

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

Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad de A Coruña (Galicia, España)

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas

en materia de discapacidade, atención a la diversidad e igualdad de oportunidades

Becaria de la Fundación ONCE, Programa "Oportunidad para el talento", 2014 y 2015

paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRÍSTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Abogada

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas

en materia de discapacidade, atención a la diversidad e igualdad 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 del derecho de sufragio de las personas con discapacidad. 3 La estrecha vinculación del derecho de sufragio con los procesos de incapacitación para las personas con discapacidad. 3.1 La cuestión controvertida de la observancia de los conocimientos políticos en los procesos de incapacitación. 4 La problemática de la discapacidad en el ejercicio del derecho de sufragio. 4.1 Inquietudes de la actual regulación del derecho de sufragio de las personas con discapacidad. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía. 7 Apéndice jurisprudencial.

1 INTRODUCCIÓN

El panorama político actual ha colocado el derecho de sufragio de la ciudadanía en un papel de especial protagonismo. Todos los españoles que quisieron ejercitar su derecho han tenido que presentarse e ir a las urnas en dos ocasiones a fin de que un nuevo gobierno se forme y, pese a que hubo dudas acerca de la posibilidad de unas terceras elecciones, estas dudas fueron disipadas a principios de noviembre del año 2016.

Este año las elecciones han presentado candidatos políticos con importantes discapacidades, personas que han logrado una gran repercusión mediática, lo que ha singularizado positivamente el proceso electoral, mostrando más diversidad en las figuras políticas actuales.

Las elecciones suben a la palestra el derecho de sufragio, tanto el activo como el pasivo. Este derecho es fundamental, pero es además especialmente significativo en la defensa de la libertad y de la dignidad de la persona, cumpliendo, en palabras de Martínez Pujalte (2013: 83) *“una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia”*. Por todo ello, dos son los pilares que se deben tener en cuenta antes de iniciar la lectura de cualquier estudio del derecho de sufragio: a) el carácter fundamental de este derecho, cuya dimensión institucional es más acuciada debido a que constituye un elemento esencial de la democracia; b) la obligación *“de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad”* (Martínez Pujalte, 2013: 86).

El derecho de sufragio activo se realiza en el acto de introducción de la papeleta con la opción política elegida en la urna. Esta acción, aparentemente sencilla, se torna de enorme complejidad para algunas personas con discapacidad, pudiendo llegar, incluso, a suponer una negación o ablación del propio derecho de sufragio.

Los datos de la Oficina de Censo Electoral indican que entre las elecciones generales comprendidas entre el año 2000 y el 2015 hubo un incremento de más de 80.000 personas que no pudieron votar. En concreto, los datos son los siguientes: en el año 2000 no han podido votar 12.709 personas; en el año 2004, 31.262; en el año 2008, 55.949; en el año 2011 la suma ascendió a 79.233 personas; y en el año 2015 la cifra ascendió a 96.418. Estos datos no pueden ser menos que dramáticos y así son considerados en la Recomendación del Defensor del Pueblo de fecha 30 de junio de 2016 como consecuencia de la queja n. 16008346, poniéndose de relieve las deficiencias en el sistema normativo o jurisprudencial, del que se hablará a lo largo de este estudio.

En razón de todo esto, este trabajo pretende reconocer la situación de un importante colectivo de ciudadanos y ciudadanas que se ven privados del ejercicio del derecho de sufragio o

que tienen dificultades para ejercitarlo. El estudio se centrará en el análisis de la normativa y los problemas fácticos que surgen en su aplicación al colectivo de personas con discapacidad. El objetivo a alcanzar será una propuesta de mejora normativa que se traduzca, al propio tiempo, en la efectividad real del derecho de sufragio.

En los siguientes epígrafes se analizará la normativa, los procesos de incapacitación y las dificultades que soportan las personas con discapacidad al pretender ejercitar su derecho de sufragio. Todo ello será analizado a la luz de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia.

2 NORMATIVA DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad han tenido escasa, por no decir nula, participación en las decisiones políticas de los países. Sólo con el paso del tiempo los derechos de las personas con discapacidad mejoraron junto con un mayor compromiso de participación y al amparo de imprescindibles reconocimientos en textos internacionales¹, de entre los que debe ser destacado el artículo 29 de la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, con el siguiente tenor literal:

Artículo 29. Participación en la vida política y pública:

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...

A nivel nacional, resulta imprescindible la cita del artículo 23 de la Constitución española de 1978:

Artículo 23

1. 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...

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), contiene determinaciones relevantes que pueden ser aplicadas a las personas con discapacidad.

Por un lado, el artículo 3 determina las personas que carecen de derecho de sufragio:

Artículo 3

1. Carecen de derecho de sufragio:

(...)

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

Sólo de forma indirecta se alude a las personas con discapacidad; en aquellos casos en que sean declarados incapaces por una grave dolencia física, psicosocial, cognitiva y/o sensorial que impida su autogobierno, serán considerados en los apartados transcritos del precepto².

Por otro lado, el artículo 7 dispone respecto al sufragio pasivo:

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior, los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del censo electoral podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas las condiciones exigidas para ello³.

La LOREG fue modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, incorporando novedades en el campo de la discapacidad y la capacidad, incluyendo ajustes razonables para las personas con discapacidad visual y sanciones a la emisión del voto sin capacidad⁴. Así, el renovado 87 introdujo un procedimiento de votación para las personas ciegas, permitiendo el ejercicio del derecho con garantía de secreto de voto, y el artículo 142 castiga con pena de prisión a quien vote sin la capacidad necesaria.

El Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, también hace referencia al derecho de participación en los asuntos públicos, al señalar:

Artículo 53. Derecho de participación en la vida política.

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.

Finalmente, el Real decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, y el Real decreto 422/2011, de 25 de marzo, aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales.

3 LA ESTRECHA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO CON LOS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la actualidad, sigue siendo común asociar incapacidad con ausencia de toda potestad sobre uno mismo. La aceptación del concepto social de discapacidad y el correlativo declive del concepto médico han permitido superar tal asociación y han favorecido la participación efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en condiciones de igualdad.

Esta realidad también se ha plasmado en la jurisprudencia. La STS 373/2016, de 3 de junio, reconoce la situación con una frase concluyente que define la nueva consideración de la discapacidad en la que se abandona el concepto médico limitativo *“pasándose de un régimen de sustitución en la adopción de decisión a otro basado en el apoyo para tomarlas”* (FJ 3.º). De esta manera, se ha implantado que la pérdida del derecho de sufragio no sea una consecuencia automática de la incapacidad.

Bajo esta premisa y con apoyo en la normativa consagrada en la LOREG, los procesos judiciales de incapacidad deben pronunciarse expresamente acerca del derecho de sufragio para la persona con discapacidad (FJ 2.º de la STS 181/2016, de 16 de marzo, y FJ 10.º de la STS 341/2014, de 1 de junio) y pueden finalizar con lo que el propio Tribunal Supremo ha calificado como un *“traje a medida”* para la persona con discapacidad (FJ 3.º de la STS 373/2016, de 3 de junio), es decir, una incapacidad parcial, requiriendo la intervención de un curador pero reser-

vando derechos a la persona con discapacidad como el de sufragio⁵. Ello evita una disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, como sería la anulación de derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la propia convención. En este sentido, la jurisprudencia ha analizado si la decisión de privación del derecho de sufragio activo es compatible con la convención, señalando que la respuesta debe ser positiva siempre que:

1.º) se tengan en cuenta las circunstancias particulares e intereses concurrentes;

2.º) se evite *“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”* (FJ 2.º de la STS 1163/2016, de 16 de marzo).

Al juez le corresponde diferenciar entre dos situaciones: una, cuando la persona no puede regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio; y otra, que esté impedida para su ejercicio de forma correcta, con el fin de pronunciarse si es conveniente negar el ejercicio de un derecho fundamental, siempre siguiendo un criterio restrictivo en la decisión de incapacitación en virtud de las limitaciones de derechos que ello conlleva (FJ 10.º de la STS 341/2014, de 1 de junio). Y ello porque, como ha reconocido el Tribunal Supremo, la autonomía e independencia de las personas con discapacidad son de gran importancia y sólo potenciando sus habilidades se evita la muerte social y legal de estas personas (FJ 2.º de la STS 421/2013, de 24 de junio).

A toda sentencia la persigue una obligación de motivación, exigencia que se ve reforzada cuando se pretende la privación de derechos fundamentales, como el de sufragio. La ausencia de justificación o razonamiento de la sentencia en la restricción de este derecho ha dado lugar a numerosos pronunciamientos que revocan el fallo de privación del derecho de sufragio, aunque existen algunas excepciones⁶.

En el proceso de incapacitación, el juez debe adoptar medidas proporcionales respaldadas por las pruebas practicadas. Así, los informes periciales médicos de la persona que se pretenda incapacitar y el interrogatorio de la persona con discapacidad son pruebas esenciales en este proceso y determinantes del mismo. En este sentido, el artículo 322 del Código civil reconoce la presunción de capacidad de la persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad persistente que permita inferir que la persona no puede regir su persona y sus bienes como una persona media. Sólo esta situación es la que determina la instauración de los apoyos personalizados y efectivos en su beneficio para proteger su personalidad, como se afirma en la STS 421/2013, de 24 de junio (FJ 2.º)⁷.

El tratamiento jurisprudencial de la cuestión ha sido incisivo en estos aspectos, con invocación directa de tratados internacionales. Así, el Tribunal Supremo ha invocado el artículo 29 de la Convención de Nueva York antes transcrito⁸ (STS n. 421/2013, de 24 de junio; STS n. 341/2014, de 1 junio; STS 181/2016, de 17 de marzo, y STS n. 373/2016, de 3 de junio). A nivel europeo, se han dictado igualmente algunas sentencias trascendentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la STEDH de 20 de mayo de 2010, *Caso Alajos Kiss contra Hungría*; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Caso Harmati contra Hungría*, y STEDH de 23 de septiembre de 2014, *Caso Gajcsi contra Hungría*.

El *Caso Alajos Kiss contra Hungría* fue resuelto por el Tribunal observando los siguientes elementos: objeto legítimo y proporcionalidad. Este último elemento es el que determina el fallo. El Tribunal considera que, si bien el poder legislativo nacional tiene margen de apreciación en

la determinación de las restricciones del derecho de voto, ese mismo margen no es global. En la restricción de derechos fundamentales de un colectivo vulnerable de la sociedad que ya fue discriminado en el pasado, como son las personas con discapacidad, el margen de apreciación del Estado es más estrecho y por lo tanto la restricción del derecho deberá fundarse en razones de peso. Esto se justifica a tenor de los prejuicios que sufrieron las personas con discapacidad, los mismos que les ocasionó una exclusión social. Estos mismos prejuicios son los que pueden estereotipar la legislación, prohibiendo que las capacidades y necesidades sean correctamente evaluadas de forma individual. En su FJ 4.º de la STEDH de 20 de mayo de 2010, el Tribunal dice:

“El Tribunal concluye por tanto que una eliminación indiscriminada del derecho de voto, sin una evaluación judicial individual y exclusivamente basada en la discapacidad mental que precisa una tutela parcial, no puede considerarse compatible con las bases legítimas para restringir el derecho de voto”.

3.1 La cuestión controvertida de la observancia de los conocimientos políticos en los procesos de incapacitación

A la hora de determinar acerca de la procedencia o no de la privación del derecho de sufragio, son diversas las sentencias que hacen referencia a la necesidad de observar los conocimientos políticos de la persona afectada.

Así, la SAP de Burgos n. 103/2015, de 27 de marzo, y la STS n. 181/2016, de 17 de marzo, entre otras, justifican la restricción del derecho de voto valorando el desconocimiento de los partidos políticos por parte de la persona incapaz.

En diferente sentido, la SAP de Ciudad Real n. 257/2012, de 24 de octubre, dictaminó que no procedía justificar la privación de este derecho en *“el desconocimiento completo del sistema político español”*, considerando el tribunal que lo esencial es la capacidad de optar sin influencias externas en el proceso electoral. En este mismo sentido, la SAP de Barcelona n. 183/2014 afirma que *“no puede justificarse una limitación de ese 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”*.

La SAP de Valencia n. 304/2014, de 12 de mayo, valora positivamente un inusitado interés por el devenir político y revoca la sentencia de instancia en el sentido de no privar del derecho de sufragio, todo ello pese a que el informe forense recogía que la persona no era conocedora de la trascendencia del derecho de sufragio. En similares líneas se pronuncia el magistrado Sr. Luis Blánquez Pérez en su voto particular a la SAP de Guipúzcoa n. 250/2010, de 19 de octubre.

El Auto del Tribunal Constitucional n. 196/2016, de 28 de noviembre, señala que la posesión de estos conocimientos es un dato, entre otros, que se utiliza de forma razonable para reconocer las facultades mentales (FJ 4.º). Sin embargo, esta posición es criticada por la magistrada D.ª Adela Asua Batarrita en su voto particular formulado al auto, afirmando que la privación de este derecho por el mero carecimiento de determinado nivel de conocimientos políticos supone la imposición de un obstáculo a la participación efectiva y plena de las personas con discapacidad en la esfera política y pública. La magistrada razona que el ejercicio de voto no está ligado a un nivel de conocimientos o competencias, sino a la condición de ciudadano.

No existe, pues, una única línea interpretativa acerca de la valoración de los conocimientos políticos del incapaz, aunque han sido habituales las sentencias que, excusándose en el único motivo de ausencia de tales conocimientos, han fallado a favor de la incapacitación total.

4 LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO

Como se adelantó al inicio de este trabajo, un gran número de personas con discapacidades muy heterogéneas tienen graves dificultades para ejercer su derecho de voto, bien sea por su propia discapacidad o inseguridad, o bien sea por la ausencia de ajustes razonables y/o de accesibilidad en el colegio electoral. Todo ello repercute en las condiciones básicas constitucionales del sufragio: universal, libre, igual, directo y secreto (Gálvez Muñoz y Rubio Lara, 2007: 98).

En primer lugar, en relación con la accesibilidad, y si bien es cierto que la regulación española avala la accesibilidad de los colegios electorales a fin de que personas con limitaciones de movilidad puedan votar, hay que tener en cuenta que los colegios electorales no son edificios de nueva construcción, sino que su elección viene determinada por las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, elección que no siempre considera la óptima accesibilidad del edificio. Los problemas de accesibilidad permanecen y siguen siendo frecuentes. Si bien ya hay determinadas medidas administrativas y elementos extendidos, como las rampas para las sillas de ruedas, existen otros que podrían ser beneficiosos para todos los electores si se atiende a un "diseño para todos". Un ejemplo: la implantación de cabinas con mayores dimensiones se traduciría en comodidad para todos los electores sin tener en cuenta sus disfuncionalidades físicas.

En segundo lugar, la problemática de la accesibilidad de las papeletas de votación tan sólo ha sido resuelta para las personas con discapacidad visual, mediante la modificación de la LO-REG que tuvo lugar en el año 2011. Esta modificación ha supuesto un avance, pero no es suficiente ni siquiera para las propias personas beneficiarias, pues se consigue un sistema accesible pero que conlleva una tramitación poco ágil, implicando un descenso de las solicitudes del *kit* de voto en braille en los últimos años.

En tercer lugar, cabe hacer referencia a las personas que por impedimentos físicos de gran envergadura les es imposible acudir al colegio electoral. Ellas requieren la ayuda de otra persona (un representante) para solicitar certificación en el censo y/o recoger la documentación electoral para acceder a su derecho de participación política. La única garantía prevista del derecho para este supuesto es que el "apoderado" debe acreditar la enfermedad o incapacidad impeditiva para la solicitud del voto, así como la representación que posee. Sobra decir que esta garantía deviene insuficiente, pues deja abierta la posibilidad de que el representante se aproveche de su condición y emita el voto en su lugar (Gálvez Muñoz y Rubio Lara, 2007: 107 y ss.).

Dicho esto, en cuarto lugar, en muchas otras ocasiones sucede que las personas con graves discapacidades físicas requieren de la asistencia de un tercero para ejercer su derecho, con las consecuencias que ello conlleva. En esta situación la ayuda viene dada, en su mayoría, por los familiares y, por lo tanto, esta persona de confianza irremediablemente conoce el voto o la simpatía de la persona con discapacidad por un determinado partido político. Ello permite decir que la garantía del secreto de voto es quebrantada, al igual que la personalidad del voto, lo cual tiene otras implicaciones negativas que a continuación se comentarán.

La ausencia de ajustes razonables o medidas de discriminación positiva suficientes o eficientes en el sistema de votación para las personas con graves discapacidades implica, en definitiva, aumentar el sentimiento de desigualdad, que en ocasiones provoca el desánimo o desinterés en votar. Colateralmente, las actuales medidas o ajustes para que las personas con discapacidad ejerzan el derecho de sufragio, por insuficientes o inadecuadas, implican una pérdida de las garantías estrechamente relacionadas con el propio derecho, como son la personalidad del

derecho, el carácter secreto del voto y el derecho a la intimidad en el ejercicio del derecho de sufragio, especialmente en aquellos casos en que la persona con discapacidad necesita del auxilio de un tercero para ejercer el derecho.

Si bien se han planteado numerosos problemas, también son diversas las soluciones, que pasan, esencialmente, por la implantación de un diseño para todos, la incorporación de las nuevas tecnologías para el acto de votar con adaptaciones propias para cada tipo de discapacidad y la oferta de un grupo de asistentes especializado para el día de las elecciones a fin de que las personas con graves discapacidades no necesiten de la ayuda de su persona de confianza en el colegio electoral que pueda condicionar su voto.

A la vista de lo expuesto, podrían señalarse cuatro tipos de voto: el “ordinario” para personas con problemas de desplazamiento, el “asistido” para las personas que no pueden votar por sí mismas, el “accesible” para personas con discapacidad visual y el “a distancia” para personas que no se pueden desplazar (Gálvez Muñoz y Rubio Lara, 2007: 99).

Por último y en referencia al derecho de sufragio pasivo, el panorama político actual no ofrece muchas candidaturas con una presencia de personas con discapacidad, lo que hace plantearse si son necesarias medidas de discriminación positiva. En este sentido, sería una medida adecuada ofrecer incentivos económicos a la promoción de las personas con discapacidad en la vida política o, como se hace en las ofertas de empleo público, establecer un porcentaje de reserva de plazas que favorezcan la inclusión (Martínez Pujalte, 2013: 107 y ss.)⁹.

4.1 Inquietudes ante la actual regulación del derecho de sufragio de las personas con discapacidad

Diversos sectores se han pronunciado sobre las inquietudes que la actual regulación de discapacidad en España les ocasiona.

En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en sesiones que tuvieron lugar en la fecha comprendida entre el 19 y el 23 de septiembre de 2011, hizo observaciones acerca del informe presentado por España, preocupándose seriamente por la restricción del derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, en los casos de que proceda su incapacidad o de su internamiento en una institución, y recomienda la revisión de la legislación para que a) las personas con discapacidad tengan derecho a votar y participar en la vida pública en condiciones de igualdad que el resto de personas, con independencia de su deficiencia, y b) que las personas con discapacidad que desempeñen un cargo político tengan asistencia personal si la necesitan.

La Fiscalía General del Estado entiende que la privación de voto es excepcional, de tal modo que sólo puede afectar a las personas que no tengan ninguna capacidad de decisión en sus asuntos personales, pues, en caso contrario, se estaría permitiendo abiertamente la manipulación de estos votos, en cuyo caso la “restricción” del derecho no sería tal, pues se trataría de una constatación que se justifica por la propia finalidad y naturaleza del derecho (Martínez Pujalte, 2013: 89). En otras palabras, las personas con discapacidad deberían tener dicho derecho con independencia de su deterioro cognitivo, siempre que tengan algo de capacidad, pues eso respeta la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 de la Constitución y, como bien señala la jurisprudencia, hay que tener en cuenta que la limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad.

La Recomendación del Defensor del Pueblo de fecha 30 de junio de 2016, en respuesta a la queja n. 16008346, resolvió que se debería promover la reforma del artículo tercero de la LOREG, a fin de reforzarse el derecho de sufragio de personas con discapacidad en el sistema electoral, restringiéndose el derecho de voto sólo en los supuestos de plena inconsciencia o falta de conocimiento de la persona con discapacidad. Las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la doctrina de la Fiscalía General del Estado y la contradicción entre la LOREG y la Constitución española (Martínez Pujalte, 2013: 87 y ss.) fueron determinantes en esta decisión.

Por último, el último recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional a fin de que se pudiese determinar la actual problemática del derecho de sufragio en personas con discapacidad intelectual ha sido desestimado mediante el Auto n. 196/2016, de 28 de noviembre. Sin embargo, la Ilma. Magistrada D.^a Adela Asua Batarrita formula voto particular mostrando su discrepancia con el auto y pone de relieve los siguientes extremos:

i) Recuerda que el derecho del artículo 23 de la CE, con relación a las personas con discapacidad, está directamente conectado con los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución española.

ii) Afirma que el artículo 49 de la CE *“no se cohoneste con el contenido del art 3.1 b) LOREG”*.

iii) Rebate la siguiente afirmación de la Sala del Tribunal: *“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”*, porque el deber del legislador es el de respetar el contenido del derecho constitucional.

iv) Examina que el artículo 29 *–Participación en la vida política y pública–* de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es incompatible con el artículo 3 de la LOREG, toda vez que este último fundamenta el impedimento para el ejercicio de sufragio en la propia discapacidad.

v) Critica que el artículo 3 de la LOREG se aplique de forma automática sin establecer criterios, razones o elementos esenciales orientativos para facilitar el ejercicio del derecho; por lo tanto, se separa de las exigencias constitucionales de los artículos 23, 9.2 y 49 de la CE.

vi) Considera que lo conveniente para el caso de autos, donde lo que se recurre es la privación del derecho de sufragio de una persona con discapacidad, es proceder a la ponderación o juicio de proporcionalidad a fin de concluir si se vulneraba el artículo 23.1 en relación con el artículo 14 de la norma suprema.

5 CONCLUSIONES

A la vista de todo lo descrito anteriormente, es patente que el artículo 3.1 de la LOREG puede lesionar el artículo 23.1 de la Constitución española, que reconoce el derecho ciudadano de participación en los asuntos públicos. En conformidad con la Constitución, sólo podría excluirse la posibilidad de emitir el voto exclusivamente a quienes efectivamente carecen de esa posibilidad de hecho, con el fin único de evitar la manipulación del voto, pues en ese caso serían otros quienes decidirían por ellos. El problema de la formulación actual es la ausencia de explicación de las condiciones en las que se produce la exclusión del derecho (Martínez Pujalte, 2013: 90). A esto se puede añadir, en el ámbito de ejercicio de los derechos políticos, la ausencia de cambio del modelo de sustitución por un modelo de apoyo en la toma de decisión.

Si se profundiza en la idea de derecho de voto, este es un derecho ligado a condición de persona y no a un determinado nivel de conocimientos (Martínez Pujalte, 2014: 18). Entonces, ¿qué sentido tiene privar del derecho de sufragio a una persona con discapacidad por no tener determinados conocimientos de los partidos políticos?; ¿no es cierto que son mayoría las personas sin discapacidad que acuden a votar sin conocer o conociendo escasamente el programa electoral del partido al que vota? Verdaderamente, es un sinsentido que un sector jurisprudencial valore un determinado nivel de conocimientos para decidir acerca del derecho de participar en la vida colectiva cuando este derecho no está ligado a las competencias de la persona, sino a su condición de ciudadano y a su derecho a participar en las decisiones políticas (Martínez Pujalte, 2013: 89).

En este sentido, quedémonos con las palabras del TEDH en el *Caso Hirst contra Reino Unido* de 6 de octubre de 2005 acerca de la esencialidad del derecho de sufragio para sostener una democracia digna, efectiva y regida por el principio de legalidad que debe velar por la inclusión.

En conclusión, pese a los cambios en la realidad social y las reivindicaciones de los distintos sectores jurisprudenciales y doctrinales a favor de la no privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad por motivo de esta condición, la normativa legal y la mayoría de jurisprudencia continúan avalando un concepto médico de la discapacidad. Ello preocupa a órganos, entidades internacionales y especialmente a las propias personas afectadas por la privación de su derecho. Asimismo, la ausencia de una normativa que asegure el paso definitivo para que la restricción de este derecho sea algo excepcional (para aquellos casos en que se probase que la persona estará privada de toda razón en el momento de la votación o que ello los perjudica) y no la regla (doctrina avalada por sentencias y sectores ya mencionados) provoca el retraso de una regulación más cercana con las necesidades de las personas con discapacidad, que expanda un diseño para todos y medidas de discriminación positiva, que equilibre su actual desigualdad a la hora de votar y participar en la vida pública. Una solución idónea a este conflicto requeriría lo siguiente:

1.º) Una reforma de la LOREG, consistente en sustituir los apartados b y c de su artículo 3, estableciendo que carecen de derecho de sufragio, de forma excepcional, quienes tengan afectada toda capacidad de decisión incluida la necesaria para poder votar, con la exigencia de que ello sea expresamente declarado en sentencia judicial firme tras un proceso judicial.

2.º) La aprobación de un texto normativo que desarrolle en sentido más extenso este epígrafe, especificándose los criterios de evaluación de la capacidad de votar en personas con discapacidad (pudiendo ser los conocimientos políticos uno de los posibles factores a valorar entre otros, pero sin ser el factor determinante), las condiciones en las que procede la restricción de este derecho (evitándose que un mantenimiento del derecho voto a todas las personas abra la puerta a su manipulación), que recoja el deber reforzado de motivación de las sentencias en los procesos que finalicen con la restricción del derecho de sufragio y que garantice el actuar sin barreras de la persona con discapacidad.

3.º) La aprobación de un texto normativo que teniendo en cuenta las necesidades de las distintas personas con discapacidad a la hora de ejercer su derecho de sufragio establezca las medidas materiales, humanas y sociales que promuevan su participación. Algunas de estas medidas podrían ser la implantación de cabinas de votación más grandes para todos los electores, que los colegios electorales se ubiquen en edificios absolutamente accesibles, que se cree un equipo de especialistas que asistan a las personas con discapacidad que lo necesiten, la implementación de medidas que eviten la influencia de familiares y conocidos en las personas con discapacidad cuando estén votando, promocionar la diversidad funcional en los propios carteles electorales que promueven la participación ciudadana, 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. y 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.
- Ganzenmuller 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/cgpi/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 (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 (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 de 30 de marzo de 2004. Caso Hirst contra el Reino Unido.
- STEDH de 20 de mayo de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría.
- STEDH de 21 de octubre de 2014. Caso Harmati contra Hungría.
- STEDH de 23 de septiembre de 2014. Caso Gajcsi contra Hungría.

- STC n. 12/2008, de 29 de enero.
- Auto TC n. 196/2016, de 28 de noviembre.

- STS n. 421/2013, de 24 de junio.
- STS n. 341/2014, de 1 de junio.
- STS n. 181/2016, de 17 de marzo.
- STS n. 373/2016, de 3 de junio.

- SAP de Zaragoza n. 569/2010, de 30 de septiembre.

- SAP de Guipúzcoa n. 250/2010, de 19 de octubre.
- SAP de Ciudad Real n. 257/2012, de 24 de octubre.

- SAP de Barcelona n. 183/2014, de 13 de marzo.
- SAP de Valencia n. 304/2014, de 12 de mayo.
- SAP de Barcelona n. 742/2014, de 10 de noviembre.
- SAP de Barcelona n. 165/2015, de 5 de marzo.
- SAP de Barcelona n. 194/2015, de 18 de marzo.
- SAP de Burgos n. 103/2015, de 27 marzo.

NOTAS

- 1 *Vid. la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948; *la Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n. 217 A (iii), el 10 de diciembre de 1948; *el Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, hecho en París el 20 de marzo de 1952; o *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957; *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; *la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971; *la Declaración de los derechos de los impedidos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3227 (xxx), de 9 de diciembre de 1975; *el Programa de Acción Mundial para personas con discapacidad*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52; *el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, aprobado por la Asamblea General el 17 de noviembre de 1988; *la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las personas con discapacidad en el área Iberoamericana*, adoptada en Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para las personas ancianas y personas discapacitadas celebrada en Colombia los días 27 y 30 de octubre de 1992; *la Resolución sobre la situación de las personas con discapacidad en el Continente Americano*, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1993; *las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad*, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993; *la Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada en Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993; *la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano*, adoptada por la OEA en el año 1995; *la Resolución Ag/Res 1369 Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el Continente Americano*, adoptada por la OEA en año 1996; *la Recomendación n. R (99) 4 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*, adoptada el 23 de febrero de 1999; *la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, aprobada por la OEA en el año 1999; *la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, de 18 diciembre de 2000; *la Opinión n. 190/2002 de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) sobre el Código de Buenas Prácticas en Asuntos Electorales*; *la Recomendación R (2006) 5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, adoptada el 5 de abril de 2006; *la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York.
- 2 or lo demás, como sostiene Martínez Pujalte (2013: 87) “es (...) absolutamente infrecuente que la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (...) se incluya disposición alguna sobre el derecho de sufragio, máxime cuando tal medida se aplica normalmente a personas que han sido objeto –o van a serlo, pues lo promoverá el Ministerio Fiscal– de un proceso de modificación de la capacidad”.
- 3 Junto a estos preceptos, ténganse en cuenta los artículos 72, 73, 87, 91 y 93 que ofrecen medidas para favorecer el voto de las personas especialmente vulnerables.
- 4 *Vid.* artículos 31 y 41.
- 5 Si bien es cierto que algunas discapacidades restringen enormemente el autogobierno, el proceso de incapacitación es exclusivamente en el propio interés de la persona con discapacidad y, por lo tanto, en el mismo se adoptan las medidas más favorables en su interés.
- 6 En el primer sentido, declarando ausencia de motivación, *vid.* la SAP de Barcelona n. 742/2014, de 10 de noviembre; la SAP de Barcelona 165/2015, de 5 de marzo; la SAP de Barcelona n. 194/2015, de 18 de marzo, la STS n. 341/2014, de 1 junio; la STS n. 373/2016, de 3 de junio. Por el contrario, otros fallos mantienen la privación del derecho de sufragio con un escaso razonamiento, como es el caso de la SAP de Zaragoza n. 569/2010, de 30 de septiembre.
- 7 Al respecto, señala Ganzenmuller Roig (2010: 18), tomando como referencia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Las Palmas de Gran Canaria de 27/04/2010 dictada en autos de incapacitación n. 678/08, que sólo en los casos en que se acredite en el marco de un proceso judicial una especial incapacitación de la persona para elegir una opción o manifestar su voluntad sobre las ofertas electorales (teniendo en cuenta la formación cultural de la persona) se restringirá el derecho de sufragio.
- 8 **Artículo 29. Participación en la vida política y pública:**
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...
- 9 Esta medida podría tener detractores, a la vista de lo expuesto en el antecedente 10 a) y FJ 5.º de la STC n. 12/2008, de 29 de enero.