole, es decir, no hay un denominador común entre ellos más allá de ser una norma dedicada a declarar los derechos de las personas con discapacidad. Por ello, debido a esa independencia y autonomía entre los derechos reconocidos en la norma, debe de examinarse precepto a precepto su adecuación o no para determinar su aplicabilidad directa en los Estados que hayan firmado, ratificado y publicado este Tratado Internacional.

Haciendo uso de la jerga jurisprudencial, se puede decir que hasta aquí hemos conocido *la ratio decidendi* sobre el cumplimiento con rectitud por parte de la CDPD, de los requisitos legales necesarios para que desde 2008 se hubiese reconocido en España a las personas con discapacidad su derecho de voto. Ahora y en suerte de *obiter dicta,* también es interesante atender a la función interpretativa que otorga el artículo 10.2 de la Constitución Española a los Tratados Internacionales ratificados por España, que versen sobre derechos humanos. Así el precepto: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Efectivamente, la CDPD es un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos, tal y como se advierte en el primer artículo de su texto "El propósito de la presente Convención es 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". Además, por si pudiera quedar alguna duda, la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional concuerdan en la categoría de la CDPD como cuerpo normativo protector de los Derechos Humanos del específico colectivo de las personas con discapacidad.

La trascendencia que posee este número 10.2 de la CE, es bastante particular, ya que en él se encierra un mandato dirigido a los aplicadores del derecho en general, imponiéndoles la necesaria utilización de los Tratados Internacionales como instrumentos interpretativos de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la

Constitución[35].

Por tanto, desde 2008, debería de haberse interpretado por parte de Jueces y Tribunales el artículo 23.1 de la CE a la luz del artículo 29 de la CDPD y consecuentemente no haber privado en ningún caso a persona alguna con discapacidad, su derecho de voto. Así, no debería haber servido como excusa de un Juez, el defender que al no modificarse por parte del Poder Legislativo el artículo 3 de la LOREG, conservaba la facultad de privar del derecho de voto a una persona cuya capacidad había sido modificada, ya que como acabamos de explicar, por medio de la interpretación, los Jueces y Tribunales quedaban habilitados para no denegar a las personas con la capacidad modificada judicialmente su derecho de sufragio activo. Son consecuentemente junto con el Poder Legislativo, igual de culpables de haber excluido hasta la aprobación de la LO 2/2018, del principal de los derechos de participación política a estas personas[36].

1.2 Otras disposiciones internacionales de aplicación.

Teniendo en cuenta en todo momento que en la actualidad, el acuerdo más importante de las Naciones Unidas en cuanto a derechos de las personas con discapacidad es la CDPD, hay que decir que también existen de manera secundaria, una serie de normas en el panorama internacional y europeo que han estado reconociendo este derecho desde antes de la aprobación de la LO 2/2018 que modifica el artículo 3 de la LOREG, dejando más claro si cabe que España ha actuado de manera absolutamente tardía en el reconocimiento de este derecho.

1.2.1 Normativa de las Naciones Unidas.

En el ámbito de las Naciones Unidas, nos encontramos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, siendo su artículo 21.1 el que sin exclusión de ningún tipo de grupo social, determina: "Toda persona tiene derecho a participar en el

[35] Este artículo 10.2 otorga a los Tratados Internacionales un carácter supralegal. *Vid.* CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española", en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, Jaén, 2012, págs. 1 y ss.

[36] En los Capítulos V y VI, estudiaremos uno de los casos socialmente más relevantes de privación del derecho de voto. Pero también repasaremos Sentencias que desde la inclusión de la CDPD como norma de nuestro derecho, han venido estableciendo la inconstitucionalidad de privar a las personas con la capacidad modificada judicialmente a ejercer su derecho de voto.

gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos". También como articulado así adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, el cual en su artículo 25 establece: "Todos los ciudadanos, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: […] b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores".

1.2.2 Normativa de la Unión Europea.

En la Unión Europea, también se ha venido declarando en alguno de sus principales cuerpos normativos, el derecho de voto a toda persona sin existir ninguna excepción que abordarse a las personas con la capacidad modificada judicialmente. En primer lugar, está el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2010 que en su artículo 20.2 letra b) dice: "Los de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen entre otras cosas, el derecho: […] b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado"[37].

En segundo lugar, también debe hacerse mención a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que mediante sus artículos 21.1 y 26 establece: "se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéricas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual", y de una manera más concreta en el artículo 26 referido precisamente a la integración de las personas discapacitadas: "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad". Está claro que es una

[37] El objetivo directo de este precepto no es precisamente el de reconocer un derecho de voto *per se,* sino declarar que por el mero hecho de ser ciudadano de un Estado miembro de la UE, tienes derecho de voto en elecciones europeas y municipales de cualquier otro Estado de la Unión. Sin embargo, se entiende tácitamente que está también reconociendo el derecho de sufragio activo a todas las personas con independencia de su capacidad. Lo importante es que no existe cláusula excluyente sobre estas personas en el ejercicio de este derecho.

incongruencia el poder privar del derecho de voto a las personas con la capacidad modificada judicialmente, pero a la vez apostar por la integración social de estas personas. El excluirles de uno de los derechos fundamentales más esenciales es sin duda una forma de discriminación notoria que entorpece el proceso de inclusión social que desde los poderes públicos en teoría debería perseguirse.

En tercer lugar y a modo de cierre, el Reglamento (UE) N.º 1381/2013 por el que se establece el programa "Derechos, Igualdad y Ciudadanía" para el periodo de 2014 a 2020, en su artículo 4.1 c) referido a los objetivos específicos expresa: "el programa tendrá los siguientes objetivos específicos: […] c) promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad". Además, en su Considerando primero, hace mención a la CDPD, algo que no nos debe de sorprender ya que como hemos estudiado en este trabajo, la UE se adhirió mediante Decisión 2010/48/CE a la Convención: "[…] El pleno disfrute de esos derechos, así como de los derechos derivados de los convenios internacionales en los que es parte la Unión, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, debe estar garantizado y deben eliminarse todos los obstáculos".

Como habrá podido observarse, la legitimación internacional y europea sobre el derecho de toda persona con independencia de su capacidad (ya tenga discapacidad o además la capacidad modificada judicialmente), es amplísima y con la adicional de no tratarse de normas excesivamente actuales, sino que por contra, la mayoría de ellas llevan quince, veinte o incluso treinta años vigentes. Por todo ello, e insistiendo en esta idea, no existe excusa por parte de los poderes legislativo y judicial de haber tardado tanto tiempo en derogar los privativos y excluyentes apartados b) y c) del artículo 3.1 de la LOREG.

2. Normativa española.

Vista la amplia legitimidad internacional anterior a la LO 2/2018, sobre el derecho de voto que pertenece a toda persona con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo, damos paso a conocer la normativa española relacionada con el conflicto que estamos conociendo.

2.1 La Constitución Española de 1978.

Comenzaremos analizando concretos preceptos constitucionales, que constituyen un argumento adicional a todo lo ya comentado, pero no por ello menos importante. De hecho, todo lo contrario, ya que nuestra Norma Suprema entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, lo cual significa que comenzó a ser de aplicación exactamente cuarenta años antes de la reforma del artículo 3 de la LOREG mediante la Ley Orgánica 2/2018. Puede, por consiguiente, que nos encontremos ante un supuesto de inconstitucionalidad mantenido durante cuatro décadas sin erradicar.

2.1.1 El artículo 14: La Cláusula de Igualdad formal. Especial mención al artículo 12 CDPD.

No será objeto de este trabajo un profundo análisis de uno de los preceptos sobre los que más literatura académica ha recaído a lo largo del periodo democrático, sino que será suficiente el destacar las notas características más relevantes del mismo para finalmente entender cuál es su protagonismo en este estudio.

Hay que empezar aclarando que este derecho fundamental está referido a la igualdad concebida desde un punto de vista formal, es decir, la igualdad de todos ante la ley. No será por tanto, momento ahora de estudiar la vertiente material de este derecho (artículo 9.2 CE), la cual no obstante, será susceptible de su correspondiente análisis posteriormente. He decidido seguir este orden, ya que por ahora estamos intentado recopilar toda aquella norma que de manera anterior a la tardía LO 2/2018, ya reconociese en su mayor o menor medida, el derecho de sufragio activo de todas las personas con discapacidad. Es por ello, que lo que nos interesa en este momento es la legislación que habilita el reconocimiento formal del derecho de voto a estas personas[38].

Filosóficamente, tal y como expresa GÁLVEZ MONTES[39], este principio, se fundamenta en un plano ético, ya que el propio concepto de igualdad debe concebirse

[38] El análisis de la igualdad material (real y efectiva) del derecho de voto de las personas con discapacidad, solo tiene sentido, cuando este derecho ya les ha sido reconocido, no teniendo cabida su conocimiento para el estudio del porqué de la privación de este derecho durante tanto a tiempo a estas personas. Sin embargo, como en fecha de 5 de diciembre de 2018, se les reconoció finalmente el derecho de sufragio activo, se estudiará también en el presente trabajo qué medidas especiales hay que movilizar para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho de voto de manera real y efectiva.

[39] *Cfr*: Gálvez Montes, F.J. "artículo 14" en GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución,* Civitas, Madrid, 2001, págs. 272 y 273.

como condición jurídica del ideal humano. Es decir, la igualdad se sustenta en la semejanza que tiene que regir en el tratamiento de la dignidad humana de cada individuo, y por tanto en la paridad en cuanto a los derechos fundamentales respecto de todas las personas.

En referencia a la ubicación de esta cláusula de igualdad en la Constitución Española, merece la pena hacer una breve mención, debido a su especial particularidad respecto a los demás derechos y libertades públicas. Esta peculiaridad espacial consiste en que el artículo 14 se encuentra en el Capítulo II del Título I de la Norma Suprema, pero no en la Sección Primera en la que se hallan los demás derechos fundamentales. ¿Qué significa esto? En mi opinión, esta estratégica colocación en el cuerpo constitucional, se debe a que este artículo se proyecta como un precepto transversal a todos los demás, una suerte de condición de obligatoria para los legisladores que ya no solo desarrollen cada uno de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 15 a 29, sino además para cualquier otro derecho de nuestro Ordenamiento Jurídico. En nuestro caso, es el artículo 23.1, el que deberá de ser aplicado conforme a esta cláusula de igualdad, que como hemos dicho, se erige como denominador común a toda norma que desarrolle un derecho fundamental.

Entrando a conocer su contenido, se hace necesario primeramente transcribirlo. Así, el artículo 14: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Como se puede interpretar, este artículo 14 posee dos partes diferenciadas pero que se complementan entre sí: en primer lugar, una declaración general de igualdad ante la ley que se muestra como mandato hacia los poderes públicos "Los españoles son iguales ante la ley" y en segundo lugar, la prohibición de discriminación por diferentes razones "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Respecto a la primera de las partes, el concepto de igualdad ante la ley se asocia a la idea de que personas, empresas o incluso productos, se someten igualitariamente al ordenamiento jurídico teniendo todos igual derecho a recibir la protección de los derechos

en él regulados[40]. Se trata al fin y al cabo de una cobertura que también debe alcanzar a la aplicación de la ley, no tratándose solo de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por parte de los poderes públicos se haga sin consideraciones personales y sin excepciones[41].

Este mandato del artículo 14 no es más que una limitación a la actuación de los organismos encargados de regular y aplicar el derecho, los cuales no van a poder tratar de manera diferente a personas que se encuentren en la misma situación. En palabras del Tribunal Constitucional: "a los supuestos de hecho iguales deben serle aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también"[42]. En esta misma línea: "el art. 14 de la CE establece el principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, que constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato"[43].

En relación a la segunda parte del artículo 14, debe acentuarse que nuestro legislador constituyente en vez de limitar el precepto a su primer inciso "los españoles son iguales ante la ley", decidió completarlo estableciendo la interdicción de discriminación por las razones expuestas en el artículo. Se trata de algún modo de reunir aquellas razones que por motivos estadísticos e históricos han resultado ser los campos donde más conflictos discriminatorios se han sucedido. Además, resulta interesante ya que posee una diferencia fundamental con respecto a la declaración general de igualdad de la primera parte del precepto y es que los destinatarios de este segundo inciso, ya no son solo los poderes públicos. La discriminación jurídica puede provenir tanto de los órganos estatales, autonómicos o locales (restricción de algún derecho a un determinado grupo social, imposición de cargas injustificadas a ciertas personas, concesión de privilegios únicamente a unos grupos sociales sin existir razones objetivas, etc...) como

---

[40] *Cfr.* ALZAGA VILLAMIL, O. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1997, pág. 260.

[41] *Ibid.*

[42] Fundamento Jurídico segundo STC nº 49/1982 de 14/7/1982.

[43] Fundamento Jurídico cuarto STC nº 8/1986, de 21/1/1986.

de cada uno de los individuos que conformamos el conjunto de la sociedad[44].

Una vez explicados los conceptos principales de este esencial precepto, debemos mencionar qué papel juega este en cuanto al derecho de voto de las personas con privación en el ejercicio de su capacidad. Para ello, volvemos a traer a colación la segunda parte del artículo 14, que dice así: "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

Con esta segunda parte, la posición constitucional y jurídica del derecho fundamental a la participación política de las personas con la capacidad modificada judicialmente, se ve reforzada con esta prohibición de discriminación, ya que aunque la discapacidad no aparezca expresamente mencionada como una de las razones del artículo 14 por las que no puede prevalecer discriminación, al contener este precepto una cláusula final genérica, la lista de razones contenida en él, debe ser considerada *numerus apertus.* Consecuentemente, es incompatible también con este precepto cualquier desigualdad de trato por razón de discapacidad tal y como era la facultad que se otorgaba a los jueces antes de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de privar del derecho de voto a las personas con la capacidad modificada judicialmente[45].

Con respecto a este carácter abierto de la Cláusula de Igualdad, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, sirviendo de ejemplo de todas ellas la STC 62/2008, de 26 de mayo, en cuyo Fundamento jurídico quinto, párrafo segundo, establece: "[...] Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el artículo 14 CE una intención tipificadora cerrada". Además, en este mismo Fundamento Jurídico, cita el tribunal tres Sentencias adicionales[46] del propio Tribunal Constitucional que defienden la misma idea, mostrándose de esta manera una consolidada doctrina

---

[44] *Cfr.* Gálvez Montes, F.J "artículo 14" en GARRIDO FALLA, F. *Comentarios*..., op. cit., pág. 277.

[45] *Cfr.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. "Derechos fundamentales y discapacidad", en *Colección Convención ONU,* nº 14, Ediciones Cinca, 2015, pág. 31.

[46] STC 75/1983, de 3/8/1983, Fundamento Jurídico tercero; STC 31/1984, de 7/3/1984, Fundamento Jurídico décimo; STC 37/2004, de 11/3/2004, Fundamento Jurídico tercero.

constitucional respecto a este asunto.

Analizado el principio de igualdad de nuestra Constitución, es pertinente mencionar el homólogo a este recogido en la CDPD. Podríamos haberlo estudiado en el apartado de normativa internacional, sin embargo y a meros efectos organizativos, me parece más oportuno examinarlo en este punto una vez visto el artículo 14 CE.

El principio de igualdad en la CDPD se encuentra en su artículo 12, interesándonos ahora únicamente sus tres primeros puntos. Dicen así:

"1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partas al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3[47]. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

Este precepto integra una de las regulaciones más innovadoras por parte de la CDPD, planteando un escenario civil bastante diferente al que existe en la mayoría de Estados occidentales y en concreto en España[48]. Tal y como se puede deducir de los puntos 2 y 3, se obliga al legislador español a reconocer que todas las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo, poseen capacidad para la realización de los diferentes actos jurídicos que se regulen en el ordenamiento español y a entablar aquellos medios que sean necesarios para el apoyo que precisen estas personas a la hora de realizar dichos actos. La consecuencia principal y fundamental de ambos mandatos, es la supresión del estado civil de incapacitación y de las instituciones

[47] Este precepto es un claro ejemplo de redacción imprecisa y poco clara que no será de aplicación directa ya que como bien se desprende de su literalidad va a necesitar de una ley estatal de desarrollo que concrete qué medidas pertinentes adoptar. Recuérdese en este sentido el artículo 30.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (*supra*).

[48] *Cfr.* Recover Balboa, T. "Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en GARCÍA GARNICA, M.C (ed.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 22 y 23.

de la tutela y curatela, siendo estas dos últimas ya innecesarias al optar esta CDPD por un sistema que se alza incompatible con toda representación que implique la sustitución de la persona con la capacidad modificada judicialmente, en la adopción de decisiones patrimoniales o incluso personales donde su voluntad es un factor inexistente[49].

Es importante detallar a efectos de evitar confusiones, que al hablar este artículo de "capacidad jurídica", engloba en la misma el significado de lo que en nuestro derecho entendemos como capacidad de obrar[50]. Esto se puede deducir de esta manera, ya que además de no existir mención alguna a la capacidad de obrar, el punto 3 *in fine* del artículo 12 expresa el propio concepto de esta última, confirmando de este modo, la equiparación y rechazo de diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar "[...] en el ejercicio de su capacidad jurídica". Por ello, esta regulación supone una innovación revolucionaria sin precedentes.

Para comprender mejor lo que acabamos de decir, no es de más atender a los conceptos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar respectivamente. La primera de ellas, es definida por DÍEZ-PICAZO como "la aptitud o idoneidad para ser titulares de derechos y obligaciones. Toda persona por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica, en tal sentido, es un atributo o cualidad esencial de ella, reflejo de su dignidad"[51]. Respecto a la capacidad de obrar DÍEZ-PICAZO la describe como "la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos"[52].

Con lo cual, mediante este artículo 12 que hace unitaria la capacidad existiendo solo la jurídica, se consigue que esta, ya no solo signifique la mera titularidad de derechos

---

[49] Se opta en palabras de Martínez-Pujalte, por una "provisión de apoyos para la toma de decisiones por las personas con discapacidad", sustituyéndose así por mandato del punto tercero del artículo 12 a las formas de tutela y curatela tradicionales.

[50] Cfr. BARIFFI, F.J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad,* Cinca, Madrid, 2014, págs. 301 a 306.

[51] DÍEZ-PICAZO L., GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema*... op. cit. Pág. 202.

[52] *Ibid.*

y obligaciones, sino también el ejercicio y la asunción de los mismos y mismas. De esta manera y uniendo esta teoría con la literalidad del punto segundo del precepto, queda prohibido por parte de la CDPD privar a toda persona con discapacidad de su capacidad jurídica (o de su capacidad de obrar, en alusión a la terminología utilizada aún hoy día en el derecho español).

En resumen, y aplicando lo visto en los párrafos anteriores a la privación del derecho de voto sufrida hasta 2018 por las personas con la capacidad modificada judicialmente (incapacidad), cabe concluir, que nos encontramos ante un argumento más, a favor de la incompatibilidad del artículo 3 de la LOREG con nuestro ordenamiento interno[53], en este caso con el artículo 12 de la CDPD, el cual al suponer la derogación del estado civil de la incapacitación, su aplicación sería absolutamente contraria al contenido del citado precepto electoral.

2.1.2 El artículo 23.1: El Derecho Fundamental de sufragio activo.

A lo largo de este trabajo, hemos hablado del derecho de participación política, del derecho de sufragio activo, del derecho de voto, etc..., pero en ningún momento nos hemos parado a conocer qué es realmente este derecho, qué significado posee, qué trascendencia supone. Es cierto, que su propio nombre ya nos ayuda lo suficiente como para averiguar de qué se trata, sin embargo, es necesario dejar de lado el concepto social que se puede deducir, y de manera breve introducirnos en el concepto jurídico de este derecho elevado al rango de fundamental e integrado en el artículo 23.1 de la Norma Suprema.

Comenzando el estudio de este precepto, este recoge tres derechos que se pueden calificar de autónomos[54]: el derecho de participación política (directa y representativa), el derecho de sufragio pasivo y el derecho de acceso a la función pública de acuerdo a los principios de mérito y capacidad recogidos en el artículo 103.3 de la Constitución. De esta primera división estructural, se puede realizar una nueva en relación al derecho de sufragio, resultado una vertiente activa (art. 23.1) y otra pasiva (art. 23.2).

---

[53] Recordar que la CDPD forma parte del derecho español desde el 21 de abril de 2008 (publicación del Tratado en el BOE) tal y como establecen los artículos 96 CE y 1.5 CC, *supra*.

[54] *Cfr.* TURNES VILLANUEVA, A. *Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales,* Andavira, Santiago de Compostela, 2017, pág. 364.

Con relación al conflicto que estamos tratando, nos interesa particularmente, el derecho de sufragio en su modalidad activa, es decir, nos interesa el análisis del punto primero del artículo 23: "Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal"[55]. Como se desprende de su literalidad, este artículo integra las dos formas tradicionales de participación: la directa y la representativa.

La participación directa, más conocida como democracia directa, está haciendo referencia a la que se podría calificar de verdadera democracia, ya que al contrario de la representativa, los ciudadanos ejercen su soberanía de manera directa sin la participación de intermediarios representativos. Como manifestaciones de esta real democracia en nuestra Constitución, se encuentran el referéndum (referéndum consultivo, art. 92.1 CE; referéndum de ratificación de las reformas sobre los Estatutos de Autonomía, art. 147 CE; referéndum en caso de reforma constitucional, art. 167 y 168 CE; el caso de los Ayuntamientos gobernados en régimen de concejo abierto, art. 140 *in fine* CE)[56] y la iniciativa legislativa popular (art. 87.3, desarrollado mediante la Ley Orgánica 3/1984 de 26 de marzo).

En cuanto a la participación representativa, mal llamada "democracia" representativa, se proyecta en el derecho de voto de los ciudadanos en las elecciones que finalmente designan a los representantes políticos, conformándose así en palabras del Tribunal Constitucional: "manifestaciones de la soberanía popular"[57]. Estas elecciones a las que hago referencia se concretan en la práctica, en las elecciones al Parlamento Europeo, a las Cortes Generales, autonómicas y locales[58].

---

[55] La ubicación del artículo 23.1 en la Constitución Española, resulta de especial interés, ya que al pertenecer al intervalo de preceptos 15-29, convierte al derecho de participación política en derecho fundamental y consecuentemente como derecho público subjetivo susceptible del procedimiento preferente y sumario y en última instancia de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (53.2 CE).

[56] *Cfr.* DÍEZ PICAZO, L.M. *Sistema de derechos fundamentales,* Thomson Reuters, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 381.

[57] STC nº 212/1993, de 28 de junio.

[58] Debe diferenciarse que al contrario del sufragio directo que impera para la elección de los Ayuntamientos (art. 140 CE), en la elección de las diputaciones provinciales rige el sufragio indirecto (art. 141 CE).

Analizado el artículo 23.1 esquemáticamente, continuamos conociendo un poco más sobre este fundamental derecho íntimamente ligado con la propia dignidad humana. En concreto es pertinente añadir que este precepto debe relacionarse con los artículos 1.1[59] y 1.2[60] de la CE, en cuanto encarna el derecho de participación política pilar en todo Estado Social y democrático de Derecho, siendo la forma mediante la que los ciudadanos puedan ejercer la soberanía, la cual les pertenece[61]. Parece por tanto, que el derecho de sufragio activo, es un derecho de todo ciudadano así reconocido de manera patente por la Constitución, dejando atrás toda idea que relacione el sufragio como una función en donde se requiriese capacidad para su ejercicio.

Como punto de cierre, se hace importante recordar lo comentado al estudiar el artículo 14 CE, en lo referente a su ubicación. Dije, que este precepto se encuentra colocado en el Capítulo II, pero no integrándose en ninguna de sus secciones y que por ello, debe ser interpretado como una cláusula general aplicable de manera estricta a cada uno de los derechos y libertades ahí reconocidos. Esto aborda al derecho de sufragio activo, que al ser derecho fundamental de la Sección Primera del Capítulo Segundo, debe exigirse incluso con mayor rigidez su aplicación igualitaria. Como vemos, la privación hasta diciembre de 2018 del derecho de voto a las personas con la capacidad modificada judicialmente, va adquiriendo cada vez más y más argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales que la cuestionan con firmeza y rotundidad.

2.2 Otras disposiciones nacionales de adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

A partir de la entrada en vigor de la CDPD el 3 de mayo de 2008, España como Estado parte debería de haber emprendido iniciativas legislativas suficientemente sólidas con fin a acomodar el ordenamiento jurídico español a las imperativas internacionales del Tratado. No obstante, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo que desde 2008 han constituido las Cámaras, no han dirigido sus políticas en esa labor. Aun así, es cierto, que se han venido aprobado ciertas normas de ajuste, que a continuación analizaremos,

[59] Art. 1.1 CE: "España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

[60] Art. 1.2 CE: "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado".

[61] *Cfr*: VILLANUEVA TURNES, A. *Derechos fundamentales...* op. Cit, pág. 365.

para ir engranando las exigencias internacionales con el Derecho español, aunque en todo caso con una exaltada timidez e insuficientes con respecto al conjunto del articulado de derechos que reconoce la CDPD[62].

2.2.1 La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Razones principalmente de seguridad jurídica y de coherencia con lo ratificado años atrás, hicieron que el 1 de agosto de 2011 se aprobase la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la CDPD junto a su complementario Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre. El texto de estas normas jurídicas, no tuvo entre sus objetivos la modificación del artículo 3 de la LOREG, por lo que no dedicaremos mucho a tiempo a una legislación de acomodo débil y que parece haber perseguido un fin más electoralista que de compromiso real social.

La caracterizamos de esta forma ya que entre otros aspectos, lo único que hacen estas disposiciones legales (Ley 26/2011 y RD 1276/2011), es reformar leyes ordinarias, no orgánicas y reales decretos, quedando por tanto fuera de su objeto la regulación y modificación de Derechos Humanos con rango fundamental de nuestra Constitución (la mayoría de los derechos que reconoce la CDPD), los cuales por imperativo constitucional solo pueden ser abordados por Leyes Orgánicas.

El Real Decreto 1276/2011 reformó en concreto otros once reales decretos que estaban directa o indirectamente relacionados con derechos de las personas con discapacidad. Por su parte, la Ley 26/2011, modificó exactamente diecinueve leyes ordinarias de muy variado contenido, abordando desde la Ley 41/2002 de autonomía del paciente pasando por la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, hasta la Ley 49/1960 sobre Propiedad Horizontal, aunque todas ellas reformas de escasa entidad. Destacan como normas reformadas por la Ley 26/2011, por encima de las demás, la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 49/2007 de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación

[62] *Cfr*: Cayo Pérez, L. "La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España: La agenda legislativa pendiente una década después" en CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coor.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia,* Cinca, Madrid, 2016, pág 302.

y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siendo precisamente todas ellas derogadas a causa de su refundición por medio del Real Decreto Legislativo 1/2013 que seguidamente vemos.

2.2.2 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Así decía la Disposición Final segunda de la Ley 16/2011: "El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad".

Con la legitimación de este mandato refundidor, se aprobó finalmente este Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Este segundo intento de ajustar el ordenamiento jurídico español a la CDPD resulta de mayor interés que la anterior norma, ya que aunque su propia naturaleza como norma jurídica presenta limitaciones en cuanto a la innovación legislativa se refiere, recoge entre su contenido el derecho de voto las personas con discapacidad. La propia naturaleza de esta norma con rango de ley, nos indica su limitado margen de actuación, ya que únicamente puede aclarar, regularizar y armonizar aquellos actos jurídicos que se encarga de unificar en un solo texto, pero a pesar de ello, y como comparte la mayoría de la doctrina, este Real Decreto Legislativo ha conseguido impulsar con mayor intensidad que la Ley 26/2011, los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por la CDPD[63].

Este Texto Refundido que contó además en su proceso de elaboración, con la participación de asociaciones de discapacidad, aumenta su importancia en este trabajo, ya

[63] *Vid.* análisis de DE LORENZO GARCÍA, R. "Concepto y alcance de la refundición de textos legislativos. El mandato de refundición en el caso del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre" en ARENAS ESCRIBANO, F., CABRA DE LUNA, M.A. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, La Ley, Madrid, 2015, págs. 21 a 71.

que en su artículo 53 se encarga de reconocer el derecho de participación política de las personas con discapacidad de la siguiente manera: "Las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen".

Con esta redacción, debemos pararnos un momento y analizar cuál ha sido la evolución legislativa en relación con el derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad. Esto se debe a que como venimos comentando desde el principio de este trabajo, es desde el 5 de diciembre cuando se permite a todas las personas con discapacidad incluyendo aquellas con la capacidad modificada judicialmente, ejercer su derecho de voto. Sin embargo, desde finales de 2013, está en vigor este Texto Refundido, junto con su artículo 53 que en teoría es opuesto a lo establecido por el artículo 3 de la LOREG (el cual desde 2013 hasta 2018 estuvo aplicándose). De esta aparente contradicción, cabe suscribir tres formulaciones diferentes.

Una primera teoría sobre esta incompatibilidad[64], sería la consiste en que al tratarse el artículo 53 de un precepto perteneciente al articulado de un Real Decreto, se encuentra en consecuencia, en menor grado de jerarquía que un artículo de una Ley Orgánica y por ello, no ha sido de aplicación su contenido. No obstante, si ello fuera así, resultaría desde el punto de vista de la técnica legislativa una absoluta incoherencia y negligencia, aprobar una norma posterior en el tiempo a la LOREG (2013 con 1985) que contradiga a un precepto suyo y no aprobar a su vez una disposición que derogue en este caso al artículo 3 de la LOREG (norma anterior), originando una situación de indefensión e inseguridad jurídica.

Otra forma de contemplar este conflicto, es defender que cuando el artículo 53 del RDL 1/2013, hace referencia a "las personas con discapacidad", debe interpretarse a este grupo de personas como aquellas que únicamente poseen discapacidad, pero no la

[64]Desde la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013 (4 de diciembre de 2013) hasta la derogación de las letras b) y c) del artículo 3 de la LOREG por medio de la LO 2/2018 (5 de diciembre de 2018), han existido dos normas nacionales vigentes (art. 53 del RDL 1/2013 y art. 3 LOREG) que se contradicen entre sí.

capacidad modificada judicialmente, lo que llevaría a este precepto a ser compatible con la facultad de privar del artículo 3 de la LOREG. Esta interpretación sin embargo, se hace insostenible, ya que como bien se comentó al principio de este trabajo, toda persona con discapacidad no tiene por qué tener la capacidad modificada judicialmente, pero aquellas cuya capacidad sí ha sido modificada judicialmente por cumplir con los requisitos del artículo 200 del Código Civil, generalmente son personas con discapacidad. Por ello, cuando las normas establecen derechos a las personas con discapacidad, debe entenderse a todas ellas, sin excepción alguna. Además, debe añadirse, que la duda sobre la amplitud del propio concepto de discapacidad, ya se ha encargado de resolverla el legislador español en favor de la cobertura a las personas declaradas incapaces. Analizaremos con mayor profundidad esta cuestión en el Capítulo VII[65]. Por todo ello, no parece sostenible esta postura.

Una última teoría sobre la incompatibilidad que ha regido sobre los artículos 53 del RDL 1/2013 y 3 de la LOREG, tiene de nuevo por objeto la interpretación del primero de ellos. La primera parte del artículo, dice así: "Las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos *conforme a la normativa en vigor*". Esas últimas palabras referentes a "conforme a la normativa en vigor" abren dos frentes interpretativos sobre cuál fue la voluntad del legislador a la hora de redactar el precepto.

Primeramente, se puede optar por concebir esta frase como referencia a la normativa en vigor en relación al funcionamiento de los procesos electorales y las disposiciones que salvaguardan la igualdad participativa en la vida política. Como vemos, esta interpretación haría que el precepto siguiese siendo incompatible con el artículo 3 de la LOREG. Sin embargo, una segunda forma de considerar la frase "conforme a la normativa en vigor", podría ser la de concebir a esta como un mandato a Jueces y Tribunales consistente en atender lo establecido por las demás normas que estuvieran siendo de aplicación en ese momento, y consecuentemente hacer compatible el contenido de este artículo 53 con las normas en vigor. Ello justificaría desde el punto de vista

[65]Como veremos en el Capítulo VII, la propia LO 2/2018 integra en su Preámbulo a efectos de justificar la modificación del artículo 3 de la LOREG, normativa internacional y la recomendación a España del Comité del CDPD, en donde se deja claro que cuando se habla de "personas con discapacidad" se está haciendo referencia también a aquellas personas que con discapacidad tengan la capacidad modificada judicialmente.

legislativo, la aparente incompatibilidad entre este precepto y el artículo 3 de la LOREG, ya que la privación de este último, seguiría prevaleciendo sobre el derecho de participación política reconocido en el artículo 53, por precisamente esto: "conforme a la normativa en vigor".

En todo caso y al margen de las teorías expuestas, el artículo 53 del RDL 1/2013, no sirvió para revertir la situación antidemocrática a la que han estado sometidas las personas con capacidad modificada judicialmente. El motivo en concreto es dudoso e indeterminado creando de esta manera una suerte de incoherencias y frustraciones que deberán de esperar hasta 2018 para ser disipadas al completo.

IV. EL COMITÉ INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La CDPD, supone un punto de inflexión marcándose un antes y un después en el reconocimiento normativo de derechos a toda persona con discapacidad. Se consigue dejar atrás el trato paternalista mediante instituciones como la tutela o la curatela, para dar paso a un sistema incentivador de la autonomía individual, basado en un modelo de apoyo en vez de un modelo de sustitución de la misma[66].

Para que se pueda llegar a implantar esta nueva forma de proceder en los diferentes Estados parte, se recogió en el articulado de la Convención, una serie de mecanismos de seguimiento en el cumplimiento de los diversos mandatos que integra la CDPD. El que destaca por excelencia, es el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad[67], el cual como vamos a ver en las líneas que siguen, posee dos funciones claramente diferenciadas entre sí, pero con el denominador común siempre de proteger y amparar los derechos de las personas con discapacidad.

De hecho, del ejercicio por parte del Comité de una de sus principales competencias, nace la Recomendación CRPD/C/ESP/CO/1 realizada por parte de este órgano en su 62.ª sesión de 23 de septiembre de 2011, a España, sobre la cual

[66] *Vid*. art. 12.2 y 12.3 CDPD.

[67] *Vid.* art. 34 CDPD.

analizaremos sus puntos 47 y 48 dedicados a la participación en la vida política y publica de las personas con discapacidad en nuestro país. Adelanto que las conclusiones de dicha Recomendación, fueron negativas, convirtiéndose este acto en un elemento más para criticar al Poder Legislativo español su tardanza en la modificación del privativo artículo 3 de la LOREG.

1. Funciones del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad.

1.1 Emisión de informes.

La primera de las funciones del Comité, se encuentra reflejada en los artículos 34 a 39 de la CDPD, en contraste con la segunda de sus competencias regulada por el Protocolo Facultativo a la Convención sobre las personas con discapacidad. Sobre la base de la cooperación entre los Estados Parte y el Comité[68] y las directrices dictadas por este último[69], se obliga a los Estados (entre los que se incluye España) a presentar cada cuatro años un informe exhaustivo con las medidas que se hayan ido adoptando en el país, con el objetivo de cumplir las obligaciones así impuestas por el texto de la Convención[70]. Con la recepción de estos informes por parte del Comité, este los analiza y seguidamente realiza las sugerencia y recomendaciones que estima oportunas, remitiéndoselas a los Estados parte[71].

Posiblemente, la mayor desventaja de estos actos dictados por el Comité hacia los Estados, es la fragilidad jurídica de su naturaleza, ya que no poseen carácter vinculante, ubicándose de esta manera en la esfera del *soft law.* Así, expresiones tales como "se recomendará a los Estados[...]"; se "invitará a los Estados[...]"; "se planteará a los Estados[...]", muestran que las recomendaciones dictadas por el Comité poseen más bien un carácter finalista moral, que jurídico y es por ello de su cumplimiento tardío o incumplimiento en la mayoría de los casos.

1.2 Resolución de quejas provenientes de ciudadanos de los Estados Parte.

Esta segunda función no viene prevista en el cuerpo principal de la CDPD, sino

[68] *Vid.* art. 37 CDPD.
[69] *Vid.* art. 35.3 CDPD.
[70] *Vid.* art. 35.1 y 35.2 CDPD.
[71] *Vid.* art. 36 CDPD.

en su Protocolo Facultativo que como se comentó en su momento, no hace falta que sea firmado por los Estados Parte de la Convención, sino que posee carácter voluntario. España por ejemplo, sí forma parte de este protocolo.

El comité tiene, a tenor de los artículos 1 a 7 del Protocolo, competencia para recepcionar y considerar las comunicaciones presentadas por los ciudadanos de los Estados parte sujetos a su jurisdicción, que ante la vulneración de los derechos reconocidos en la CDPD por parte de su Estado, deciden denunciar los actos transgresores[72]. Es decir, funciona como si de un Tribunal de última instancia se tratase, pero sin serlo, ya que tal y como se desprende de la literalidad del articulado, el poder de inmersión del Comité en las políticas de los Estados Parte es prácticamente nulo[73]. Al hablarse de "comunicación", podemos observar el ínfimo valor jurídico en comparación por ejemplo con los recursos ante los tribunales.

Una vez recibida la comunicación, y cumplidos los requisitos de forma del artículo 2, el Comité pondrá en conocimiento del Estado parte esta denuncia, con el fin de que este último presente en el plazo de seis meses un escrito motivando el porqué de la vulneración, indicando en su caso las medidas de corrección llevadas a cabo.

2. La Recomendación CRPD/C/ESP/CO/1 de 2011 del Comité a España.

Tras la presentación de informe por parte del Estado español en el año 2011, el Comité procedió a examinarlo en sus sesiones 56ª y 57ª[74] celebradas el 20 de septiembre de 2011. Apenas tres días después, aprobó las observaciones y recomendaciones finales en su 62ª sesión. De los 56 puntos que conforman la Recomendación CRPD/C/ESP/CO/1, son de interés el 47 y 48 referidos a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad en España (art. 29 de la CDPD). Pasamos a transcribirlos para posteriormente analizar su contenido, que sin duda es de relevante interés:

«47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas

[72] *Vid.* art. 1 del Protocolo Facultativo.

[73] Expresiones tales como "se hará llegar sus sugerencias" o "el Comité podrá invitar", hace que al igual que las recomendaciones destinadas a los Estados Parte, su valor jurídico sea prácticamente intrascendente.

[74] *Vid.* CRPD/C/6/SR.3 y SR 4.

con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta 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. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales».

Aunque esta Recomendación es de 2011, y la Ley Orgánica 2/2018 que modifica la LOREG es de 2018, esta última, menciona en su Preámbulo los puntos 47 y 48, como elemento fundamental por el cual el Estado español decide derogar el privativo artículo 3 de la LOREG. Por ello, aunque llega con retraso su reconocimiento, cobra una importancia notoria esta Recomendación, la cual, llega a ser escuchada siete años después.

Cuatro son los aspectos que merecen ser resaltados de esta sugerencia del Comité: la aclaración del concepto normativo de discapacidad; la capacidad jurídica como única categoría; la crítica a los jueces; y el carácter programático contrastado con la imperatividad.

Respecto al primero de los elementos, debe destacarse ciertas afirmaciones con las que el Comité, muestra su postura favorable a englobar dentro de las personas con discapacidad a aquellas personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente. Así el texto: “preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho de 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"[75]; "el comité observa con preocupación el número de *personas con discapacidad* a las que se ha denegado el derecho de voto"; "la modificación debe hacer que *todas las personas con discapacidad* tengan derecho a votar".

Es decir, el Comité integra de manera tácita a las personas con la capacidad modificada judicialmente, en las personas con discapacidad. Se disipa así, todo escenario que pudiera llevar a concluir, que el reconocimiento que hace la CDPD a "las personas con discapacidad" de los derechos de participación política en igualdad de condiciones con las demás personas, excluye a las personas con la capacidad modificada judicialmente.

El segundo de los aspectos destacables de esta Recomendación, es la confirmación de lo que vimos al explicar el artículo 12 de la CDPD, en referencia a la inclusión dentro del concepto de capacidad jurídica de la capacidad de obrar, no realizando de esta manera, distinción entre ambas capacidades, sino estableciendo una única capacidad, la jurídica. Así el texto: "[...] si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica[...]"; "independientemente[...] de su condición jurídica[...]".

Con ello, se está afirmando que la capacidad jurídica ya no solo implica la titularidad del derecho de sufragio activo, sino también el ejercicio del mismo. Consecuentemente, en España no se va a poder a partir de 2018, privar a nadie del derecho de voto por razones de capacidad, ya que la capacidad jurídica pertenece a toda persona por el mero hecho de serlo, siendo por tanto esta cualidad esencial reflejo de la dignidad de la persona.

Un tercer pilar de esta sugerencia internacional del Comité original de la CDPD, es el reproche no expreso, pero sí deducible respecto la actuación judicial a causa la masiva privación del derecho de sufragio a personas cuya capacidad ha sido modificada por estos. Se expresa en este sentido: "le inquieta (al Comité) además que la privación de ese derecho parezca ser regla y no la excepción". Y además luego añade una lapidaria y

[75] Se puede observar cómo aquí el comité está haciendo referencia claramente a los apartados b) y c) del derogado artículo 3 de la LOREG que se referían a los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme y a los internados en un hospital psiquiátrico.

contundente crítica contra el conjunto del Poder Judicial: "el comité lamenta 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".

El Comité acusa a Jueces y Tribunales de lo que se podría denominar como una "cláusula de estilo" utilizada en diversas sentencias de incapacitación privativas del derecho de sufragio activo, pero sin aportar los fundamentos suficientemente sólidos y contrastados que en teoría se necesitaría para suprimir de los derechos de una persona a uno de los más fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico[76]. Esta actitud judicial reincidente, tal y como muestra la jurisprudencia, se analizará con mayor detalle en el próximo Capítulo, en donde profundizaremos sobre las tendencias jurisprudenciales hacia la privación de la persona con la capacidad modificada.

Como último elemento a subrayar de esta Recomendación, aparece el contraste entre la tradicional debilidad obligacional de lo indicado por parte del Comité y la imperatividad no tan habitual pero sí efectivamente utilizada en esta Recomendación dirigida a España. La fragilidad, se muestra en partes como: "el Comité *recomienda* que se revise toda la legislación pertinente[...]". Por contra, el aire de obligatoriedad, se puede contemplar hasta en dos ocasiones: "el Comité *pide* al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985[...]" y "la modificación *debe hacer* que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar".

En todo caso, y concluyendo este tercer Capítulo, la reforma del artículo 3 de la LOREG, finalmente se llevó a cabo, sin embargo, el problema radica en la tardanza de la misma ante las numerosas manifestaciones legales, doctrinales, sociales y hasta orgánicas mediante el Comité de la CDPD considerablemente anteriores a 2018, que se han encargado de promocionar y declarar el derecho de todas las personas con discapacidad sin exclusión alguna, a votar en las elecciones municipales, autonómicas, estatales o europeas.

[76] En este sentido, la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado: "una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona, de suerte que aun cuando haya sido modificada la capacidad, el afectado puede conservar su derecho de sufragio, salvo que se le prive motivada y expresamente de este derecho".

V. LA BIPOLARIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Desde 1978 con la aprobación de la Constitución Española, el Poder Judicial ha venido experimentando un aumento progresivo de su relevancia, el cual, con la legitimación constitucional que se le confiere, ha contado y cuenta con suficiente legitimidad legal. De esta forma, la función judicial no debe concebirse como el deber de ser una boca muda que sólo pronuncia las palabras de la ley (idea defendida por Charles-Louis de Secondat, más conocido como Montesquieu), sino que tiene que ser interpretada como la aplicación creativa y adaptativa del ordenamiento jurídico a las nuevas circunstancias de la realidad social y económica[77], no significando ello que el subjetivismo judicial sea personal o arbitrario[78].

Además, esta labor de Jueces y Tribunales debe siempre desempeñarse bajo las premisas de la obligación de control de la que son responsables, la cual también puede llegar a calificarse de prerrogativa, ya que serán estos los que se encarguen no solo de defender y proteger los derechos y libertades individuales, sino también de vigilar que los poderes públicos los aplican de manera material, evitando así el reconocimiento meramente formal[79].

Por todo esto, no se puede excluir al Poder Judicial de la negligencia que junto a los otros dos Poderes ha cometido, con la sistemática privación de un derecho fundamental así reconocido por nuestra Norma Suprema. Un inadecuado proceder del que por fortuna, no todos los Tribunales son partícipes, mostrándose de esta manera una discordante jurisprudencia generadora de una considerable inseguridad jurídica sobre este conflicto.

Es por ello, que se hace interesante en este Capítulo, relacionar unos cuantos ejemplos de sentencias Provinciales y del Tribunal Supremo que en fecha anterior a la aprobación de la LO 2/2018, han interpretado de manera restrictiva la privación del

---

[77] *Vid.* art. 3.1 Código Civil.

[78] *Cfr.* SALA SÁNCHEZ, P. "El Gobierno del Poder Judicial", en *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978, Consejo General del Poder Judicial,* Madrid, 2003, pág. 224.

[79] *Infra* Capítulo VII.

artículo 3 de la LOREG, excluyendo la facultad de restringir el derecho de voto a cualquier persona por razones de capacidad. Por último, y en contraste a lo primero, nos adentraremos en uno de los casos más mediáticos sobre esta problemática, convirtiéndose en antecedente notorio de la LO 2/2018 y cuyo estudio se prolongará hasta el capítulo próximo.

1. Sentencias en contra de la privación del derecho de sufragio.

1.1 Audiencia Provincial.

La segunda instancia recoge diversas resoluciones judiciales que optaron por oponerse a la aplicación mecánica del artículo 3 de la LOREG vigente hasta 2018, abogando por vaciar prácticamente de contenido a este precepto, por medio de la invocación de normativa internacional aplicable en nuestro país (primordialmente el artículo 12 y 29 de la CDPD) y de la interpretación restrictiva de un precepto contrario a los artículos 14 y 23.1 de la Constitución Española.

Las resoluciones de las que vamos a extraer interesantes argumentos jurídicos, son cuatro[80]: Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, nº 257/2012, de 24 de octubre de 2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 183/2014, de 13 de marzo de 2014; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 165/2015, de 5 de marzo de 2015; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 4 de noviembre de 2015. Es importante anotar, que la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2014 asentó una línea argumental, que posteriormente ha sido utilizada de manera continuada, llegándose en algunos casos a transcribir sus Fundamentos de Derecho de manera íntegra por parte de otras Audiencias Provinciales.

Son cinco las notas fundamentales que se desprenden de las citadas resoluciones: En primer lugar, y tratándose de un argumento reproducido por las cuatro sentencias, se encuentra la no necesidad de conocimientos políticos de una persona con discapacidad

[80] Todas ellas nacen del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de los correspondientes Juzgados de 1ª instancia, los cuales establecieron el estado civil de incapacitado sobre la persona. Los cuatro casos tratan de familiares que acuden al Juzgado de 1ª instancia pidiendo la incapacitación de su hermano o de su hija, pero que recurren la sentencia de incapacitación porque en ella a su vez se les ha privado del derecho de voto. Las familias suelen demandar la incapacitación para proteger así los derechos de la persona con discapacidad, aunque tal y como hemos visto el Comité nacido de la CDPD, aboga desde 2008, por cambiar este sistema de sustitución por uno de apoyo y complemento a la capacidad.

para poder ejercer el derecho de voto: "la Sentencia de instancia priva a la declarada incapaz del derecho de sufragio (en su doble vertiente) por el desconocimiento completo del sistema político español que presenta Doña ******, lo que entendido en un sentido literal no puede suponer la pérdida del derecho, pues lo esencial no es el conocimiento o no de nuestras bases constitucionales sino la capacidad para decidir, elegir u optar libremente y sin influencias externas en un determinado proceso electoral"[81].

En este mismo sentido: "el derecho de participación política, a través del ejercicio del derecho al voto no puede sufrir discriminación alguna por razón de enfermedad mental, ni puede un juez establecer un standard de exigibilidad de capacidades cognitivas o intelectivas superiores a las que sean predicables en cualquier ciudadano para impedir el ejercicio del derecho de voto.... No puede justificarse una limitación de este derecho con base en juicios sobre el desconocimiento, por parte del presunto incapaz, de las opciones políticas o por criterios sobre la irrazonabilidad en la elección de las opciones"[82]. También interesante esta afirmación que tendría sin duda que haberse tomado más en cuenta en conflictos de este tipo: "La disminución de las facultades cognitivas o volitivas no equivale a su ausencia"[83].

Todas estas alegaciones en defensa de la innecesaridad de probar conocimientos políticos como requisito previo al voto, radica en una simple razón, y es que el someter a examen a las personas con discapacidad intelectual supone una diferencia de trato sustancial con respecto al resto de personas que no poseen ninguna discapacidad, incumpliendo así el artículo 14 CE.

En segundo lugar, aunque alguna de las resoluciones no se termina decidiendo sobre la declaración incondicional del derecho de sufragio activo a las personas con la capacidad modificada judicialmente, sí se afirma que en todo caso, el artículo 3 de la LOREG (hoy ya derogado) debe ser interpretado de manera restrictiva y aplicarse únicamente en supuestos diáfanos de una incapacidad absoluta: "sólo razones muy

[81] Primer párrafo del Fundamento Jurídico tercero de la SAP de Ciudad Real nº 257/2012, de 24/10/2012.

[82] Cuarto párrafo del Fundamento Jurídico segundo de "legislación estatal" de la SAP de Barcelona nº 183/2014 de 13/3/2014.

[83] Quinto párrafo del Fundamento Jurídico tercero de "el resultado de las pruebas" de la SAP de Barcelona nº 165/2015 de 5/3/2015.

específicas, motivadas, justificadas en el interés del presunto incapaz o en razones de orden público pueden legitimar una limitación del derecho de sufragio activo... sólo cabe una declaración judicial expresa cuando en razón del alcance de la dolencia, se acredite que el demandado no puede ejercer ese derecho fundamental y personalísimo con efectos jurídicos, por ir en perjuicio del propio incapaz o cuando haya prueba directa y concluyente de que, en el determinado momento de la votación, el discapacitado estará privado de toda razón y de todo sentido"[84].

Consecuentemente, según estos extractos judiciales, para resolver a favor de la privación del derecho de sufragio activo, debería probarse que la persona adopta al momento de votar conductas irracionales constituyendo una amenaza al orden público electoral o que a la propia persona sobre la que recae sentencia de incapacitación le pueda causar un perjuicio el hecho de participar en unas elecciones. Como vemos, dos elementos muy complicados de demostrar y casi imposibles de materializarse con especial mención al segundo de ellos. Es por ello, que en caso de duda y salvando las extremas diferencias que existen entre ambos supuestos, se apuesta por una especie de principio *in dubio pro reo,* es decir, no se debe condenar a la privación del derecho de fundamental de sufragio activo si no existen pruebas lo suficientemente significantes para demostrar la inexistencia total de razón de estas personas en el momento de ejercer su derecho de voto. Después de la LO 2/2018, este ejercicio de interpretación, ya no se ha tenido que hacer al declararse el derecho de voto a toda persona con discapacidad sin excepción alguna.

En tercer lugar, y en un contexto parecido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 4 de noviembre de 2015: "únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso del derecho de sufragio de la persona con discapacidad, lo cual es incompatible con una mera consideración genérica o rutinaria". De igual manera, se expresa el segundo párrafo del Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de octubre de 2012, la cual a su vez cita lo establecido por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de 8 de junio de 2004: "la declaración de incapacidad no es óbice para el ejercicio de tales

[84] Cuarto y sexto párrafo del Fundamento Jurídico segundo de "la legislación estatal" de la SAP de Barcelona nº 183/2014 de 13/3/2014.

derechos fundamentales. Por tanto, se parte, como principio general, del derecho de toda persona discapacitada a participar en la vida política de un Estado[...] los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán de pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio, por lo que resulta evidente, a tenor del referido precepto legal (antiguo art. 3 LOREG), que la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la incapacidad, de suerte que es posible la incapacitación reservando al incapaz su derecho de sufragio, como se pretende en estos autos".

Se denuncia lo que algunos autores denominan como "cláusula de estilo", es decir, que los últimos años hasta finalmente el 5 de diciembre de 2018, el privar del derecho de voto en la sentencia de incapacitación de una persona, se convirtió en la tendencia habitual practicada por los jueces, los cuales, sin una motivación jurídica especial ni razones profundas alegadas, aplicaban directamente lo estipulado por el derogado artículo 3 de la LOREG.

Como cuarta nota fundamental a extraer de estas resoluciones, se encuentra el hecho de que al privar a estas personas del principal de los derechos de participación política, se les está indirectamente excluyendo de la sociedad, en contradicción al efecto que debe perseguir toda norma del ordenamiento dedicada a regular la situación de las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo. Así: "debiendo contemplarse dicha incapacidad con carácter restrictivo dada la importancia del derecho que se limita, que vendría a suponer, además, un retroceso en la necesaria integración social que se propugna respecto de las personas con deficiencias o disminuciones psíquicas"[85].

El último de los elementos a destacar, encaja exactamente en uno de los fines últimos de la CDPD encarnado en su artículo 12 y que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad se encargó de recordar a España[86]. Este es, la apuesta por la abolición del sistema de sustitución basado en las instituciones de la tutela y la curatela en favor de una nueva forma basada en el apoyo a la persona con discapacidad, incapaz de gobernarse a sí misma, huyendo así de todo mecanismo que implique desplazar la

[85] Primer párrafo del Fundamento Jurídico tercero de la SAP de Ciudad Real, nº 257/2012, de 24/11/2012.
[86] *Vid.* Recomendación CRPD/C/ESP/CO/1.

voluntad de la persona[87]. Sobre esta idea, se proyecta el párrafo segundo del Fundamento Jurídico tercero de la SAP de Ciudad Real nº 257/2012: "durante la vista se vino a decir que Doña ****** es fácilmente influenciable, pero no creemos que tal circunstancia obste al derecho de sufragio, pues ello es eludible mediante la procura de información asimilable y manejable (lo que a tenor de las normas internacionales citadas, corresponde a los poderes públicos), y su capacidad, aunque limitada, pueda procesarla y actuar en consecuencia".

1.2 La Sentencia del Tribunal Supremo nº 421/2013, de 24 de junio de 2013 y la doctrina jurisprudencial creada.

Se debe ser precavido a la hora de interpretar la palabra "jurisprudencia", siendo el contexto en el que se dice, fundamental para distinguir si efectivamente nos estamos refiriendo a un verdadero complemento de las fuentes del derecho recogidas en el artículo 1.6 del Código Civil, que sin ser fuente como tal, puede tenerse en cuenta a la hora de resolver conforme a derecho un conflicto[88]. Esta primera acepción de "jurisprudencia", debe diferenciarse del significado más generalista proporcionado por la RAE a esta palabra. Describe a esta como el "conjunto de sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen", añadiéndose: "criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes".

Existe jurisprudencia acorde a la literalidad del artículo 1.6 del CC, cuando, tal y como se viene defendiendo desde el segundo tercio del siglo XIX y recogiéndose con actualidad, en la Doctrina de la Fiscalía General del Estado[89], existen dos sentencias emanadas del Tribunal Supremo, que interpretan y resuelven una norma en un mismo sentido, no bastando por tanto para crear jurisprudencia, una única sentencia del Alto Tribunal, salvo supuestos excepcionales en donde exista sobre el asunto litigioso, una

[87] *Cfr.* Martínez-Pujarte, A.L "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 CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coor.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia,* Cinca, Madrid, 2016, pág. 163.

[88] Artículo 1.6 del Código Civil: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, *de modo reiterado*, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

[89] En Concreto en el punto 9.1 referido al "Recurso de Casación" de la Circular 1/2020, de 3 de enero, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil.

sentencia previa del Pleno o que se haya fijado doctrina por razón de interés casacional.

Pues bien, este conflicto que estamos analizando, contiene Jurisprudencia en todos los sentidos mencionados en el párrafo anterior, debido a la existencia de más de una sentencia del Supremo, argumentando en sus Fundamentos, con las mismas razones e interpretaciones que sentencias anteriores de este mismo Tribunal. En este sentido y tomando de base la STS nº 421/2013, de 24 de junio, debe resaltarse que ha servido de molde a resoluciones judiciales posteriores, llegando a dictarse sentencias del mismo rango, que directamente han transcrito lo ya establecido por esta pionera sentencia del Alto Tribunal en defender el derecho de voto de las personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente[90].

Explicada el apoyo jurisprudencial con el que cuentan los fundamentos de la STS nº 421/2013, damos paso a conocer los mismos, con el objetivo de seguir enriqueciendo los motivos por los que el derecho fundamental del artículo 23.1 CE no valora la capacidad de la persona para ser reconocido. Así, en su segundo y sexto punto del Fundamento Segundo, recoge una serie de notas esenciales para nuestro conocimiento. Primeramente, reafirma la atención que hay que dar a la CDPD que en su artículo 29 integra el pleno derecho de voto de toda persona con discapacidad: "lo que se cuestiona en este caso es de que manera se encuentra afectado don ****** para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y cómo puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York".

Seguidamente, incide en la importancia de estimular e incentivar la capacidad por muy reducida que sea, de estas personas, con el fin de que lleguen a ser más autónomas e independientes. Para ello, el Tribunal menciona la necesidad de articular mecanismos que apoyen a estas personas en búsqueda de la emancipación y la libertad. Si nos damos cuenta, defiende lo que ya estudiamos en el artículo 12 de la CDPD y en la Recomendación del Comité dirigida a España en 2011. Dice así exactamente: "como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permiten hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su

[90] Compárese el Fundamento Jurídico décimo de la STS nº 341/2014 de 1/7/2014, con el punto sexto del Fundamento Jurídico Tercero de la STS nº 421/2013 de 24/6/2013.

economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso"[91]. Además, añade en el párrafo siguiente: "lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12".

Por último, señala las consecuencias sociales de la privación del derecho respecto a estas personas, suponiendo la exclusión de las mismas de la participación con el conjunto de la sociedad y de poder expresar su opinión mediante la emisión del voto, abortando de esta manera toda esperanza de integración en la misma. Así califica el Alto Tribunal las repercusiones de esta prohibición: "evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención".

2. El Caso M.G.C[92]. La STS nº. 181/2016.

Todo hecho histórico, posee su propio periodo de gestación. Algunos de ellos duran días, otros meses, otros años, y en algunos casos como el que analizamos, décadas. Sin embargo, hasta la lucha más longeva se acaba decidiendo por detalles, por errores incluso de los que precisamente eran el obstáculo, fallos que hacen reflexionar a otros grupos de poder y que permiten poner en circulación los procesos necesarios para llegar al fin perseguido. Esto es exactamente lo que ha ocurrido con el derecho de voto de las personas con la capacidad modificada judicialmente.

El Caso M.G.C y su final resolución, sin duda alguna constituye el gran error

[91] En este sentido, también una parte del punto sexto del Fundamento Jurídico Segundo de esta misma Sentencia: "La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente".

[92] El nombre de la persona sobre la que recae sentencia de incapacitación, se ve cambiado al salto del conflicto de la jurisdicción ordinaria (hasta el Tribunal Supremo) a la jurisdicción constitucional. Haré uso de la abreviatura que en atención a una mejor protección de datos utiliza el Tribunal Constitucional.

jurisprudencial precursor del nacimiento de los fenómenos impulsores de la Ley Orgánica 2/2018. Con cima en el Auto 196/2016 del Tribunal Constitucional, de 28 de noviembre 2016, el litigio, tiene comienzo en el segundo semestre del año 2014, cuando los padres de M.G.C suplicaron al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santiago de Compostela, que estimara la demanda de incapacitación sobre su hija, con la consiguiente prórroga de la patria potestad, pero conservándole sus derechos personalísimos, en donde incluyeron el ejercicio del derecho de sufragio. El juzgado dictó Sentencia el 2 de septiembre de 2014 con Auto de aclaración el 7 de octubre de ese mismo año, declarando a M.G.C incapaz parcialmente de gobernarse a sí misma, rehabilitando la patria potestad ejercida por sus padres y privándola del derecho de sufragio activo.

Tras ello, se interpuso recurso de apelación frente a la citada Sentencia, el cual fue desestimado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña mediante Sentencia de 11 de marzo de 2015. No hizo más que confirmar lo fallado por el Juzgado de Primera Instancia en fecha de 2 de septiembre de 2014. Finalmente, se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo[93] alegando infracción legal por inaplicación del CDPD en relación con los artículos 14, 20, 23 y 96 de la CE.

Así, se presenta la STS nº 181/2016, de 17 de marzo. Una devastadora resolución, que yendo en contra de la doctrina asentada por el mismo tribunal en las Sentencias nº 421/2013 de 24 de junio de 2014 y nº 341/2014, de 1 de julio de 2014, volvió a desestimar el recurso sin levantar la privación del derecho de sufragio activo sobre M.G.C. En este contexto, pasamos a continuación a analizar los argumentos jurídicos utilizados por el Tribunal, encarnados en los tres bloques de Fundamentos con los que justifica su Fallo.

Resulta llamativo, la continua remisión que realiza el Tribunal respecto a la STS nº 421/2013, mencionando los principales argumentos utilizados por esta última precisamente para defender el derecho de las personas con discapacidad al voto[94]. Es decir, utiliza doctrina jurisprudencial favorable al derecho de sufragio de las personas con

[93] Con la admisión del recurso y su traslado al Ministerio Fiscal, este último, presentó escrito interesando la revocación de la sentencia y la suspensión de la medida de incapacitación referida al ejercicio del derecho de sufragio activo (tercer párrafo del Antecedente Tercero de la STS nº 181/2016).

[94] Transcribe el párrafo 1º del punto 2 del Fundamento Jurídico Segundo y el punto 6 del Fundamento Jurídico Segundo de la STS nº 421/2013.

discapacidad, para justificar la privación del mismo, basándose para ello en un párrafo de la STS nº 421/2013, el cual permitiría negar el derecho de sufragio activo a una persona con discapacidad: "Es el juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal".

El problema de esta forma de proceder por parte del Supremo posee dos vertientes: En primer lugar, transcribe de forma incompleta partes de la STS nº 421/2013 para intentar acreditar la no legitimación del derecho de voto por parte de las personas con discapacidad, dejando sin mencionar el completo desarrollo argumental de la Sentencia de 24 de junio de 2014[95], no reflejando así el verdadero espíritu de esta doctrina. En segundo lugar, los argumentos jurídicos utilizados que seguidamente analizaré, son un absoluto sin sentido, que violan todo principio básico deducido de la CDPD, de la inmensa normativa nacional e internacional sobre el conflicto y de la Recomendación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad dirigida a España en 2011.

Así razona el Alto Tribunal en el párrafo tercero del Fundamento Jurídico Segundo: "La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, *para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada*."

Desde mi punto de vista, estas afirmaciones no se pueden compartir. Son tres los aspectos que deben ser sometidos a estudio con respecto a esta declaración judicial: la

[95] No hace referencia a: "la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente...". Tampoco hace alusión al sistema de apoyo que se viene incentivando desde la CDPD: "lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen".

compatibilización entre la privación del derecho de sufragio activo con lo previsto en la CDPD; la privación como medida de protección del incapaz; la privación como medida de protección del proceso electoral ante el desconocimiento mínimo político. El primero de ellos, no es necesario entrar a conocer, ya que del profundo análisis que se viene haciendo de la CDPD y en concreto de sus artículos 12 y 29, parece clara la absoluta incompatibilidad entre el Tratado Internacional y la acción de privar el derecho de voto por razones de capacidad. Los dos restantes, sin embargo, requieren de unos breves apuntes.

En relación a la creencia por parte del Supremo, de que la privación del derecho de sufragio puede tratarse en algunos casos de una medida de protección de los intereses del incapaz, es cuanto menos cuestionable de qué modo puede llegar a serlo (el tribunal no menciona de qué manera puede ser perjudicial el ejercicio de este derecho), sobre todo cuando supone un sacrificio de un derecho fundamental así reconocido por nuestra Constitución. Por contra, se asemeja más a una desacertada manifestación de paternalismo, en donde pareciera que los jueces tuvieran autoridad para conocer qué derechos son beneficiosos y cuáles no[96]. No posee sentido alguno.

El segundo de los aspectos, también se ha estudiado en este trabajo, mencionado diferentes Sentencias[97], tanto provinciales como del mismo Tribunal Supremo, que afirmaban que el desconocimiento del sistema político o del funcionamiento del mismo, no podía suponer la pérdida del derecho de voto, negando la existencia de un interés general basado en que el proceso electoral sea participado de ciudadanos con un determinado nivel de conocimientos. Por contra, sí debe protegerse como interés general es que los resultados electorales reflejen de la mejor manera posible la voluntad del conjunto de los ciudadanos, ya que cualquier alejamiento del sufragio universal conlleva a cuestionar la validez del Parlamento elegido mediante esas elecciones y consecuentemente las leyes aprobadas por este[98].

---

[96] *Cfr*: Fernández Martínez, J.M. "La recepción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas", en CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coor.), *La Convención Internacional sobre los Derechos…* op. cit., pág. 181.

[97] SAP Ciudad Real; SAP Barcelona 2014; SAP Barcelona 5 marzo 2015; STS 421/2013.

[98] Véase Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, caso *Hirst v. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005.

Además, existe una explicación mucho más sencilla para entender esta problemática, ya que en una sociedad democrática defensora del sufragio universal, el derecho de participación política no debe otorgarse por un cierto nivel de conocimientos, sino por el mero hecho de ser persona, es decir, como derecho fundamental, otorgarse de manera incondicional[99].

El Supremo también alega la necesidad de proteger el interés general de la libre participación en el proceso electoral siendo al contrario que en el otro supuesto, cierta la existencia de un valor superior en dicha preservación de la libertad electoral. No obstante, aun partiendo del peor de los supuestos, en donde una persona con la capacidad modificada judicialmente, ejercite sin plena libertad su derecho de voto, resulta desproporcionada aplicar la medida privativa con el único fin de garantizar y blindar la libertad general del proceso electoral o incluso llegar a hablar de la legitimidad de los votos realizados. Digo desproporcionado, ya que existen mecanismos legales [100] regulados en nuestro Ordenamiento, precisamente con el fin exclusivo de asegurar esta libertad. Y en el caso de ser insuficientes, como la práctica actual demuestra, es responsabilidad de los poderes públicos instrumentalizar mecanismos de aseguramiento del voto de aquellas personas especialmente vulnerables. No parece adecuado mientras tanto sacrificar un derecho fundamental por la actitud pasiva y abstencionista de aquellos facultados para asegurar dicha libertad general del proceso electoral.

Esta sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, va a ser fuente de dos principales consecuencias jurídicas que se erigen como antecedentes esenciales de la Ley Orgánica 2/2018. Ello sin contar la movilización social que comenzará a llamar con fuerza y que vivirá su momento álgido tras la negativa definitiva del Tribunal Constitucional a conocer del caso. Dichas consecuencias estrictamente jurídicas, son por un lado, el recurso de amparo que los padres de M.G.C interponen ante el Alto intérprete de la Carta Magna y por otro la Recomendación realizada por el Defensor del Pueblo con

---

[99] *Cfr*: Fernández Martínez, J.M. "La recepción de la Convención Internacional..., en CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Color.), *La Convención Internacional sobre los derechos...,* op. cit.

[100] *Vid*. arts. 91.1 LOREG y 146 LOREG.

destinatario directo el Estado, en donde promueve la reforma en el del artículo 3 de la LOREG.

VI. ANTECEDENTES DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018.

Son tres los momentos que contribuyen de manera capital en la decisión final del Congreso de los Diputados de someter a votación el texto de la LO 2/2018: finales de junio de 2016 con la Recomendación de la Defensora del Pueblo; finales de noviembre con el Auto del Tribunal Constitucional 196/2016; y principios de septiembre de 2017 con la Proposición de ley de la Asamblea de Madrid depositaria de la modificación que posteriormente se aprobó por el Parlamento.

Sin duda, este último acontecimiento, se erige como el detonante de la LO 2/2018, ya que es el elemento jurídico que impulsa la toma en consideración por las Cortes Generales, del derecho de voto de las personas con capacidad modificada. No obstante, desde el punto de vista social, cobran importancia los otros dos sucesos, primordialmente, el relativo al Auto TC 196/2016 por el cual se inadmite definitivamente, conocer en amparo el Caso M.G.C. Al margen de la repercusión en la literatura jurídica de este conflicto, con la inadmisión del TC, el 8 de febrero de 2017, tuvo lugar una multitudinaria manifestación ante la sede de este mismo Tribunal[101] convocada por las organizaciones Plena Inclusión, Down España y el CERMI, en donde cientos de personas con discapacidad y familiares reaccionaron ante la nueva privación del derecho al voto con el lema #MiVotoCuenta[102].

1. La Recomendación de la Defensora del Pueblo de 30 de junio de 2016[103].

Vistos los artículos 54 de la Constitución Española y 1, 9, 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, el alto comisionado de las Cortes Generales, formuló Recomendación a los poderes públicos en base a la polémica STS 181/2016 antes analizada y al indudable

[101] Noticia del Diario "El País", de 8 de febrero de 2017: https://elpais.com/politica/2017/02/08/actualidad/1486557755_381975.html

[102] Véase el Manifiesto en: https://adepsi.org/wp-content/uploads/2017/03/ManifiestoVoto8F-LF.pdf /

[103] Para ver la Recomendación en su integridad, *Vid*. página web oficial del Defensor del Pueblo: https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derecho-al-voto-de-las-personas-con-discapacidad/

interés general que de ella se desprende, tratándose de 98.488 las personas con capacidad modificada que no pudieron ejercer su derecho de voto en las elecciones de 2016. La Recomendación dice así:

"Promover la reforma del artículo 3.1, letras b) y c), de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, atendiendo de este modo a la Recomendación de revisión normativa que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas formuló a España en el año 2011. Dicha reforma, en la que habría de preocuparse el consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria, tendría el objetivo de reforzar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad en nuestro sistema electoral mediante la incorporación de la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el ejercicio efectivo de este derecho por las mencionadas personas, de modo que sólo en supuestos de plena inconsciencia o absoluta falta de conocimiento de la persona pueda privarse del derecho de voto".

La Defensora del Pueblo como consideraciones para finalmente establecer esta Recomendación, resalta: el artículo 29 de la CDPD, el escrito del Comité del CDPD y el desestimado incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el Ministerio Fiscal ante la STS 181/2016. De estos tres elementos, cabe desarrollar los criterios más relevantes con los que la Fiscalía estructuró su recurso, remitiéndome con respecto a los otros dos restantes a las partes de este trabajo donde se explicaron.

El Ministerio Fiscal, comienza a enumerar los diferentes criterios interpretativos que deben tenerse en cuenta por los Jueces y Tribunales a la hora de decidir la privación del derecho de voto. En primer lugar, hace mención a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2004 en el asunto Hirst vs. Reino Unido, en donde se afirma: "el derecho de voto no es un privilegio y en un Estado democrático la tendencia debe ser siempre favorecer la inclusión". También invoca dos sentencias anteriores del Alto Tribunal[104], que concuerdan en que "el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección", a las cuales añade la trascendental STS nº421/2013 de 24 de junio, que recuerdo puntualiza lo siguiente: "la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz

[104] STS de 29 de noviembre de 2009 y de 11 de octubre de 2012.

de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su Patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitar (el voto) correctamente".

Otras Sentencias que utiliza la Fiscalía para fortalecer su incidente de nulidad son precisamente las dictadas por las Audiencias Provinciales de Ciudad Real y Barcelona analizadas anteriormente[105], donde se insiste en la innecesaridad de conocimientos políticos o de un determinado nivel de raciocinio para el ejercicio del derecho de sufragio activo.

Como argumento aportado por el propio Ministerio Fiscal, cabe destacar una conclusión muy interesante consistente en que el derecho de voto es un derecho fundamental, cuya limitación lleva a la afectación del libre desarrollo de la personalidad[106], y consecuentemente no puede ir adherida junto con la modificación de la capacidad, ya que el objetivo de esta modificación es la protección de la persona, no la privación de sus derechos. La Defensora del Pueblo, en relación a esta declaración de la Fiscalía, añade que ello es coherente ya que "resulta harto difícil argumentar que se priva del derecho de sufragio activo a la persona con capacidad complementada para evitarle un perjuicio".

Explicadas las razones más sobresalientes del alto comisionado de las Cortes Generales, se hace necesario prestar atención a la literalidad de su final Recomendación. Así en la última frase, establece: "de modo que sólo en supuestos de plena inconsciencia o absoluta falta de conocimiento de la persona puede privarse del derecho de voto". Esta idea que a priori pudiera parecer un límite a la facultad de los jueces para negar el derecho de voto, también se puede llegar a interpretar como una negativa al pleno e incondicional reconocimiento del derecho de voto a toda aquella persona con discapacidad. Sin embargo, como veremos, la LO 2/2018 extiende dicha posible privación a cualquier persona que en el momento de ejercer su derecho de voto se encuentre en tales condiciones.

[105] SAP nº 257/2012, de 24/10/2012 y SAP nº 183/2014, de 13/3/2014.

[106] El libre desarrollo de la personalidad junto a la dignidad de la persona y el respeto a la ley y a los derechos de los demás es fundamento del orden político y de la paz social. *Vid*. art. 10.1 CE.

2. El Voto Particular de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre.

Recordando el fallo desestimatorio del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 181/2016 de 17 de marzo, este fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional interpuesto por los padres de M.G.C sobre la que se privó el derecho de sufragio activo. Sin embargo, mediante Providencia de 23 de junio de 2016 el máximo guardador de la Constitución, inadmitió a trámite el recurso por "manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo". Ante esta situación de desprotección, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica ante dicha providencia justificando la inconstitucionalidad de la medida, por vulneración del derecho fundamental del artículo 23.1 interpretado a la luz de los artículos 5,12 y 29 de la CDPD. De nuevo, el Tribunal Constitucional se mantuvo firme en su decisión inicial y no entró a conocer del recurso, dictando el Auto 196/2016 de 28 de noviembre.

En este escenario es en donde se fragua el Voto Particular de una de las Magistradas, el cual además de su especial interés jurídico sobre la cuestión de estudio, reviste un carácter profundamente crítico sobre la decisión en común del Tribunal, lo cual hace más necesario aun si cabe su conocimiento. De esta manera y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 90.2 [107] de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, la Magistrada formuló su propio punto de vista del conflicto dividiendo la fundamentación del Voto Particular en dos bloques principales: La incorrecta decisión de no tramitar el recurso de amparo (cuestión procesal) y las razones por las que no solo se debería haber conocido del recurso, sino además también haber procedido a su estimación (cuestión de fondo).

2.1 La cuestión procesal.

La Magistrada, afirma en primer lugar que este caso en donde se está debatiendo la negación al derecho de voto de una persona con discapacidad, es en realidad algo que sobrepasa la individualidad, ya que se trata de un asunto que afecta a un importante colectivo, el cual se ve privado de este derecho por la única razón de su discapacidad.

[107] Dice así: "El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trata de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el Boletín Oficial del Estado".

Debe recordarse que con el paso de los años, el número de personas afectadas por esta restricción ha ido aumentando considerablemente: 12.709 personas en las elecciones generales del año 2000; 31.262 personas en las elecciones generales del año 2004; 55.949 personas en 2008; 79.233 personas en 2011; 96418 personas en 2015; y 98.488 personas en 2016. Este primer elemento, tal y como establece la Magistrada, ya de por sí debería haber sido suficiente para otorgar al recurso de amparo la trascendencia constitucional de ser conocido, más aún sabiendo que en el Tribunal Constitucional hasta entonces, no existía doctrina sobre el ejercicio del derecho de voto cuando se trata de personas con discapacidad.

Junto a ello, y como punto adicional por el que se debería de haber admitido a trámite el recurso, resalta la Magistrada, que la posible vulneración del derecho fundamental podría tener su origen en la propia ley, debido a lo calificado por ella misma como de "apariencia de incompatibilidad" entre el artículo 3 de la LOREG (derogado desde el 5 de diciembre de 2018) y el artículo 23.1 de la CE al tener que ser interpretado este último, como indica el artículo 10.2 de la CE, a la luz de los preceptos internacionales 12 y 29 de la CDPD.

2.2 La cuestión de fondo.

El Tribunal Constitucional, en su FJ 2, dispone que aunque el artículo 23.1 de la CE reconoce el derecho de sufragio activo a todos los "ciudadanos", sin excepción alguna, no hay que olvidar, afirma el Constitucional, que los derechos fundamentales son derechos de configuración legal y por ello el concepto de "ciudadanos" del artículo 23.1 puede verse restringido por la normativa competente para desarrollar dicho derecho. De esta manera, el TC intenta justificar la legitimidad del artículo 3 de la LOREG insistiendo en esta idea: "el modelo constitucional de sufragio universal no es *per se* incompatible con la privación singularizada de este derecho, por causa legalmente prevista, sobre todo cuando dicha privación está revestida de la garantía judicial". No obstante, debemos percatarnos que dicha concepción sobre la configuración legal, nos conduce al inadmisible corolario de que ninguna de las leyes orgánicas sobre derechos fundamentales puede ser inconstitucional, dando a entender que el contenido de estos, queda establecido íntegramente por el legislador orgánico. Sin embargo, defender esta idea significa vulnerar uno de los principios pilar de todo el Derecho Constitucional, esto es, la

necesidad del legislador de respetar en todo caso el contenido esencial constitucional de los derechos fundamentales.

En ello insiste el Voto Particular, citando la STC 153/2014, de 25 de septiembre, que en su FJ 3 dice: "la participación ha de sustanciarse en los términos en que el precepto haya sido desarrollado por el legislador electoral (arts. 53.1 y 81.1 CE), *siempre que dicho desarrollo no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales*". Es por ello, que del concepto indeterminado de "ciudadano" del artículo 23.1, no debe subyacer una jerarquía de la que se deduzca una categoría de ciudadanos de segunda o tercera clase, sino que debe ser comprendido a tenor de la cláusula de igualdad del artículo 14 CE.

Un último punto de conflicto encargado brillantemente de resolver por parte de la Magistrada, es el relativo a la posesión de un nivel mínimo de conocimientos sobre el panorama político (aspecto al que ya me he referido en otra parte de este trabajo), exigido de nuevo en este caso por el Tribunal Constitucional. Así se expresa: "el sometimiento de las personas con discapacidad a un examen en relación con sus conocimientos sobre el sistema político y electoral implica la imposición de un obstáculo más, la exigencia de un plus con respecto a las demás personas con derecho al voto, a las que no se exigen esos conocimientos, lo que a mi juicio, no es acorde con el art. 23.1". Seguidamente, plantea la consecuencia en caso de aplicar esta exigencia mínima de conocimientos al resto de las personas, "¿Qué pasaría si se sometiera a todo el cuerpo electoral a ese examen de conocimientos sobre nuestro sistema político y electoral? Probablemente, bajo ese mismo rasero, serían muchas las personas con derecho a voto no discapacitadas que no podrían votar. Claro que el art. 23.1 CE no contiene ninguna exigencia en tal sentido para ningún ciudadano, sea discapacitado o no".

A modo de cierre y teniendo en cuenta la trascendencia constitucional, social e incluso emocional que posee el derecho fundamental más relevante de los de participación política, parece, que la argumentación tanto de Tribunales inferiores, como del Supremo y en este último caso del Constitucional, adolece en suma, de una preocupante debilidad jurídica.

3. La Proposición de Ley de la Asamblea de la Comunidad de Madrid como detonante de la LO 2/2018.

3.1 Fase de tramitación.

La presión social comenzaba a ser asfixiante para los políticos, que en su continuo abstencionismo comenzaron a comprender la insostenible atmósfera inconstitucional en la que pervivía el artículo 3 de la LOREG. Ante esto, fue la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid, la primera en darse cuenta de la gravedad jurídica de este conflicto aprobando por unanimidad una proposición de ley para la modificación de la LOREG. Llama la atención la no discrepancia de ninguno de los miembros de la Cámara con respecto al texto finalmente aprobado por unanimidad, resultado que suele darse cuando se presentan a deliberación obviedades independientes del factor ideológico.

Sin embargo, la tramitación legislativa previa en búsqueda de una proposición de ley sólida y compacta, no fue tan sencilla como pudiera parecer. Todo comienza en una reunión que concertó la CERMI con los distintos partidos políticos de Madrid, confiando en que alguno de ellos emprendiera la modificación del régimen privativo que establecía el artículo 3 de la LOREG. Afortunadamente, acogieron sus demandas no sólo uno, ni dos, sino hasta tres grupos parlamentarios (Grupo Socialista, Grupo Parlamentario Podemos y Grupo Parlamentario Ciudadanos) comprometiéndose con la confederación, a redactar una propuesta de modificación con destino el Parlamento estatal.

De esta manera, el 13 de octubre de 2016 tuvo comienzo la tramitación de la Proposición de Ley[108] ya formulada y basada en la derogación de los apartados b) y c) del artículo 3, siendo también apoyada por el Grupo Popular, a pesar de las dudas que el contenido del texto le generaba.

Se justificó la importancia de su contenido, en la necesidad de adecuar el Ordenamiento Jurídico a las exigencias de la CDPD firmada y ratificada por España. Sin embargo, no fueron solamente argumentos jurídicos los empleados para justificar el planteamiento de la modificación electoral, sino también se imputó la falta de voluntad

[108] *Vid.* Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, núm. 82, 13 de octubre de 2016, pags. 9457-9459: https://sirdoc.ccyl.es/Biblioteca/Dosieres/DL165ReformaElectoral/pdfs/CCAA-Madrid-PPL-Discapacidad.pdf

política e ignorancia existente los últimos años con respecto a la desigualdad de voto sufrida por algunas personas con discapacidad[109].

Con la apertura del preceptivo plazo de presentación de enmiendas a la proposición de ley, el Grupo Popular aprovechó para resaltar su inconformidad con el texto. Concretamente, presentó una primera enmienda basada en el establecimiento de una regulación que incrementase los requisitos para negar el derecho de voto a la persona, queriendo generar un escenario en donde se convirtiera en excepción la privación del derecho fundamental. Pero por lo demás, continuaba apostando por entablar un margen legal por el cual los Tribunales pudieran excluir del ejercicio del derecho al voto. Además, presentó una segunda enmienda a favor del mantenimiento de las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio activo establecidas por resolución judicial, al tiempo de entrada en vigor de la futura norma que aprobasen las Cortes Generales[110]. Como era de prever, ninguna de las dos enmiendas presentadas por el Grupo Popular fueron aceptadas por los demás grupos parlamentarios, consiguiéndose aprobar el 30 de junio de 2017 por unanimidad el texto original de la proposición de ley en su integridad[111].

3.2 El articulado de la Proposición de Ley.

Será objeto en el Capítulo siguiente, analizar las modificaciones (no esenciales) que experimentó el texto original de esta iniciativa legislativa por las Cámaras estatales. Pero antes, se hace interesante conocer cuáles fueron exactamente las propuestas de cambio de la LOREG. Son tres las novedades que incorpora esta proposición de ley en relación al régimen electoral existente entonces: la supresión de los apartados b) y c) del punto primero artículo 3[112]; la supresión del punto segundo del mismo precepto[113]; y la

---

[109] *Cfr.* FERNÁNDEZ ESQUER C., "La tramitación parlamentaria de la reforma del sufragio de las personas con discapacidad: Elementos para un debate" en *IgualdadES,* 1, julio-diciembre, 2019, pág. 225.
[110] *Vid.* Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, núm. 107, 2 de marzo de 2017, págs. 13405 y 13406: https://www.asambleamadrid.es/static/doc/publicaciones/BOAM_10_00107.pdf
[111] *Vid.* Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, núm. 129, 30 de junio de 2017, págs. 16325-16327: http://www.infocoponline.es/pdf/BOAM_10_00129.pdf
[112] Las letras b) y c) del artículo 3.1, decían así: "Carecen de derecho de sufragio:(...) b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio; c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio".
[113] El punto segundo del artículo 3 decía así: "A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente".

adición de una disposición adicional séptima.

Esta última, resulta de sumo interés ya que recoge la figura de la retroactividad favorable respecto a aquellas personas sobre las que en sentencia de incapacitación se añadió la privación del derecho al voto. Dice así: "A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la LOREG para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por decisión judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidos. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la Ley."

Como se puede observar, un contenido breve pero conciso y con una trascendencia sobresaliente, que convierte a esta iniciativa legislativa autonómica, en un instrumento jurídico ejemplar en la lucha por la igualdad de los derechos de todas las personas con independencia de la menor o mayor capacidad intelectual de cada una de ellas.

VII. LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985 DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE SUFRAGIO DE TODAS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Ley Orgánica 2/2018 supone un auténtico logro por parte del movimiento asociativo y de la sociedad civil. Un logro que con la heroicidad de no haber contado durante el proceso con ningún programa electoral de ningún partido político como bandera, se ha convertido en un gran incentivo para cualquier otra revolución activista, mostrando que la movilización social en algunas ocasiones consigue resultados. Pero no debe olvidarse, que nuestro país ha acumulado diez años de retraso en relación a las prescripciones internacionales. Una década durante la que se ha estado privando de un derecho fundamental a miles de personas, mancillando su dignidad, todo ello con el agravante de la existencia de normas internas e internacionales que colisionaban con dicha negación. Lo peor y a la vez lo mejor de esta situación, es el hecho de que sin la intervención de organizaciones como la CERMI, Plena Inclusión o Down España, no estaríamos ahora preguntándonos el por qué no llego antes, sino que continuaríamos la

mayoría de la sociedad salvo familiares, activistas específicos y las propias personas con discapacidad, en una situación absoluta de ignorancia ante la privación de un derecho fundamental. La voluntad política es importante, pero la concienciación social lo es aún más.

1. Fase de tramitación.

1.1 Tramitación en el Congreso de los Diputados.

Ejercida la iniciativa legislativa por la Asamblea de Madrid, la proposición de ley prosiguió su tramitación en las Cortes Generales, conociendo de ella primeramente el Congreso de Diputados. El 7 de noviembre de 2017, dio lugar la toma en consideración[114] de la proposición de ley por parte del Pleno del Congreso, consiguiendo un espectacular respaldo tal y como muestra la tabla adjunta[115].

	TOTAL.	% SOBRE VOTO EMITIDO.	% SOBRE COMPOSICIÓN (350).
PRESENTES.	343	100	98
SÍ.	343	100	98
NO.	0	0	0
ABSTENCIONES.	0	0	0
NO VOTAN.	7	-	2

Fuente: Elaboración propia.

Semana después a la toma en consideración de la proposición de ley, la Mesa de la Cámara procedió a abrir plazo de quince días hábiles para la correspondiente presentación de enmiendas[116], aunque debido a la existencia de diversas prórrogas, el

[114] *Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados,* núm. 150-2, 13 de noviembre de 2017, pág. 1. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-150-2.PDF#page=1

[115] En cuanto a los Diputados/as que no votaron: De Cospedal García, María Dolores; Nadal Belda, Álvaro María; Rajoy Brey, Mariano; Sáenz de Santamaría Antón, María Soraya; Palacín Guarné, Gonzalo; Sibina Camps, Marta; y Tardá i Coma, Joan.

[116] *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, núm. 150-3, 17 de

término llegó hasta cuatro meses, alargándose hasta el 14 de marzo de 2018. Como ya ocurriera en una de las fases de tramitación realizada por la Asamblea de Madrid, el Grupo Popular volvió a ser el único que presentó enmienda al texto[117], en concreto dos. Resulta curioso, ya que la primera de ellas fue rechazada por su carácter limitativo, pero la segunda contó ni más ni menos que con el apoyo del presidente del CERMI, Luis Cayo, lo cual sirvió de acto legitimador suficiente para que el resto de formaciones políticas aceptarán la enmienda[118]. Consistía en la inclusión de un nuevo apartado segundo al artículo 3 de la LOREG, con el objetivo de asegurar que la emisión del voto por la persona con cualquier tipo de discapacidad, se realiza "consciente, libre y voluntariamente", añadiéndose unas palabras con una trascendencia nuclear "con los medios de apoyo que requiera". Será objeto de análisis en el próximo apartado, pero avanzo que no debe de ser interpretado este precepto como una posible restricción, sino todo lo contrario.

Sin perjuicio de los trabajos emprendidos por la Ponencia creada por la Comisión Constitucional desde el 14 de marzo hasta el 19 de septiembre de 2018, el 18 de octubre, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, con 342 votos a favor, la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la LOREG, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, con el añadido apartado segundo del artículo 3 como novedad más significativa[119]. Se cumplió de esta manera la exigencia constitucional del artículo 81.2 CE consistente en la obtención de una mayoría absoluta del Congreso, para la modificación de una ley orgánica (en este caso la LOREG).

---

noviembre de 2017, pág. 1. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-150-3.PDF#page=1

[117] *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, núm. 150-4, 16 de marzo de 2018, págs. 1 y 2. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-150-4.PDF#page=1

[118] *Cfr.* FERNÁNDEZ ESQUER C., "La tramitación parlamentaria de la reforma… op. cit., pág. 230.

[119] *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, núm. 150-7, 25 de octubre de 2018, pág. 1, 2 y 3. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-150-7.PDF#page=1

	TOTAL.	% SOBRE VOTO EMITIDO.	% SOBRE COMPOSICIÓN (350).
PRESENTES.	342	100	97,71
SÍ.	342	100	97,71
NO.	0	0	0
ABSTENCIONES.	0	0	0
NO VOTAN.	8	-	2,29

Fuente: Elaboración propia.

1.2 Tramitación en el Senado.

El proceso de tramitación en la Cámara Alta, funcionó a los efectos del mero protocolo ya que no existió nada a resaltar más allá de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Podemos-En-Común-Compromís-En Marea (GPPOD)[120], que él mismo retiro dos días después, deduciéndose de esta conducta una posible descoordinación sin mayor trascendencia entre los grupos parlamentarios de Podemos en el Congreso y el Senado. Finalmente, el 21 de noviembre de 2018, el Pleno del Senado aprobó también por unanimidad la Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la LOREG[121].

De esta manera quedó configurada la actual LO 2/2018 que se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 6 de diciembre de 2018, con entrada en vigor justo un día después.

2. El significado del nuevo artículo 3.2 LOREG[122]. El paso de igualdad formal a igualdad material.

[120] *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, núm. 296, 12 de noviembre de 2018, pág. 5. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/SEN/BOCG/2018/BOCG_D_12_296_2279.PDF

[121] *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, núm. 306, 26 de noviembre de 2018, pág. 19. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/SEN/BOCG/2018/BOCG_D_12_306_2330.PDF

[122] Art. 3.2 LOREG: "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".

2.1 El artículo 3.2 interpretado conforme a la Instrucción de la Junta Electoral Central 7/2019, de 18 de marzo.

La inclusión de este nuevo apartado segundo, ha resultado ser más bien un problema adicional que una solución. Así se deduce de la intervención para la interpretación del mismo de la Junta Electoral Central (en adelante JEC), que en su Instrucción 7/2019, de 18 de marzo decía lo siguiente: "la nueva redacción del apartado 2 del artículo 3, en la que se señala que el derecho de sufragio activo debe ejercerse de forma «consciente, libre y voluntariamente», así como la referencia a las formas de comunicar el ejercicio de este derecho y los medios de apoyo que se requieran, suscita problemas interpretativos que no han quedado resueltos por el legislador".

El problema radica precisamente en esas tres exigencias en cuanto a la forma de ejercer el voto que impone el nuevo punto segundo, debido a la doble vertiente interpretativa de la que pueden ser objeto. Por un lado, puede ser interpretadas como una protección hacia la propia persona con discapacidad en aras de asegurar que esta pueda ejercer su derecho con absoluta libertad fuera de toda coacción o aprovechamiento externo, pero por otro lado, pueden ser vistos estos tres requisitos, como un intento de cuestionar la validez del voto emitido por las personas con discapacidad. En este contexto, se formuló la citada Instrucción 7/2019[123], en aplicación de la potestad unificadora de los criterios interpretativos que otorga el artículo 19.1 f)[124] de la LOREG a la JEC, la cual sin embargo, como vamos a observar no ha conseguido disipar las dudas existentes sobre la literalidad del nuevo precepto.

El Punto Segundo de la Instrucción 7/2019, contiene la aclaración proporcionada por la JEC sobre el artículo 3.2, estableciendo dos notas fundamentales. En primer lugar, afirma algo plenamente coherente con el espíritu de la reforma legislativa y sobre lo cual no existe discusión alguna: "las Mesas Electorales deberán de admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa". Es

[123] Una semana antes de la aprobación de la Instrucción 7/2019, se formuló la Instrucción 5/2019 por el mismo órgano (la JEC), Pero debido a las diversas quejas provenientes tanto de los propios partidos políticos, como de asociaciones activistas a consecuencia de alguna de sus expresiones, la JEC se vio obligada a derogar la Instrucción original y adoptar una nueva en poco menos de siete días.

[124] En el artículo 19.1 de la LOREG se enumeran las competencias otorgadas por la Ley a la JEC, en donde se incluye un apartado f) que dice así: "Unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales, Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral".

decir, se vuelve a recalcar la igualdad de voto con independencia de la mayor o menor capacidad de los electores.

En segundo lugar, se introduce la idea fundamental cuya redacción propició las numerosas protestas antes comentadas con la consecuente derogación de la Instrucción 5/2019. La versión en vigor dice así: "En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercitado de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte". Ocurre que en la Instrucción 5/2019, se mencionaba que los únicos votos susceptibles de ser constados en el acta de la sesión por su no ejercicio consciente, libre o voluntario, eran los emitidos por las personas con discapacidad. Sin embargo, con la nueva Instrucción 7/2019 se suprime la mención expresa al voto "de una persona con discapacidad"[125], elevando el ámbito de aplicación de esta facultad de la Mesa Electoral a una esfera universal, pudiendo ser cualquier elector que no ejerza el voto consciente, libre o voluntariamente objeto de esta actuación, cumpliéndose así el principio de igualdad como valor superior de nuestro Ordenamiento[126].

Con todo, este matiz no puede ser suficiente para dejar de criticar esta potestad que se le otorga a la Mesa Electoral. Como bien dice GÁLVEZ MUÑOZ, al fin y al cabo, los integrantes de la Mesa, son ciudadanos normales y corrientes que de manera temporal se convierten en titulares de la competencia de control y salvaguarda del orden electoral[127], pero más allá de eso, no parece lógico otorgarles una suerte de subjetivismo judicial para decidir cuándo una persona está siendo consciente, libre o voluntaria en la emisión de su voto. Lo más idóneo sería que el legislador se pronunciase sobre esta cuestión a efectos de esclarecer el alcance de estos tres conceptos.

[125] *Vid.* Punto Segundo de la Instrucción 5/2019 de la JEC, de 11 de marzo de 2019.
[126] *Cfr.* FERNÁNDEZ ESQUER C., "La tramitación parlamentaria de la reforma… op. cit., pág. 223.
[127] *Vid.* Artículo 91.1 LOREG.

2.2 El artículo 3.2 interpretado conforme a los artículos 9.2 y 49 de la Constitución Española.

2.2.1 El abuso y el fraude como actos a evitar.

El ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo sobre las que recae sentencia de incapacitación, suscita un problema social de enorme calado. Se trata del riesgo de abusos y fraudes del que estas personas pueden llegar a ser objeto. Debe recordarse que antes de la reforma de la Ley Orgánica 2/2018, existían personas con discapacidad que sin recaer sobre ellas sentencia de incapacitación, podían votar, existiendo un considerable riesgo de abuso. Por lo que sobre personas que en teoría poseen una capacidad intelectual menor que les impide gobernarse por sí mismas, el peligro de aprovechamiento de particulares sobre estas últimas, es aún mayor.

Ocurre que suele ser muy complicado evitar en la práctica que esto suceda, ya que, entre otros factores, estas personas suelen confeccionar el voto en su domicilio fuera del control por parte de los miembros de la Mesa Electoral. Además, en el supuesto de confeccionarlo en el colegio electoral correspondiente, las propias Mesas Electorales no suelen ser proclives a realizar los controles ordinarios sobre la libertad en la emisión del voto de estos ciudadanos[128]. Son situaciones que merecen de la atención del legislador, ya que no solo se están vulnerando los principios individuales que el Derecho Constitucional otorga a todo elector (libertad y secreto del voto)[129], sino que además también se violan principios supraindividuales que afectan al interés general en la preservación de un proceso electoral limpio, ya que nos encontramos ante supuestos en donde una persona impone su decisión de voto sobre otra persona con discapacidad, ejerciendo el derecho de voto dos veces en incumplimiento de lo establecido en el artículo 4.2 de la LOREG.

Es en dicho sentido y con el objetivo de combatir esta actitud así denunciada en el artículo 5 de la LOREG, en el que se debe de interpretar la literalidad del artículo 3.2, ya que atendiendo a su redacción ("Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo

[128] *Cfr.* GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica,* edit.um Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 84 y 85.

[129] *Vid.* art. 68.1 CE.

y *con los medios de apoyo que requiera*"), y a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil ("Las normas se interpretarán... *en relación con el contexto*... atendiendo fundamentalmente *al espíritu y finalidad* de aquellas), puede confirmarse que esta interpretación es la oportuna, valorando la razón y el contexto en que se ha aprobado este nuevo precepto. Como ya se comentó al hablar de la fase de tramitación de la proposición de ley emprendida por la Asamblea de Madrid, el espíritu y la finalidad no fue otra que la de instituir un cambio normativo, que no solo reconociese el derecho de voto a las personas con discapacidad, sino que además blindase la emisión del mismo para su real y efectivo ejercicio y consecuentemente la inexistencia de abusos.

Es así como nace la necesidad de aplicar la teoría constitucional de la igualdad material, es decir, la necesaria intervención de los poderes públicos a efectos de conseguir la efectividad y realidad del ejercicio del voto por parte de las personas con discapacidad, disipando en la medida de lo posible, los casos de coacción, abuso o fraude sobre el derecho fundamental de estas personas con especial vulnerabilidad. Por todo ello, el nuevo y controvertido artículo 3.2 deberá de ser aplicado a la luz de los artículos 9.2 y 49 de la Constitución Española que a continuación vamos a analizar.

2.2.2 El artículo 9.2 de la Constitución Española.

Respecto a este artículo representante por excelencia de la segunda gran vertiente del principio de igualdad, debe resaltarse en primer lugar la esencial diferencia que posee en relación a la igualdad formal reconocida en el artículo 14. Sobre este último, se profundizó en otro lugar de este trabajo, por lo que centraré la comparativa sobre los elementos definitorios de la versión material de este derecho fundamental. El contenido del artículo 9.2 es el siguiente: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en se integra sean reales y efectivas; 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".

La aplicación de esta igualdad sustancial sobre las personas con discapacidad declarados incapaces, tiene su justificación en la diferente situación jurídica en la que se encuentran respecto al resto de personas. Hay que recordar que la incapacitación constituye un nuevo estado civil que lleva consigo el reflejo de una menor capacidad

intelectual. Por ello se necesita de la aplicación de artículos como el 9.2 y el 49 CE que, a pesar de su excesivo carácter programático, deben de ser la guía para que los poderes públicos actúen en consecuencia. En este sentido, existe una sólida jurisprudencia constitucional, sirviendo de ejemplo la STC 34/1981 de 10 de noviembre que admite que "el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, *pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso*, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2)".

Conociendo un poco más sobre este precepto y su relación con el nuevo apartado segundo del artículo 3, debe hacerse hincapié en el doble mandato constitucional que con destinatario los poderes públicos que encierra. Primeramente, tal y como expresa la Magistrada doña Adela Asua Batarrita en su Voto Particular del Auto TC 196/2016 antes analizado, existe una obligación *ex constitutione* con base en el artículo 53.1 CE por parte de los poderes públicos de facilitar el ejercicio de todo derecho fundamental de los ciudadanos.

Seguidamente, en el artículo 9.2 el constituyente ha querido que esta obligación de facilitar el ejercicio de los derechos, sea particularmente exigible en el caso del derecho de voto: "Corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política...". En efecto, debe procurarse por los poderes públicos que esta participación sea lo más representativa de la pluralidad social, adoptándose aquellas medidas de acción positiva necesarias para facilitar el derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo. Los mandatos tanto del artículo 9.2 como del artículo 49 que ahora estudiaremos, no concretan en qué ha de traducirse esa acción pública de promoción del voto, configurándose como redacciones de notorio carácter programático. Por ello, posteriormente enumeraré medidas y apoyos concretos que se podrían comenzar a realizar, para la materialización de la igualdad en el derecho de voto de las personas con discapacidad.

2.2.3 El artículo 49 de la Constitución Española.

Aunque el artículo 9.2 CE sea el precepto insignia de la igualdad material, en los casos de las personas con discapacidad, este debe leerse en conexión con el artículo 49, el cual de igual forma incita a hacer realidad el disfrute del derecho de voto por parte de las personas con discapacidad. Dice así: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y *los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título* (Título I) *otorga a todos los ciudadanos*" (énfasis añadido).

Antes de profundizar en el análisis del precepto, es procedente realizar un breve comentario sobre su literalidad. Es cuanto menos desafortunado seguir utilizando en el año 2020 términos tales como "disminuidos" para referirse a las personas con discapacidad, aún más si cabe cuando existen precedentes inmediatos de legislación ordinaria[130] que han sido objeto de modificación por la utilización de terminología socialmente peyorativa. Debería ser la Constitución como Norma Suprema de nuestro Ordenamiento Jurídico, la primera que diese ejemplo sobre estos detalles de escritura, evitando en todo lo posible recurrir a términos como "discapacitados", "incapacitados" o "disminuidos" y apostando de *lege ferenda* por otras alternativas como "personas con discapacidad" o "personas con la capacidad modificada judicialmente", que sin duda se adaptan de mejor manera a los nuevos tiempos que en todo caso deberán regirse por el respeto y la consideración.

Dicho esto, el contenido del precepto establece las líneas básicas que inspiran la política social de los poderes públicos en relación con las personas con discapacidad intelectual, física o sensorial. Así, con este precepto, el legislador constituyente ha previsto un cuadro de compromisos orientados fundamentalmente a la efectiva integración de las personas con discapacidad en la sociedad obedeciéndose de esta manera a lo establecido entre otros, en el artículo 10.1 CE[131].

---

[130] Ejemplo de ello es la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada posteriormente por la Ley 4/2017, de 28 de junio.

[131] *Cfr.* Gálvez Montes, F.J., "Artículo 49" en GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución,* Civitas, 3ª edición, Madrid, 2001, págs. 936 y 937.

Cabe resaltar los tres tipos de actuaciones, a realizar por los poderes públicos contemplados en el precepto: una específica protección; una política de integración; y medidas de amparo para el pleno disfrute de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución (entre los que se incluye el derecho de voto) en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos. El primer compromiso, abarca una serie de medidas basadas en la previsión, tratamiento y rehabilitación de las personas con discapacidad. El segundo objetivo, consiste en la consecución de la inserción de estas personas en la sociedad evitando cualquier forma de discriminación. El tercer tipo de actuación, implica precisamente aquello de lo que vamos a intentar dar respuestas concretas en el siguiente apartado, es decir, el establecimiento de medidas concretas a efectos del disfrute de los derechos fundamentales en igual condición que las demás personas del conjunto de la sociedad[132].

2.3 Propuestas de medidas de acción positiva a llevar a cabo por los poderes públicos.

La normativa nacional carece de propuestas concretas para el real y efectivo ejercicio del derecho de voto para las personas con discapacidad. Únicamente, y con la precaución en cuanto a la intensidad de su valor jurídico, se encuentra lo previsto por la JEC en su reciente Instrucción 7/2019, aprobada a fin de aclarar el nuevo artículo 3.2. Es en su Punto Segundo, en donde establece algo defendido por la doctrina[133] desde hace años: "Las personas con alguna discapacidad (intelectual)[134] podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral". Si nos fijamos, esto supone la extensión del procedimiento de voto asistido del artículo 87.1[135] LOREG, previsto para las personas con discapacidad física o sensorial, a las personas con discapacidad intelectual o psíquica.

A pesar de la positividad con la que debe acogerse esta medida, resulta insuficiente

---

[132] *Ibid.*

[133] A modo de ejemplo, *vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, Madrid, 2015, págs. 104-107.

[134] Debe recordarse que esta Instrucción se está refiriendo a las personas con capacidad modificada judicialmente, que son objeto de reforma por la L.O 2/2018 que modifica el artículo 3 de la LOREG.

[135] Art. 87.1 LOREG: "Los electores que no sepan leer o que, por discapacidad, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, *pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza*".

para dar por cumplidas las expectativas generadas por los artículos 9.2 y 49 CE. Propongo por ello tres medidas de fácil ejecución que además de ayudar al colectivo de discapacidad, también favorecerían a la sociedad en general. En primer lugar, una buena manera de enseñar y asentar conocimientos mínimos sobre el funcionamiento del proceso electoral, sería la creación de talleres de capacitación electoral, que con primacía en la asistencia de personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo, también podrían albergar a otros electores interesados.

En segundo lugar, sería también un paso más en la búsqueda de la igualdad material del voto, que la información electoral proporcionada a las personas con discapacidad fuese cognitivamente accesible. Con legitimación en el artículo 9 CDPD "asegurar el acceso de estas personas a la información y las comunicaciones" y en el artículo 21 CDPD "facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general […] en formatos accesibles", se podría realizar un llamamiento a los poderes públicos para que elaborasen por ejemplo Guías sobre el derecho de voto en una terminología forzosamente sencilla y fácil de entender[136]. También sería acorde, exigir a los partidos políticos un ajuste de los usuales conceptos técnicos utilizados en sus programas electorales a este lenguaje más fácil y sencillo.

Finalmente, mencionar una tercera medida que podría llegar a ser eficaz no solo en lo que se refiere al voto de las personas con discapacidad, sino también conforme a otras personas que sin necesidad de adolecer discapacidad alguna, por razón de su edad, dependencia o carácter, también son especialmente vulnerables. Consistiría en hacer que las papeletas de votación no fueran distribuidas por los partidos políticos a las viviendas de nuestro país, sino únicamente estuvieran al alcance del público en el propio Colegio Electoral y en el mismo día de la votación. De esta manera, la Mesa Electoral en ejercicio de las competencias otorgadas por el artículo 91.1 LOREG, tendría una mayor posibilidad de tener constancia de abusos y coacciones. No obstante, podría alegarse como desventaja a esta propuesta, la probabilidad de ocurrir grandes aglomeraciones en los Colegios Electorales e incluso vulneraciones al derecho de ejercer en secreto el voto.

[136] *Cfr*: PÉREZ ALBERDI, M.R., "Los derechos de participación política de las personas con discapacidad" en *Revista jurídica de los Derechos Sociales (Lex social),* núm. 1, 2019, pág. 104.

VIII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS LEGISLADORES.

A lo largo de este trabajo, hemos podido comprobar las razones de diversa índole legal, jurisprudencial y doctrinal, que han estado reconociendo el derecho de sufragio activo de todas las personas con discapacidad (sin excepción) mucho antes de la fecha en la que en España finalmente se deroga el artículo 3 de la LOREG (5 de diciembre de 2018). Partiendo de este hecho, conseguiremos profundizar en este Capítulo, sobre una alternativa indemnizatoria comúnmente desconocida, debido en parte a su complicada articulación y a sus pocas probabilidades de éxito. Es así como se presenta, la opción de accionar la responsabilidad patrimonial del Legislador o como doctrinalmente se conoce "Estado legislador".

1. Legislación, jurisprudencia y doctrina avalistas de la existencia teórica de una responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Años atrás, se consideraba que las Leyes al ser aprobadas por las Cortes Generales (constituidas por los representantes del pueblo), también nacían consecuentemente de la voluntad general de la gente, y por ello, no se concebía que pudieran causar un perjuicio a la sociedad, ya que el pueblo no se causaría un mal a sí mismo[137]. En palabras de CELDRÁN RUANO[138], esta concepción llevaba a una especie de "injusticiabilidad" del poder legislativo.

No obstante, tal y como establece GALLEGO ANABITARTE[139], "la concepción de la ley como un acto jurídico ilimitado, incondicionado, ha pasado a la historia, si es que alguna vez estuvo vigente en España... y en la actualidad, la ley está absolutamente condicionada y limitada por la Constitución, con un Tribunal independiente encargado de fiscalizar la constitucionalidad de la misma". En este mismo sentido se pronuncia

---

[137] *Cfr*: DE LA TEJERA HERNÁNDEZ, E.V. Y HERRERA MOLINA, P.M., "La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 141, 2014, pág. 1143.

[138] *Cfr*: CELDRÁN RUANO, J., *La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes: aproximación histórica y significado actual,* Universidad de Murcia, Murcia, 1996, pág. 68.

[139] *Cfr*: Gallego Anabitarte, A., "Derecho público, derecho constitucional, derecho administrativo" en MENÉNDEZ REXACH, A., La jefatura del Estado en el derecho público español, INAP, Madrid, 1979, págs. 23 y 24.

GONZÁLEZ PÉREZ afirmando la imposibilidad de que "por vía del ejercicio del poder constituido o derivado, pudiera la Constitución ser destruida o transformada en su sustancia, ya que supondría una destrucción de la Constitución". Consecuentemente, esa percepción del pasado consistente en blindar toda actuación legislativa del Congreso de los Diputados, por el mero hecho de ser los representantes del pueblo sus creadores, se hace incompatible con los pilares de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

En el Ordenamiento Jurídico español, al contrario de lo que sucede con los actos del Poder Ejecutivo[140] y del Poder Judicial[141], cuyo régimen disciplinario está plasmado en la Norma Suprema[142] y en sus Leyes de desarrollo[143], no existen previsiones específicas en relación a la responsabilidad de los actos que emanan del Poder Legislativo. Por tanto, va a cobrar importancia capital la jurisprudencia existente sobre este aspecto, la cual, encuentra su razón de ser en la cláusula general sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador recogida en el artículo 9.3 de la CE. Este precepto, sin configurarse como regulación específica, dice lo siguiente: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, *la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*".

Esta premisa sirve de título habilitante para cualquier procedimiento de responsabilidad en su triple vertiente (legislativa, ejecutiva y judicial), ubicándose en el mismo nivel de importancia que otros principios estructurales del Derecho como el de jerarquía normativa, legalidad o el de seguridad jurídica. Como hemos dicho en el párrafo anterior, al no existir mayor previsión normativa que esta cláusula general de responsabilidad, la jurisprudencia juega un papel esencial a efectos de articular una demanda indemnizatoria por los daños causados a causa de una ley inconstitucional o a su omisión.

---

[140] Referencia a todo tipo de acto administrativo derivado de la Administración Estatal, Autonómica y Local, además de los emitidos por sus organismos dependientes.

[141] Referencia a las diferentes Resoluciones de los Jueces y Tribunales (autos, sentencias, etc.…).

[142] *Vid.* art. 106.2 CE en cuanto al Poder Ejecutivo y art. 121 CE en cuanto al Poder Judicial.

[143] *Vid.* arts. 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Poder Ejecutivo). Arts. 292 a 297 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así, cabe hacer alusión a dos sentencias discípulas de un consolidado criterio jurisprudencial elevado al concepto de jurisprudencia defendido en el artículo 1.6 del Código Civil. En primer lugar, y con perspectiva aun generalista, se encuentra la STS nº 7515/2009, de 27 de noviembre, que en su Fundamento Cuarto expresa: "Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos cumple la triple función de (a) expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, (b) servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como (c) operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal". Además, y directamente relacionado con lo dicho anteriormente, en el párrafo siguiente establece: "El juego de esas tres funcionalidades autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. *No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121) y las del legislativo [sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/86, FJ 4º), 7 de octubre (recurso 142/86, FJ 4º) y 19 de noviembre de 1987, (recurso 141/86, FFJJ 7º y 8º) entre otras]".*

En esta línea, y ahondando de manera más concreta en el asunto, se postula la STS nº 1574/2000, de 29 de febrero, que en su Fundamento de Derecho Cuarto afirma: "el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y a sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone *traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su origen en la inconstitucionalidad de la ley.*"

2. La indemnización por daños morales a las personas con discapacidad.

De lo dicho en el punto anterior, cabe extraer una conclusión muy clara: no es imposible demandar al Estado legislador (Poder Legislativo), sino que realmente existe la base jurisprudencial para poder emprender una demanda de daños. No obstante, con respecto al conflicto estudiado en este trabajo, existen particularidades como la

inconcreción del demandado o la continuidad del daño, que hacen que su resolución sea, como vamos a ver, más compleja.

Para poder reclamar una indemnización por daños imputando la responsabilidad correspondiente, hace falta probar tres requisitos fundamentales: el daño; el nexo causal entre la acción de la parte demandada y el daño producido; y la culpa (este último requisito solo en el caso de que la responsabilidad que se exija sea subjetiva). Para el caso que hemos analizado, va a hacer falta que el daño producido a las personas con discapacidad, además de ser un daño sobre el cual no exista el deber jurídico de soportarlo[144], sea individualizado (en este caso las personas con discapacidad como colectivo específico), concreto y claramente identificable[145]. Por ello, se hace ahora necesario, mencionar los argumentos particulares que fundamentan y legitiman la responsabilidad patrimonial del Estado legislador con las personas con discapacidad que se han visto privadas estos años atrás del derecho fundamental al voto.

Como vimos, España firmó, ratificó y publicó finalmente el 21 de abril de 2008, la CDPD, como Tratado que reconocía en su artículo 29 el derecho de todas las personas con discapacidad sin exclusión, al voto. Según el artículo 96 CE y 1.5 CC, los tratados internacionales válidamente celebrados (como ocurre en este caso), desde su publicación en el BOE, forman parte del ordenamiento interno, configurándose como normas superiores jerárquicamente a cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto (artículo 31 de la Ley 25/2014)[146]. Es decir, el artículo 29 de la CDPD, que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad al voto, es desde el 21 de abril de 2008 norma interna con la adicional de encontrarse en situación de prevalencia sobre el artículo 3 de la LOREG, el cual, recordemos, facultaba a los jueces a privar del derecho fundamental a las personas con discapacidad sobre las que se hubiese dictado sentencia de incapacitación.

Sin embargo, en el punto anterior, en donde he mencionado los requisitos básicos

---

[144] *Cfr*: DE LA TEJERA HERNÁNDEZ, E.V. Y HERRERA MOLINA, P.M., "La responsabilidad patrimonial… op. cit, pág. 1139.

[145] *Ibid.* Pág. 1149.

[146] Art. 31 de la Ley 25/2014.

para que el Estado legislador responda, se establecía que la norma debe de ser contraria a la Constitución, cuando hasta ahora, el artículo 3 únicamente parece que vulnera un precepto de una Convención Internacional ratificada por España. Ocurre, que el artículo 10.2 de la Constitución dice: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España". Como bien se deduce del primer párrafo del artículo 1 de la CDPD, esta norma internacional es efectivamente un Tratado de Derechos Humanos: "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales […]".

Consecuentemente, cuando se plantee la cuestión de si el artículo 23.1 de la CE debe de ser de aplicación o no a todas las personas con discapacidad, deberá de interpretarse a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la CDPD, tal y como obliga el artículo 10.2 CE. Es por ello, que en este contexto, sí se puede afirmar que el artículo 3 de la LOREG ha sido inconstitucional desde el 21 de abril de 2008, siendo diez años (21 de abril de 2008[147] hasta 5 de diciembre de 2018[148]) los que se han necesitado para que se derogase el mismo.

Una problemática que también ha sido resuelta en otro lugar de este trabajo, es la relativa a la aplicación directa del artículo 29 CDPD en el derecho español. En este sentido, versa el artículo 30.1 de la Ley 25/2014 "Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes". Consecuentemente, se hace crucial atender a la literalidad del artículo 29 CDPD, a efectos de descartar el carácter programático que podría justificar la forma de proceder del Poder Legislativo.

Sin embargo, si traemos a colación la redacción del apartado a) del artículo 29 CDPD nos podemos percatar que el reconocimiento del derecho es claro, conciso e independiente a la necesidad de aprobar una normativa de desarrollo. Así el precepto:

[147] Publicación de la CDPD en el BOE.
[148] Publicación de la Ley Orgánica 2/2018 en el BOE.

"Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) *Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar* y ser elegidas...." En suma, el artículo 3 de la LOREG debería haber sido derogado en 2008 al verse cumplidos cada uno de los requisitos previos necesarios para la primacía del artículo 29 del Tratado sobre este precepto.

En calidad de *obiter dicta,* es interesante conocer del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2018 que modifica el artículo 3 de la LOREG. Los preámbulos de las normas jurídicas, suelen utilizarse para expresar los motivos por los que se aprueban estas, y es precisamente esta cuestión la que nos muestra algo sencillamente revelador. En el preámbulo de la LO 2/2018, se hace mención a cuatro artículos como bases de la reforma, siendo tres de ellos de la CDPD (arts. 1, 12, 29), con el agravante de también reflejar en su texto la Recomendación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas en 2011 (los puntos 47 y 48)[149]. Es decir, el propio legislador está reconociendo que en base a unas normas que han estado en vigor desde hace más de diez años, se debe modificar el artículo 3 de la LOREG, planteándonos la pregunta de ¿por qué en 2018 y no en 2008? Esa es la cuestión a denunciar, la absoluta pasividad e ignorancia por parte de los poderes públicos ante la vulneración del principal derecho fundamental de participación política, a un colectivo que con el paso de los años ha ido incrementando su número exponencialmente. Lo que está claro es que no existe una respuesta jurídica conforme a derecho.

No obstante a todo lo anteriormente comentado, en el supuesto de demandar al Estado-Legislador, existen tres problemas de carácter procedimental que dificultan su articulación: el tipo de daño; la periodicidad del daño; la concreción de la parte demandada. Respecto al tipo de daño, parece que el más apropiado conforme a los hechos, sería el daño moral, psíquico, producido a una persona con discapacidad al privarle del derecho de sufragio activo. Un daño moral producido precisamente por la injustificada

[149] En estos dos puntos es en donde el Comité de la CDPD, analiza la vulneración por parte del Estado español del artículo 29 de la Convención.

omisión del Legislador en tanto no haber reformado el artículo 3 de la LOREG desde 2008, permitiendo su pervivencia en el Derecho español, otorgando la facultad legal a Jueces y Tribunales de negar el derecho de sufragio activo a aquellas personas sobre las que se hubieran dictado sentencia de incapacitación.

En relación a la periodicidad del daño, hay que decir, que la fecha de referencia es el intervalo temporal entre el 21 de abril de 2008 y el 5 de diciembre de 2018. Cuestión debatible es por qué el origen del daño debe contabilizarse desde 2008 y no desde 1985, fecha esta última de aprobación de la LOREG y de su artículo 3. Ocurre que antes de 2008, no existía ninguna norma internacional o nacional que reconociese de manera diáfana y patente el derecho de todas las personas con discapacidad al voto, ostentando únicamente la legitimación del artículo 23.1, el cual sin embargo, no descarta la posibilidad de privar a este colectivo de su derecho de sufragio activo. Jurídicamente no es hasta 2008, cuando la facultad judicial de privar este derecho a las personas con discapacidad, se hace incompatible con una norma superior jerárquicamente como la CDPD. Otro elemento relacionado con la periodicidad, es el relativo a la continuidad del daño. Efectivamente nos encontramos ante un daño moral que se ha venido repitiendo en esa década marcada. Cada vez, que se han celebrado elecciones europeas, generales, autonómicas o municipales en ese periodo de diez años, se ha estado quebrantando la CDPD y produciendo consecuentemente un daño sobre el cual no existía el deber jurídico de soportar por parte de las personas con discapacidad.

En relación al último punto de conflicto sobre la inconcreción del sujeto pasivo al que demandar, debe decirse, que como se ha mencionado, la responsabilidad recae sobre el Estado-legislador. Por tanto, se debe demandar al Poder legislativo. Pero, ¿a cuál de ellos? Es decir, cada cuatro años, sin perjuicio de los últimos años excepcionales, las Cámaras se renuevan, siendo sus miembros un flujo democrático que a decisión de los ciudadanos va variando temporalmente. Es por ello, que se debería de atender a la composición de las Cortes Generales y en concreto del Congreso de los Diputados, en el periodo desde 21 de abril de 2008 hasta 5 de diciembre de 2018.

IX. REFLEXIONES FINALES.

El estudio realizado en el presente trabajo ha puesto de manifiesto, entre otras

cosas, la decepcionante forma de proceder por parte del legislador español y de gran parte del Poder Judicial, los cuales durante años han apostado por la facultad de privar del derecho de sufragio activo a las personas con la capacidad modificada judicialmente, no aprovechando suficientemente las posibilidades que les brindaba el Ordenamiento Jurídico español para aplicar normativas de carácter internacional que reconocían de forma precisa e incondicional el derecho de voto a estas personas. La tardía reforma, no obstante, también representa un rayo de esperanza en la búsqueda de una igualdad formal, real y efectiva en todo derecho de las personas con discapacidad en relación al resto de la sociedad. Otro gran paso en la persecución de dicho objetivo, sería apostar más intensamente en la articulación de mecanismos de apoyo, en vez de guionizar las vidas de estas personas mediante instituciones que sustituyen al individuo.

Este trabajo apoya decididamente esta dirección a seguir, esperando que pueda ser de utilidad ya no solo para comprender el porqué del mal proceder del conjunto de los poderes públicos en esta materia, sino también como incentivo para seguir luchando por todos aquellos derechos y libertades que debieron, pero que en todo caso deberán, contemplar en su ámbito de aplicación a toda persona con discapacidad sin excepción alguna.

X. BIBLIOGRAFÍA.

DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* Tecnos, Madrid, 2012.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Elementos de Derecho Civil: Parte General, Volumen Segundo, Personas*, Dykinson, Madrid, 2010.

PICATOSTE BOBILLO, J. "La incapacitación: el marco jurídico", en *Revista gallega de psiquiatría y neurociencias*, núm. 8, 2006.

CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R. Y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coor.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016.

PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

DE ASIS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2014.

SECO MARTÍNEZ, J.M., "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar", en *Derechos y Libertades*, núm. 36, Época II, 2017.

CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, 1994.

IGLESIAS VELASCO, A., "Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 29, 2013.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., "Artículo 30.1. Ejecución", en VARIOS, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2015.

CUENCA GÓMEZ, P., "La incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española", en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, Jaén, 2012.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.

ALZAGA VILLAMIL, O. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., "Derechos fundamentales y discapacidad", en *Colección Convención ONU*, núm. 14, Ediciones Cinca, 2015.

GARCÍA GARNICA, M.C (ed.)., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014.

BARIFFI, F.J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2014.

TURNES VILLANUEVA, A., *Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Reuters, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ARENAS ESCRIBANO, F., CABRA DE LUNA, M.A., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, La Ley, Madrid, 2015.

SALA SÁNCHEZ, P. "El Gobierno del Poder Judicial", en *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ ESQUER C., "La tramitación parlamentaria de la reforma del sufragio de las personas con discapacidad: Elementos para un debate" en *IgualdadES*, 1, julio-

diciembre, 2019.

GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, edit.um Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PÉREZ ALBERDI, M.R., "Los derechos de participación política de las personas con discapacidad" en *Revista jurídica de los Derechos Sociales (Lex social)*, núm. 1, 2019.

DE LA TEJERA HERNÁNDEZ, E.V. Y HERRERA MOLINA, P.M., "La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 141, 2014.

CELDRÁN RUANO, J., *La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes: aproximación histórica y significado actual*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996.

MENÉNDEZ REXACH, A., *La jefatura del Estado en el derecho público español*, INAP, Madrid, 1979.