

## O dereito de sufraxio universal para as persoas con discapacidade. Especial referencia aos procesos de incapacitación

El derecho de sufragio universal para las personas con discapacidad. Especial referencia a los procesos de incapacitación

The right of universal suffrage for people with disabilities. Special reference to incapacitation processes



PALOMA CANEIRO GONZÁLEZ

Doutoranda en Dereito Administrativo Iberoamericano. Universidade da Coruña (Galicia, España)

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en materia de discapacidade, atención á diversidade e igualdade de oportunidades Bolseira da Fundación ONCE, Programa “Oportunidade para o talento”, 2014 e 2015

paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRÍSTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Avogada

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en materia de discapacidade, atención á diversidade e igualdade de oportunidades cristelperezhermida@gmail.com

Recibido: 23/02/2017 | Aceptado: 30/05/2017

**Resumo:** O dereito de sufraxio é obstaculizado para as persoas con discapacidade debido a unha deficiente normativa que ten como consecuencia unha perda grave de garantías na efectividade do seu dereito. Todo iso acaba derivando nunha progresiva diminución dos índices de participación política das persoas con discapacidade e, ao mesmo tempo, nunha diminución da súa representación na vida política.

**Palabras clave:** garantías constitucionais, voto, igualdade, discapacidade, liberdade, colectivo vulnerable.

**Resumen:** El derecho de sufragio es obstaculizado para las personas con discapacidad debido a una deficiente normativa que tiene como consecuencia una pérdida grave de garantías en la efectividad de su derecho. Todo ello acaba derivando en una progresiva disminución de los índices de participación política de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo, en una disminución de su representación en la vida política.

**Palabras clave:** garantías constitucionales, voto, igualdad, discapacidad, libertad, colectivo vulnerable.

**Abstract:** The right to vote is hampered for people with disabilities due to poor legislation which results in a serious loss of guarantees in the effective right. All this ends resulting in a progressive decrease in rates

of political participation of persons with disabilities at the same time a decrease in their representation in political life.

**Key words:** constitutional guarantees, vote, equality, disability, freedom, vulnerable group.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Normativa do dereito de sufraxio das persoas con discapacidade. 3 A estreita vinculación do dereito de sufraxio cos procesos de incapacitación para as persoas con discapacidade. 3.1 A cuestión controvertida da observancia dos coñecementos políticos nos procesos de incapacitación. 4 A problemática da discapacidade no exercicio do dereito de sufraxio. 4.1 Inquietudes da actual regulación do dereito de sufraxio das persoas con discapacidade. 5 Conclusións. 6 Bibliografía. 7 Apéndice xurisprudencial.

## 1 INTRODUCCIÓN

O panorama político actual colocou o dereito de sufraxio da cidadanía nun papel de especial protagonismo. Todos os españois que quixeron exercitar o seu dereito tiveron que presentarse e ir ás urnas en dúas ocasións co fin de que un novo goberno se forme e, malia que houbo dúbidas acerca da posibilidade dunhas terceiras eleccións, estas dúbidas foron disipadas a principios de novembro do ano 2016.

Este ano as eleccións presentaron candidatos políticos con importantes discapacidades, persoas que lograron unha gran repercusión mediática, o que singularizou positivamente o proceso electoral, mostrando máis diversidade nas figuras políticas actuais.

As eleccións soben á palestra o dereito de sufraxio, tanto o activo como o pasivo. Este dereito é fundamental, pero é ademais especialmente significativo na defensa da liberdade e da dignidade da persoa, cumprindo, en palabras de Martínez Pujalte (2013: 83) *“unha función lexitimadora imprescindible para o funcionamento da democracia”*. Por todo iso, dous son os piares que se deben ter en conta antes de iniciar a lectura de calquera estudo do dereito de sufraxio: a) o carácter fundamental deste dereito, cuxa dimensión institucional é máis urxente debido a que constitúe un elemento esencial da democracia; b) a obriga *“dos poderes públicos de remover os obstáculos que impidan ou dificulten a plenitude da liberdade e a igualdade”* (Martínez Pujalte, 2013: 86).

O dereito de sufraxio activo realízase no acto de introdución da papeleta coa opción política elixida na urna. Esta acción, aparentemente sinxela, tórnase de enorme complexidade para algunhas persoas con discapacidade, podendo chegar, mesmo, a supor unha negación ou abdicación do propio dereito de sufraxio.

Os datos da Oficina de Censo Electoral indican que entre as eleccións xerais comprendidas entre o ano 2000 e o 2015 houbo un incremento de máis de 80.000 persoas que non puideron votar. En concreto, os datos son os seguintes: no ano 2000 non puideron votar 12.709 persoas; no ano 2004, 31.262; no ano 2008, 55.949; no ano 2011 a suma ascendeu a 79.233 persoas; e no ano 2015 a cifra ascendeu a 96.418. Estes datos non poden ser menos que dramáticos e así son considerados na Recomendación do Defensor do Pobo do 30 de xuño de 2016 como consecuencia da queixa n. 16008346, pódose de relevo as deficiencias no sistema normativo ou xurisprudencial, do que se falará ao longo deste estudo.

En razón de todo isto, este traballo pretende recoñecer a situación dun importante colectivo de cidadáns e cidadás que se ven privados do exercicio do dereito de sufraxio ou que teñen dificultades para exercelo. O estudo centrarase na análise da normativa e nos problemas fácticos que xorden na súa aplicación ao colectivo de persoas con discapacidade. O obxectivo a alcanzar

será unha proposta de mellora normativa que se traduza, ao propio tempo, na efectividade real do dereito de sufraxio.

Nas seguintes epígrafes analizaranse a normativa, os procesos de incapacitación e as dificultades que soportan as persoas con discapacidade ao pretender exercer o seu dereito de sufraxio. Todo iso será analizado á luz da normativa, a doutrina e a xurisprudencia.

## **2 NORMATIVA DO DEREITO DE SUFRAXIO DAS PERSOAS CON DISCAPACIDADE**

As persoas con discapacidade tiveron escasa, por non dicir nula, participación nas decisións políticas dos países. Só co paso do tempo os dereitos das persoas con discapacidade melloraron xunto cun maior compromiso de participación e ao abeiro de imprescindibles recoñecementos en textos internacionais<sup>1</sup>, de entre os que debe ser destacado o artigo 29 da *Convención internacional sobre os dereitos das persoas con discapacidade*, aprobada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 13 de decembro de 2006 en Nova York, co seguinte teor literal:

*Artigo 29. Participación na vida política e pública:*

*Os Estados partes garantiránlles ás persoas con discapacidade os dereitos políticos e a posibilidade de gozar deles en igualdade de condicións coas demais e comprometeranse a:*

*a) Asegurar que as persoas con discapacidade poidan participar plena e efectivamente na vida política e pública en igualdade de condicións coas demais, directamente ou a través de representantes libremente elixidos, incluídos o dereito e a posibilidade das persoas con discapacidade a votar e ser elixidas...*

A nivel nacional, resulta imprescindible a cita do artigo 23 da Constitución española de 1978:

*Artigo 23*

*1. Os cidadáns teñen o dereito a participar nos asuntos públicos, directamente ou por medio de representantes, libremente elixidos en eleccións periódicas por sufraxio universal...*

A Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, de réxime electoral xeral (LOREX), contén determinacións relevantes que poden ser aplicadas ás persoas con discapacidade.

Por un lado, o artigo 3 determina as persoas que carecen de dereito de sufraxio:

*Artigo 3*

*1. Carecen de dereito de sufraxio:*

*(...)*

*b) Os declarados incapaces en virtude de sentenza xudicial firme, sempre que esta declare expresamente a incapacidade para o exercicio do dereito de sufraxio. c) Os internados nun hospital psiquiátrico con autorización xudicial, durante o período que dure o seu internamento, sempre que na autorización o xuíz declare expresamente a incapacidade para o exercicio do dereito de sufraxio.*

Só de forma indirecta se alude ás persoas con discapacidade; naqueles casos en que sexan declarados incapaces por unha grave doenza física, psicosocial, cognitiva e/ou sensorial que impida o seu autogoberno, serán considerados nos apartados transcritos do precepto<sup>2</sup>.

Por outro lado, o artigo 7 dispón respecto ao sufraxio pasivo:

*2. Malia o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior, os que aspiren a ser proclamados candidatos e non figuren incluídos nas listas do censo electoral poderán selo, sempre que coa solicitude acrediten de modo fidedigno que reúnen todas as condicións exixidas para iso<sup>3</sup>.*

A LOREX foi modificada pola Lei orgánica 2/2011, do 28 de xaneiro, incorporando novidades no eido da discapacidade e a capacidade, incluíndo axustes razoables para as persoas con discapacidade visual e sancións á emisión do voto sen capacidade<sup>4</sup>. Así, o renovado 87 introduciu un procedemento de votación para as persoas cegas, permitindo o exercicio do dereito con garantía de segredo de voto, e o artigo 142 castiga con pena de prisión a quen vote sen a capacidade necesaria.

O Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, tamén fai referencia ao dereito de participación nos asuntos públicos, ao sinalar:

*Artigo 53. Dereito de participación na vida política.*

*As persoas con discapacidade poderán exercer o dereito de participación na vida política e nos procesos electorais en igualdade de condicións que o resto dos cidadáns conforme a normativa en vigor. Para iso, as administracións públicas porán á súa disposición os medios e recursos que precisen.*

Finalmente, o Real decreto 1612/2007, do 7 de decembro, regula un procedemento de voto accesible que lles facilita ás persoas con discapacidade visual o exercicio do dereito de sufraxio; e o Real decreto 422/2011, do 25 de marzo, aproba o Regulamento sobre as condicións básicas para a participación das persoas con discapacidade na vida política e nos procesos electorais.

### **3 A ESTREITA VINCULACIÓN DO DEREITO DE SUFRAXIO COS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN PARA AS PERSOAS CON DISCAPACIDADE**

Na actualidade, segue sendo común asociar incapacidade con ausencia de toda potestade sobre un mesmo. A aceptación do concepto social de discapacidade e o correlativo declive do concepto médico permitiron superar tal asociación e favoreceron a participación efectiva das persoas con discapacidade na sociedade en condicións de igualdade.

Esta realidade tamén se plasmou na xurisprudencia. A STS 373/2016, do 3 de xuño, recoñece a situación cunha frase concluínte que define a nova consideración da discapacidade na que se abandona o concepto médico limitativo *“pasándose dun réxime de substitución na adopción de decisión a outro baseado no apoio para tomalas”* (FX 3.º). Deste xeito, implantouse que a perda do dereito de sufraxio non sexa unha consecuencia automática da incapacitación.

Baixo esta premisa e con apoio na normativa consagrada na LOREX, os procesos xudiciais de incapacidade deben pronunciarse expresamente acerca do dereito de sufraxio para a persoa con discapacidade (FX 2.º da STS 181/2016, do 16 de marzo, e FX 10.º da STS 341/2014, do 1 de xuño) e poden finalizar co que o propio Tribunal Supremo cualificou como un *“traxe á medida”* para a persoa con discapacidade (FX 3.º da STS 373/2016, do 3 de xuño), é dicir, unha incapacidade parcial, requirindo a intervención dun curador pero reservando dereitos á persoa con discapacidade como o de sufraxio<sup>5</sup>. Iso evita unha disfunción na aplicación da Convención de Nova York, como sería a anulación de dereitos políticos, sociais ou de calquera outra índole recoñecidos na propia convención. Neste sentido, a xurisprudencia analizou se a decisión de privación do dereito de sufraxio activo é compatible coa convención, sinalando que a resposta debe ser positiva sempre que:

1.º) se teñan en conta as circunstancias particulares e intereses concorrentes;

2.º) se evite “*todo automatismo, incompatible cos dereitos fundamentais en xogo, para calibrar a necesidade dunha medida dirixida a protexer os intereses do incapaz e o propio interese xeral de que a participación electoral se realice de forma libre e cun nivel de coñecemento mínimo respecto do feito de votar e da decisión adoptada*” (FX 2.º da STS 1163/2016, do 16 de marzo).

Ao xuíz correspóndelle diferenciar entre dúas situacións: unha, cando a persoa non pode rexerse por si mesma, nin administrar o seu patrimonio; e outra, que estea impedida para o seu exercicio de forma correcta, co fin de pronunciarse se é conveniente negar o exercicio dun dereito fundamental, sempre seguindo un criterio restritivo na decisión de incapacitación en virtude das limitacións de dereitos que iso leva consigo (FX 10.º da STS 341/2014, do 1 de xuño). E iso porque, como recoñeceu o Tribunal Supremo, a autonomía e a independencia das persoas con discapacidade son de grande importancia, e só potenciando as súas habilidades se evita a morte social e legal destas persoas (FX 2.º da STS 421/2013, do 24 de xuño).

A toda sentenza a persegue unha obriga de motivación, exixencia que se ve reforzada cando se pretende a privación de dereitos fundamentais, como o de sufraxio. A ausencia de xustificación ou razoamento da sentenza na restrición deste dereito deu lugar a numerosos pronunciamentos que revogan a decisión de privación do dereito de sufraxio, aínda que existen algunhas excepcións<sup>6</sup>.

No proceso de incapacitación, o xuíz debe adoptar medidas proporcionais avaladas polas probas practicadas. Así, os informes periciais médicos da persoa que se pretenda incapacitar e o interrogatorio da persoa con discapacidade son probas esenciais neste proceso e determinantes del. Neste sentido, o artigo 322 do Código civil recoñece a presunción de capacidade da persoa maior de idade, que só desaparece cando se proba a concorrencia dunha enfermidade persistente que permita inferir que a persoa non pode rexer a súa persoa e os seus bens como unha persoa media. Só esta situación é a que determina a instauración dos apoios personalizados e efectivos no seu beneficio para protexer a súa personalidade, como se afirma na STS 421/2013, do 24 de xuño (FX 2.º)<sup>7</sup>.

O tratamento xurisprudencial da cuestión foi incisivo nestes aspectos, con invocación directa de tratados internacionais. Así, o Tribunal Supremo invocou o artigo 29 da Convención de Nova York antes transcrito<sup>8</sup> (STS n. 421/2013, do 24 de xuño; STS n. 341/2014, do 1 xuño; STS 181/2016, do 17 de marzo, e STS n. 373/2016, do 3 de xuño). A nivel europeo, ditáronse igualmente algunhas sentenzas transcendentales do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. Así, a STEDH do 20 de maio de 2010, *Caso Alajos Kiss contra Hungría*; STEDH do 21 de outubro de 2014, *Caso Harmati contra Hungría*, e STEDH do 23 de setembro de 2014, *Caso Gajcsi contra Hungría*.

O *Caso Alajos Kiss contra Hungría* foi resolto polo tribunal observando os seguintes elementos: obxecto lexítimo e proporcionalidade. Este último elemento é o que determina a sentenza. O tribunal considera que, aínda que o poder lexislativo nacional ten marxe de apreciación na determinación das restricións do dereito de voto, esa mesma marxe non é global. Na restrición de dereitos fundamentais dun colectivo vulnerable da sociedade que xa foi discriminado no pasado, como son as persoas con discapacidade, a marxe de apreciación do Estado é máis estreita e, polo tanto, a restrición do dereito deberá fundarse en razóns de peso. Isto xustifícase a teor dos prexuízos que sufriron as persoas con discapacidade, os mesmos que lles ocasionou unha exclusión social. Estes mesmos prexuízos son os que poden estereotipar a lexislación, prohibin-

do que as capacidades e necesidades sexan correctamente avaliadas de forma individual. No seu FX 4.º de STEDH do 20 de maio de 2010, o tribunal di:

*“O tribunal conclúe polo tanto que unha eliminación indiscriminada do dereito de voto, sen unha avaliación xudicial individual e exclusivamente baseada na discapacidade mental que precisa unha tutela parcial, non pode considerarse compatible coas bases lexítimas para restrinxir o dereito de voto”.*

### **3.1 A cuestión controvertida da observancia dos coñecementos políticos nos procesos de incapacitación**

Á hora de determinar acerca da procedencia ou non da privación do dereito de sufraxio, son diversas as sentenzas que fan referencia á necesidade de observar os coñecementos políticos da persoa afectada.

Así, a SAP de Burgos n. 103/2015, do 27 de marzo, e a STS n. 181/2016, do 17 de marzo, entre outras, xustifican a restrición do dereito de voto valorando o descoñecemento dos partidos políticos por parte da persoa incapaz.

En diferente sentido, a SAP de Cidade Real n. 257/2012, do 24 de outubro, ditaminou que non procedía xustificar a privación deste dereito no *“descoñecemento completo do sistema político español”*, considerando o tribunal que o esencial é a capacidade de optar sen influencias externas no proceso electoral. Neste mesmo sentido, a SAP de Barcelona n. 183/2014 afirma que *“non se pode xustificar unha limitación dese dereito con base en xuízos sobre o descoñecemento, por parte do presunto incapaz, das opcións políticas ou por criterios sobre a irrazonabilidade na elección das opcións”*.

A SAP de Valencia n. 304/2014, do 12 de maio, valora positivamente un inusitado interese polo devir político e revoga a sentenza de instancia no sentido de non privar do dereito de sufraxio, todo iso malia que o informe forense recollía que a persoa non era coñecedora da transcendencia do dereito de sufraxio. En similares liñas pronúnciase o maxistrado Sr. Luis Blánquez Pérez no seu voto particular á SAP de Guipúscoa n. 250/2010, do 19 de outubro.

O Auto do Tribunal Constitucional n. 196/2016, do 28 de novembro, sinala que a posesión destes coñecementos é un dato, entre outros, que se utiliza de forma razoable para recoñecer as facultades mentais (FX 4.º). Non obstante, esta posición é criticada pola maxistrada D.ª Adela Asua Batarrita no seu voto particular formulado ao auto, afirmando que a privación deste dereito pola mera carencia de determinado nivel de coñecementos políticos supón a imposición dun obstáculo á participación efectiva e plena das persoas con discapacidade na esfera política e pública. A maxistrada razoa que o exercicio de voto non está ligado a un nivel de coñecementos ou competencias, senón á condición de cidadán.

Non existe, pois, unha única liña interpretativa acerca da valoración dos coñecementos políticos do incapaz, aínda que foron habituais as sentenzas que, escusándose no único motivo de ausencia de tales coñecementos, decidiron a favor da incapacitación total.

## **4 A PROBLEMÁTICA DA DISCAPACIDADE NO EXERCICIO DO DEREITO DE SUFRAXIO**

Como se adiantou ao inicio deste traballo, un gran número de persoas con discapacidades moi heteroxéneas teñen graves dificultades para exercer o seu dereito de voto, ben sexa pola

súa propia discapacidade ou inseguridade, ou ben sexa pola ausencia de axustes razoables e/ou de accesibilidade no colexio electoral. Todo iso repercute nas condicións básicas constitucionais do sufraxio: universal, libre, igual, directo e secreto (Gálvez Muñoz e Rubio Lara, 2007: 98).

En primeiro lugar, en relación coa accesibilidade, e malia ser certo que a regulación española avala a accesibilidade dos colexios electorais co fin de que persoas con limitacións de mobilidade poidan votar, hai que ter en conta que os colexios electorais non son edificios de nova construción, senón que a súa elección vén determinada polas delegacións provinciais da Oficina do Censo Electoral, elección que non sempre considera a óptima accesibilidade do edificio. Os problemas de accesibilidade permanecen e seguen sendo frecuentes. A pesar de que hai determinadas medidas administrativas e elementos estendidos, como as ramplas para as cadeiras de rodas, existen outros que poderían ser beneficiosos para todos os electores se se atende a un “deseño para todos”. Un exemplo: a implantación de cabinas con maiores dimensións traduciríase en comodidade para todos os electores sen ter en conta as súas disfuncionalidades físicas.

En segundo lugar, a problemática da accesibilidade das papeletas de votación tan só foi resolta para as persoas con discapacidade visual, mediante a modificación da LOREX que tivo lugar no ano 2011. Esta modificación supuxo un avance, pero non é suficiente nin sequera para as propias persoas beneficiarias, pois conséguese un sistema accesible pero que leva consigo unha tramitación pouco áxil, implicando un descenso das solicitudes do *kit* de voto en braille nos últimos anos.

En terceiro lugar, cabe facer referencia ás persoas que por impedimentos físicos de grande envergadura non poden acudir ao colexio electoral. Elas requiren a axuda doutra persoa (un representante) para solicitar certificación no censo e/ou recoller a documentación electoral para acceder ao seu dereito de participación política. A única garantía prevista do dereito para este suposto é que o “apoderado” debe acreditar a enfermidade ou incapacidade impeditiva para a solicitude do voto, así como a representación que posúe. Sobra dicir que esta garantía devén insuficiente, pois deixa aberta a posibilidade de que o representante se aproveite da súa condición e emita o voto no seu lugar (Gálvez Muñoz e Rubio Lara, 2007: 107 e ss.).

Dito isto, en cuarto lugar, en moitas outras ocasións sucede que as persoas con graves discapacidades físicas requiren da asistencia dun terceiro para exercer o seu dereito, coas consecuencias que iso leva consigo. Nesta situación a axuda vén dada, na súa maioría, polos familiares e, polo tanto, esta persoa de confianza irremediabilmente coñece o voto ou a simpatía da persoa con discapacidade por un determinado partido político. Iso permite dicir que a garantía do segredo de voto é quebrantada, igual que a personalidade do voto, o cal ten outras implicacións negativas que a continuación se comentarán.

A ausencia de axustes razoables ou medidas de discriminación positiva suficientes ou eficientes no sistema de votación para as persoas con graves discapacidades implica, en definitiva, aumentar o sentimento de desigualdade, que en ocasións provoca o desánimo ou o desinterese en votar. Colateralmente, as actuais medidas ou axustes para que as persoas con discapacidade exerzan o dereito de sufraxio, por insuficientes ou inadecuadas, implican unha perda das garantías estreitamente relacionadas co propio dereito, como son a personalidade do dereito, o carácter secreto do voto e o dereito á intimidade no exercicio do dereito de sufraxio, especialmente naqueles casos en que a persoa con discapacidade necesita do auxilio dun terceiro para exercer o dereito.

Aínda que se formularon numerosos problemas, tamén son diversas as solucións, que pasan, esencialmente, pola implantación dun deseño para todos, a incorporación das novas tecnoloxías para o acto de votar con adaptacións propias para cada tipo de discapacidade e a oferta dun grupo de asistentes especializado para o día das eleccións co fin de que as persoas con graves discapacidades non necesiten da axuda da súa persoa de confianza no colexio electoral que poida condicionar o seu voto.

Á vista do exposto, poderían sinalarse catro tipos de voto: o “ordinario”, para persoas con problemas de desprazamento; o “asistido”, para as persoas que non poden votar por si mesmas; o “accesible”, para persoas con discapacidade visual; e o “a distancia”, para persoas que non se poden desprazar (Gálvez Muñoz e Rubio Lara, 2007: 99).

Por último e en referencia ao dereito de sufraxio pasivo, o panorama político actual non ofrece moitas candidaturas cunha presenza de persoas con discapacidade, o que se fai formular se son necesarias medidas de discriminación positiva. Neste sentido, sería unha medida axeitada ofrecer incentivos económicos á promoción das persoas con discapacidade na vida política ou, como se fai nas ofertas de emprego público, establecer unha porcentaxe de reserva de prazas que favorezan a inclusión (Martínez Pujalte, 2013: 107 e ss.)<sup>9</sup>.

#### **4.1 Inquietudes ante a actual regulación do dereito de sufraxio das persoas con discapacidade**

Diversos sectores pronunciáronse sobre as inquietudes que a actual regulación de discapacidade en España lles ocasiona.

Neste sentido, o Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade das Nacións Unidas, en sesións que tiveron lugar nas datas comprendidas entre o 19 e o 23 de setembro de 2011, fixo observacións acerca do informe presentado por España, preocupándose seriamente pola restrición do dereito de voto das persoas con discapacidade intelectual ou psicosocial, nos casos de que proceda a súa incapacidade ou do seu internamento nunha institución, e recomenda a revisión da lexislación para que a) as persoas con discapacidade teñan dereito a votar e participar na vida pública en condicións de igualdade que o resto de persoas, con independencia da súa deficiencia, e b) que as persoas con discapacidade que desempeñen un cargo político teñan asistencia persoal se a necesitan.

A Fiscalía Xeral do Estado entende que a privación de voto é excepcional, de modo que só pode afectar ás persoas que non teñan ningunha capacidade de decisión nos seus asuntos persoais, pois, no caso contrario, se estaría a permitir abertamente a manipulación destes votos, caso en que a “restrición” do dereito non sería tal, pois trataríase dunha constatación que se xustifica pola propia finalidade e natureza do dereito (Martínez Pujalte, 2013: 89). Noutras palabras, as persoas con discapacidade deberían ter o dito dereito con independencia da súa deterioración cognitiva, sempre que teñan algo de capacidade, pois iso respecta a dignidade da persoa recoñecida no artigo 10 da Constitución e, como ben sinala a xurisprudencia, hai que ter en conta que a limitación afecta ao libre desenvolvemento da personalidade.

A Recomendación do Defensor do Pobo do 30 de xuño de 2016, en resposta á queixa n. 16008346, resolveu que se debería promover a reforma do artigo terceiro da LOREX, co fin de reforzarse o dereito de sufraxio de persoas con discapacidade no sistema electoral, restrinxíndose o dereito de voto só nos supostos de plena inconsciencia ou falta de coñecemento da persoa con discapacidade. As recomendacións do Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapa-



cidade, a doutrina da Fiscalía Xeral do Estado e a contradición entre a LOREX e a Constitución española (Martínez Pujalte, 2013: 87 e ss.) foron determinantes nesta decisión.

Por último, o último recurso interposto ante o Tribunal Constitucional co fin de que se puidese determinar a actual problemática do dereito de sufraxio en persoas con discapacidade intelectual foi desestimado mediante o Auto n. 196/2016, do 28 de novembro. Non obstante, a Ilma. Maxistrada D.<sup>a</sup> Adela Asua Batarrita formula voto particular mostrando a súa discrepancia co auto e pon de relevo os seguintes extremos:

i) Recorda que o dereito do artigo 23 CE, en relación coas persoas con discapacidade, está directamente conectado cos artigos 9.2, 14 e 49 da Constitución española.

ii) Afirma que o artigo 49 da CE *“non se cohonesta co contido do artigo 3.1 b) da LOREX”*.

iii) Rebate a seguinte afirmación da Sala do Tribunal: *“o modelo constitucional de sufraxio universal non é per se incompatible coa privación singularizada deste dereito, por causa legalmente prevista, sobre todo cando a dita privación está revestida da garantía xudicial”*, porque o deber do lexislador é o de respectar o contido do dereito constitucional.

iv) Examina que o artigo 29 –*Participación na vida política e pública*– da Convención sobre os dereitos das persoas con discapacidade é incompatible co artigo 3 da LOREX, xa que este último fundamenta o impedimento para o exercicio de sufraxio na propia discapacidade.

v) Critica que o artigo 3 da LOREX se aplique de forma automática sen establecer criterios, razóns ou elementos esenciais orientativos para facilitar o exercicio do dereito; polo tanto, sepárase das exigencias constitucionais dos artigos 23, 9.2 e 49 da CE.

vi) Considera que o conveniente para o caso de autos, onde o que se recorre é a privación do dereito de sufraxio dunha persoa con discapacidade, é proceder á ponderación ou xuízo de proporcionalidade co fin de concluír se se vulneraba o artigo 23.1 en relación co artigo 14 da norma suprema.

## 5 CONCLUSIÓNS

Á vista de todo o descrito anteriormente, é patente que o artigo 3.1 da LOREX pode lesionar o artigo 23.1 da Constitución española, que reconece o dereito cidadán de participación nos asuntos públicos. En conformidade coa Constitución, só podería excluírse a posibilidade de emitir o voto exclusivamente aos que efectivamente carecen desa posibilidade de feito, co fin único de evitar a manipulación do voto, pois nese caso serían outros os que decidirían por eles. O problema da formulación actual é a ausencia de explicación das condicións en que se produce a exclusión do dereito (Martínez Pujalte, 2013: 90). A isto pódese engadir, no ámbito de exercicio dos dereitos políticos, a ausencia de cambio do modelo de substitución por un modelo de apoio na toma de decisión.

Se se afonda na idea de dereito de voto, este é un dereito ligado a condición de persoa e non a un determinado nivel de coñecementos (Martínez Pujalte, 2014: 18). Entón, que sentido ten privar do dereito de sufraxio unha persoa con discapacidade por non ter determinados coñecementos dos partidos políticos?; non é certo que son maioría as persoas sen discapacidade que acoden a votar sen coñecer ou coñecendo escasamente o programa electoral do partido ao que vota? Verdadeiramente, é absurdo que un sector xurisprudencial valore un determinado nivel de coñecementos para decidir acerca do dereito de participar na vida colectiva cando este

dereito non está ligado ás competencias da persoa, senón á súa condición de cidadán e ao seu dereito a participar nas decisións políticas (Martínez Pujalte, 2013: 89).

Neste sentido, quedemos coas palabras do TEDH no *Caso Hirst contra Reino Unido*, do 6 de outubro de 2005, acerca da esencialidade do dereito de sufraxio para soste unha democracia digna, efectiva e rexida polo principio de legalidade que debe velar pola inclusión.

En conclusión, malia os cambios na realidade social e as reivindicacións dos distintos sectores xurisprudenciais e doutriniais a favor da non privación do dereito de sufraxio ás persoas con discapacidade por motivo desta condición, a normativa legal e a maioría de xurisprudencia continúa avalando un concepto médico da discapacidade. Iso preocupa a órganos, entidades internacionais e especialmente ás propias persoas afectadas pola privación do seu dereito. Así mesmo, a ausencia dunha normativa que asegure o paso definitivo para que a restrición deste dereito sexa algo excepcional (para aqueles casos en que se probase que a persoa estará privada de toda razón no momento da votación ou que iso os prexudica) e non a regra (doutrina avalada por sentenzas e sectores xa mencionados) provoca o atraso dunha regulación máis próxima coas necesidades das persoas con discapacidade, que expanda un deseño para todos e medidas de discriminación positiva, que equilibre a súa actual desigualdade á hora de votar e participar na vida pública. Unha solución idónea a este conflito requiriría o seguinte:

1.º) Unha reforma da LOREX consistente en substituír os apartados b e c do seu artigo 3, establecendo que carecen de dereito de sufraxio, de forma excepcional, os que teñan afectada toda capacidade de decisión incluída a necesaria para poder votar, coa exigencia de que iso sexa expresamente declarado en sentenza xudicial firme tras un proceso xudicial.

2.º) A aprobación dun texto normativo que desenvolva en sentido máis extenso esta epígrafe, especificándose os criterios de avaliación da capacidade de votar en persoas con discapacidade (podendo ser os coñecementos políticos un dos posibles factores a valorar entre outros, pero sen ser o factor determinante), as condicións nas que procede a restrición deste dereito (evitándose que un mantemento do dereito voto a todas as persoas abra a porta á súa manipulación), que recolla o deber reforzado de motivación das sentenzas nos procesos que finalicen coa restrición do dereito de sufraxio e que garanta actuar sen barreiras da persoa con discapacidade.

3.º) A aprobación dun texto normativo que, tendo en conta as necesidades das distintas persoas con discapacidade á hora de exercer o seu dereito de sufraxio, estableza as medidas materiais, humanas e sociais que promovan a súa participación. Algunhas destas medidas poderían ser a implantación de cabinas de votación máis grandes para todos os electores, que os colexios electorais se sitúen en edificios absolutamente accesibles, que se cre un equipo de especialistas que asistan as persoas con discapacidade que o necesiten, a posta en marcha de medidas que eviten a influencia de familiares e coñecidos nas persoas con discapacidade cando estean a votar, fomentar a diversidade funcional nos propios carteis electorais que promoven a participación cidadá, etc.

## 6 BIBLIOGRAFÍA

- Biel Portero, I. 2011. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch (Monografías, 751).
- Cuenca Gómez, P. (ed.), Aragón Gómez, C. et al. 2010. *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson.
- Cuenca Gómez, P. 2012. *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Alcalá: Universidad de Alcalá (Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, 7).
- Fernández Liesa, C.R. (ed.) 2007. *La Protección Internacional de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. BOE (Colección Monografías, 53).

- Gálvez Muñoz, L.A. e Rubio Lara, P.A. 2007. «El régimen de votación de las Personas Especialmente Vulnerables y sus Garantías, en particular la Penal», *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 25, 97-131. <http://revistas.um.es/analesderecho/issue/view/5941> (31-10-2016).
- Gálvez Muñoz, L. 2008. «Sufragio y Discapacidad. Notas sobre el régimen de votación de las personas discapacitadas», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 142, 201-230. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/45113/0> (21-04-2017).
- Gálvez Muñoz, L. 2009. *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, 1ª ed. Murcia: Universidad de Murcia. Tirant monografías.
- Genzenmuller Roig, C. 2010. «Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles», *Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/Cursos/Ano-2010--Criterios-interpretativos-en-materia-de-modificacion-de-la-capacidad-y-medidas-de-apoyo> (31-10-2016).
- Martínez Pujalte, A.L. 2014. «Discapacidad y Derechos Fundamentales», *Ciudadanía y Valores-Fundación*. [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1392985246\\_170114\\_texto\\_ponencia\\_oficial.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1392985246_170114_texto_ponencia_oficial.pdf) (31-10-2016).
- Martínez Pujalte, A.L. 2015. *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, 1ª ed. Madrid: Grupo Editorial Cinca. [http://www.convenciondiscapacidad.es/ColeccionONU\\_new/14.pdf](http://www.convenciondiscapacidad.es/ColeccionONU_new/14.pdf) (31-10-2016).
- Salazar Benítez, O. 1999. *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*. Granada: Comares (Crítica del Derecho).
- Sánchez Navarro, A.J. 1998. *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates, 76).
- Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior 2003. *Colectivos en Dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*. Madrid: Dykinson S.L. (Colección de Estudios Electorales II).

## 7 APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- STEDH do 30 de marzo de 2004. Caso Hirst contra o Reino Unido.
- STEDH do 20 de maio de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría.
- STEDH do 21 de outubro de 2014. Caso Harmati contra Hungría.
- STEDH do 23 de setembro de 2014. Caso Gajcsi contra Hungría.
  
- STC n. 12/2008, do 29 de xaneiro.
- Auto TC n. 196/2016, do 28 de novembro.
  
- STS n. 421/2013, do 24 de xuño.
- STS n. 341/2014, do 1 de xuño.
- STS n. 181/2016, do 17 de marzo.
- STS n. 373/2016, do 3 de xuño.
  
- SAP de Zaragoza n. 569/2010, do 30 de setembro.
  
- SAP de Guipúscoa n. 250/2010, do 19 de outubro.
- SAP de Cidade Real n. 257/2012, do 24 de outubro.
- SAP de Barcelona n. 183/2014, do 13 de marzo.
- SAP de Valencia n. 304/2014, do 12 de maio.
- SAP de Barcelona n. 742/2014, do 10 de novembro.
- SAP de Barcelona n. 165/2015, do 5 de marzo.
- SAP de Barcelona n. 194/2015, do 18 de marzo.
- SAP de Burgos n. 103/2015, de 27 marzo.

## NOTAS

- 1 *Vid. a Declaración Americana de Dereitos e Deberes do Home*, aprobada pola IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá o 2 de maio de 1948; a *Declaración Universal de Dereitos Humanos*, adoptada pola Resolución da Asemblea Xeral das Nacións Unidas n. 217 A (iii), o 10 de decembro de 1948; o *Protocolo Adicional ao Convenio para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, feito en París o 20 de marzo de 1952; o “*Tratado de Funcionamento da Unión Europea*”, feito en Roma o 25 de marzo de 1957; o *Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos*, ratificado pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa resolución 2200 A (XXI), do 16 de decembro de 1966; a *Declaración dos Dereitos do Atrasado Mental*, proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa resolución 2856 (XXVI), do 20 de decembro de 1971; a *Declaración dos dereitos dos impedidos*, proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa resolución 3227 (xxx), do 9 de decembro de 1975; o *Programa de Acción Mundial para persoas con discapacidade*, aprobado pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 3 de decembro de 1982 na súa resolución 37/52; o *Protocolo adicional á Convención Americana sobre dereitos humanos en materia de dereitos económicos, sociais e culturais*, aprobado pola Asemblea Xeral o 17 de novembro de 1988; a *Declaración de Cartaxena de Indias sobre Políticas Integrais para as persoas con discapacidade na área iberoamericana*, adoptada na Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para as persoas anciás e persoas discapacitadas celebrada en Colombia os días 27 e 30 de outubro de 1992; a *Resolución sobre a situación das persoas con discapacidade no Continente Americano*, aprobada pola Asemblea Xeral da OEA en 1993; as *Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Persoas con discapacidade*, aprobada pola Organización das Nacións Unidas o 20 de decembro de 1993; a *Declaración e Programa de Acción de Viena*, aprobada na Conferencia Mundial de Dereitos Humanos o 25 de xuño de 1993; a *Resolución sobre a Situación dos Discapacitados no Continente Americano*, adoptada pola OEA en 1995; a *Resolución Ag/Res 1369 Compromiso de Panamá coas Persoas con Discapacidade no Continente Americano*, adoptada pola OEA no ano 1996; a *Recomendación n. R (99) 4 do Comité de Ministros dos Estados Membros do Consello de Europa sobre os principios referentes á protección xurídica dos maiores incapacitados*, adoptada o 23 de febreiro de 1999; a *Convención Interamericana para a Eliminación de todas as formas de Discriminación contra as Persoas con Discapacidade*, aprobada pola OEA en 1999; a *Carta dos Dereitos Fundamentais na Unión Europea* do 18 de decembro de 2000; a *Opinión n. 190/2002 da Comisión Europea para a Democracia polo Dereito (Comisión de Venecia) sobre o Código de Boas Prácticas en Asuntos Electorais*; a *Recomendación R (2006) 5 do Comité de Ministros dos Estados Membros do Consello de Europa sobre o Plan de Acción do Consello de Europa para a promoción dos dereitos e a plena participación das persoas con discapacidade na sociedade: mellorar a calidade de vida das persoas con discapacidades en Europa 2006-2015*, adoptada o 5 de abril de 2006; a *Convención Internacional sobre os dereitos das persoas con discapacidade*, aprobada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 13 de decembro de 2006 en Nova York.
- 2 Polo demais, como sostén Martínez Pujalte (2013: 87) “*é (...) absolutamente infrecuente que a autorización xudicial para o internamento non voluntario por razón de trastorno psíquico (...) inclúa disposición ningunha sobre o dereito de sufraxio, máxime cando tal medida se aplica normalmente a persoas que foron obxecto—ou van a selo, pois o promoverá o Ministerio Fiscal— dun proceso de modificación da capacidade*”.
- 3 Xunto a estes preceptos, téñanse en conta os artigos 72, 73, 87, 91 e 93, que ofrecen medidas para favorecer o voto das persoas especialmente vulnerables.
- 4 *Vid. artigos 31 e 41.*
- 5 Aínda que é certo que algunhas discapacidades restrinxen enormemente o autogoberno, o proceso de incapacitación é exclusivamente no propio interese da persoa con discapacidade e, polo tanto, neste adóptanse as medidas máis favorables no seu interese
- 6 No primeiro sentido, declarando ausencia de motivación, *vid. a SAP de Barcelona n. 742/2014*, do 10 de novembro; a *SAP de Barcelona 165/2015*, do 5 de marzo; a *SAP de Barcelona n. 194/2015*, do 18 de marzo, a *STS n. 341/2014*, do 1 xuño; a *STS n. 373/2016*, do 3 de xuño. Pola contra, outras sentenzas manteñen a privación do dereito de sufraxio cun escaso razoamento, como é o caso da *SAP de Zaragoza n. 569/2010*, do 30 de setembro.
- 7 Ao respecto, sinala Ganzenmuller Roig (2010: 18), tomando como referencia a sentenza do Xulgado de Primeira Instancia n. 15 de Las Palmas de Gran Canaria do 27/04/2010, ditada en autos de incapacidade n. 678/08, que só nos casos en que se acredite no marco dun proceso xudicial unha especial incapacidade da persoa para elixir unha opción ou manifestar a súa vontade sobre as ofertas electorais (tendo en conta a formación cultural da persoa) se restrinxirá o dereito de sufraxio.
- 8 *Artigo 29. Participación na vida política e pública:*  
*Os Estados partes garantiránlles ás persoas con discapacidade os dereitos políticos e a posibilidade de gozar deles en igualdade de condicións coas demais, e comprometeranse a:*  
*a) asegurar que as persoas con discapacidade poidan participar plena e efectivamente na vida política e pública en igualdade de condicións coas demais, directamente ou a través de representantes libremente elixidos, incluído o dereito e a posibilidade das persoas con discapacidade de votar e ser elixidas...*
- 9 Esta medida podería ter detractores, á vista do exposto no antecedente 10 a) e FX 5.º da STC n. 12/2008, do 29 de xaneiro.