

EL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

JESÚS LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES (*)

(*) Abogado del Estado. Ex Vicepresidente de la Comisión parlamentaria para las Políticas Integrales sobre Discapacidad. Miembro del Patronato de la Fundación Aequitas.

La Asamblea de Naciones Unidas aprobó con fecha de 13 de diciembre de 2006 la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y que en nuestro país entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Este texto es el resultado de un largo trabajo respecto un sector de la población por cuya integración y reconocimiento de la igualdad queda mucho por hacer.

En España la larga tarea de reconocimiento de los poderes públicos hacia estas personas, comenzó con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, norma jurídica que marcó un hito y que fue muy avanzada en su época y que a pesar de los treinta años transcurridos, mantiene la frescura e incluso en alguna de sus materias su efectividad sigue siendo un desiderátum.

Con posterioridad, otras disposiciones legislativas que en otro momento serán citadas, vinieron a complementar el tratamiento y la atención normativa respecto estas personas aunque el gran impacto, a pesar de los avances conseguidos desde entonces, se produce con ocasión de la aprobación de la mencionada Convención que puso de relieve que en nuestro país, a pesar de los logros en esta materia, quedaba y queda mucho por hacer y desarrollar.

En cumplimiento de la misma, se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional. Sin embargo y pese a la mejora que experimentó en el iter parlamentario, esta norma, aunque modificaba parcialmente dieciséis leyes, el alcance de los cambios eran cuestiones bastante menores, quedando pendiente las nucleares que tienen su raíz en el Código Civil y la

significación y alcance de la incapacitación que requiere, a la luz de la Convención, una revisión total en el Derecho español y en este sentido ya tuve la oportunidad de expresarlo en otros momentos y cuando aquella estaba en proceso de elaboración(1).

En todo caso, es fundamental considerar que todo lo que concierne a estas personas con discapacidad tanto en el ámbito civil, con las consecuencias múltiples en la vida privada, como en lo que afecta a su configuración pública, han de situarse en la órbita de los derechos humanos, Este es, nítidamente, el enfoque de toda la Convención de la ONU y el trasunto que recorre a toda ella.

Estamos no ya ante medidas de protección o de reconocimiento sino claramente, de la proclamación y la efectividad de lo que son plenamente derechos humanos, los que corresponden a todas las personas sin distinción y sin que las limitaciones o circunstancias puedan condicionar su dignidad ni la efectividad con todas las consecuencias personales y comunitarias que conlleva.

Una segunda consideración se refiere al hecho de que tratándose de derechos humanos, lo que es el derecho a sufragio tanto activo como pasivo, tiene el carácter de derecho fundamental y sustancial. Y hay algo que le hace diferente de los tratados que usualmente se mueven en el ámbito del Derecho Privado, mientras que lo que es el derecho a voto, se proyecta más allá de la individualidad del sujeto pues trasciende a la propia sociedad.

En efecto, el derecho a voto al que se refieren estas reflexiones va más allá de la privacidad y se convierte en un derecho público, de naturaleza política y cuya expresión: derecho de voto en elecciones libres, tiene una profunda conexión con lo que supone la exigencia de un principio democrático y una sociedad articulada y vertebrada desde la igualdad en derechos y la participación de personas libres en la elección de sus representantes.

(1) *Personas capaces, leyes incapaces*. Revista Abogados.es. Consejo General de la Abogacía española, marzo de 2011. *Menos proteccionismo, más derechos humanos*. Escritura Pública. Consejo General del Notariado. Junio de 2011.

Una última consideración previa ha de hacerse. Sin perjuicio de la necesidad de la adaptación de la legislación interna de la cual la Ley 26/2011 citada anteriormente ha sido un primer aunque muy insuficiente paso, siendo la futura reforma del artículo 13 del Código Civil la clave, no debe olvidarse algo muy importante: la Convención puede y debe ser directamente aplicable por los poderes públicos y exigible por los ciudadanos.

En este sentido, quiero destacar dos preceptos del Texto Constitucional. El primero, el artículo 96.1 donde se afirma que los Tratados internacionales (y es el caso de la Convención) «validadamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Derecho interno». Un segundo precepto, que a mi me gusta particularmente y cuya autoría se debe al senador constituyente Lorenzo Martín Retortillo, es el artículo 10.2 en el que se dispone que: «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».

Decía que el derecho de voto es un derecho de naturaleza política y al cual la Convención se refiere en el artículo 29. Pero un texto jurídico es un corpus en el que sin perjuicio de un reflejo concreto en un precepto, como es el caso, hay otros artículos que constituyen presupuesto de esa plasmación y que integran un hilo conductor y que tienen una dimensión de transversalidad. Así, desde los principios generales y sustanciales que proclama el artículo 3; la proclamación de la igualdad y no discriminación del artículo 5; el igual reconocimiento como persona ante la ley en el artículo 12; la libertad de la persona del artículo 14; el derecho a ser incluido en la comunidad del artículo 19 o la libertad de expresión y opinión del artículo 21.

Desde este contexto, el derecho de participación en la vida política y pública del artículo 29, en el que se recoge el sufragio electoral, tiene una reforzada significación.

Ello tiene diversas consideraciones que contempla este precepto como el deber de promover un entorno en el que estas personas pue-

dan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones y fomentar su participación en ongs y partidos políticos y a la constitución de asociaciones de organizaciones dedicadas a representar al sector.

Pero además de estos aspectos mencionados, está, muy vinculada a la accesibilidad con carácter general, la manifestación que se recoge en el artículo 29: exigencia o garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar, debiendo facilitarse que las personas con discapacidad puedan emitir su voto sin intimidación y en secreto o la posibilidad de que cuando fuese necesario y a petición de ella, se ha de permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.

Pero he de referirme ahora a la cuestión central, referida a la efectividad del derecho de voto por personas discapacitadas a la luz de la Convención Internacional que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

Quiero destacar que la primera norma reguladora de la materia electoral, el Real Decreto-Ley 20/77, de 18 de marzo, disponía en su artículo 2.1 que son electores «los españoles mayores de edad incluidos en el censo y que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y políticos», requisitos estos que también se exigía tener para ser elegibles.

Frente a esto, la Convención en su artículo 29 establece el compromiso de los Estados firmantes a para asegurar que las personas con discapacidad puedan «participar plena y efectivamente 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».

Quiero llamar la atención sobre un mismo vocablo utilizado por ambas normas jurídicas, el de «pleno», pues mientras que la Convención habla de derecho a participación «plena» y efectiva, la inicial normativa electoral en nuestro país exigía como presupuesto para el ejercicio del sufragio estar en «pleno» uso de los derechos civiles, además de los políticos.

Una evolución positiva en el Derecho interno, se produce con ocasión de la norma que sustituye al Decreto-Ley mencionado y que no es otra que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En esta, conjugando los artículos 2 y 3.1.b) se dispone que: «El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que... (no hayan sido) declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad/inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio».

El problema surge porque durante mucho tiempo se entendía que la mejor manera de «proteger» a las personas discapacitadas era promover un proceso de incapacitación. Y en estos, la declaración judicial que se pretendía y obtenía era una declaración sin más de inhabilitación, sin ningún tipo de matices.

Con ello, se les estaba incapacitando para la vida privada pero también se les llevaba a que perdieran su condición de ciudadano. Y esto funcionaba así con aquiescencia de familiares, jueces y fiscales. No se le preguntaba a la persona con limitaciones y acaso, igual daba.

Además, la inercia era muy grande pues no se tenía en cuenta la reforma del Código Civil producida mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que ya había abandonado el sistema tradicional basado en el binomio capacidad o incapacidad, instaurando un sistema más racional y ponderado en el que se admitían diversas situaciones adaptables a las necesidades de protección de quien precisase la medida.

Pero, sin embargo, la gran mayoría de los procesos, concluían con esa declaración judicial donde, sin ambages, se declaraba *in totum* la incapacidad de esa persona, con los efectos civiles y de todo orden, entre ellos el sufragio. Ello venía a suponer una falta de consideración hacia el apartado 2 del artículo 3 de la LOREG donde se dispone que: «A los efectos previstos en este artículo, los jueces y 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.

La situación empieza a cambiar cuando en tiempo bastantes recientes, las familias, conscientes de que esas personas, aún con limitaciones, son sujetos titulares de derechos, no acuden con tanta facilidad ante los jueces, asumiendo en que no necesariamente una sobreprotección, con consecuencias generalmente tan radicales por la incapacitación, es la mejor solución.

A un nivel normativo, interesa destacar, aún antes de ello, la Ley 5/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción a la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Ambas tienen por objeto impulsar las garantías suplementarias que precisan las personas con discapacidad para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

Asimismo, en épocas más recientes, el Tribunal Supremo ya venía sosteniendo que la incapacitación únicamente constituye un sistema de protección frente a las limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrán discutirse los derechos fundamentales del sometido a dicho sistema de protección.

Así, resulta importante tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 en el que, intentando conciliar el sistema vigente del Código Civil con la Convención, ordena que se tenga en cuenta que las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la incapacitación total constituye esencialmente una forma de protección la cual debe acordarse únicamente en supuestos excepcionales, solo cuando resulte estrictamente necesario.

Es de justicia hacer referencia al cambio de mentalidad en el ámbito de la Fiscalía que ya en el año 2008 dictó una Instrucción, la número 4, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces. Pero posteriormente hay otra más completa cual es la Instrucción número 3 de año 2010 sobre «la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas».

El título de esta Instrucción es expresivo y uno de los propósitos es evitar que los fiscales utilicen en sus informes fórmulas de carácter genérico o de contenido estereotipado en las que se prescindiera del análisis concreto de la situación de la persona cuya capacidad se cuestiona. Por ello, se les incita —o se podría decir que obliga— a que en cada caso concreto se han de tener en cuenta la capacidad de decisión y de ejercicio sobre una serie de habilidades vitales que afectan a diversos ámbitos, obligando a hacer una valoración de estas al determinar qué actos pueden o no realizar y, en su caso, los límites y las medidas de apoyo.

En estos procedimientos, a la luz de la Convención de Naciones Unidas, lo que se debe pretender no es limitar *in genere* la capacidad jurídica de la persona afectada sino determinar su alcance y extensión sobre la base de habilidades y aptitudes lo que implica su ineludible concreción en relación con los diversos ámbitos de la vida.

Lo indicado es perfectamente aplicable a muchos ámbitos de la vida civil ordinaria, pero también a lo que aquí nos ocupa: el derecho a voto.

Tal y como anteriormente se expresó, la LOREG de 1986, señala en el artículo 3 que carecen de derecho de sufragio los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. Al tiempo, se ordena que los jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la capacidad para el ejercicio del derecho del sufragio.

Pues bien, con la misma facilidad con que se declaraba *in totum* judicialmente la incapacidad de una persona, con la misma inercia, y casi indiferencia, se hacía —y se hace todavía aunque en menor medida— la privación de la capacidad respecto el derecho de sufragio.

Por ello y frente a ello, hay que partir de la consideración de que el derecho de voto, como manifestación del derecho a participar en asuntos públicos, es un derecho absolutamente esencial de carácter

político. Negado este derecho, puede afirmarse que se niega prácticamente la ciudadanía.

Siendo, pues, un derecho fundamental y afectando su limitación al libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1, su privación ha de hacerse no solo mediante sentencia judicial, sino acreditando de modo efectivo y contundente que el estado físico y psíquico del afectado le impide decidir de forme consciente y libre sobre quienes elegiría para ser sus representantes.

La regla ha de ser, pues, la conservación de este derecho salvo que concurran y se acrediten que la persona concreta con esas circunstancias tan graves como excepcionales no está en condiciones mínimas para discernir lo que supone la elección política y ejercitar este derecho.

Así pues, la mera declaración de incapacidad de una persona no debe traer por sí mismo y como causa necesaria la pérdida del derecho a voto, de modo, que se ha de intentar al máximo que se le mantenga este derecho salvo que esas circunstancias que antes he calificado como graves o excepcionales le impidan totalmente en sus capacidades cognitivas y racionales.

Para decretar la pérdida del derecho a voto, no basta, como todavía sucede, acreditar que una persona esta impedida para regir su persona y sus bienes sino que es preciso un plus, algo más: que esa persona tenga una especial discapacidad para ejercer este derecho fundamental.

Y ello, ha de interpretarse restrictivamente no solo por la importancia del derecho que se limita sino porque además, incide negativamente en la integración social que se pretende respecto personas con deficiencias síquicas.

Procedería únicamente valorar si la persona en cuestión tiene gravemente alterada su capacidad y discernimiento para tener una elemental opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas políticas, en lo cual, además de lo expuesto, influye, como es lógico, la formación cultural. Y sin que ello pueda ejercitarse por delegación

o suplantación de otra persona pues es un derecho personalísimo e intransmisible.

De este modo, puede afirmarse que si bien otros actos más cotidianos de la vida se pueden ver afectados por el alcance de los efectos determinados por una resolución judicial, hay uno que aunque es de ejercicio periódico tiene una gran relevancia política y cuya privación supone la negación de la condición de ciudadano y la merma de su dignidad y libertad: el derecho de sufragio, con la consiguiente consideración de una ciudadanía de segunda categoría.

Además eso no tiene la consideración indicada a nivel particular sino que también es un reflejo de la madurez de la propia sociedad. Esto es, tiene también una consideración comunitaria.

En esta materia, también la Convención de Naciones Unidas ha venido a agitar las inercias que en esta materia tanto se prodigan, postulando por el mantenimiento y reconocimiento de este derecho fundamental. Para ello, junto a la sensibilidad ya expresada por el Ministerio Fiscal en las Instrucciones indicadas, sería muy recomendable que desde el Consejo del Poder Judicial se postulase, recogiendo sentencias recientes como la de 11 de febrero de 2011 de la Audiencia de Guipúzcoa (en contraste con otra dictada por el mismo tribunal el 17 de octubre de 2010), una mayor sensibilidad de los magistrados en orden a la máxima defensa y el principio conservacionista de este derecho en aquellos que aún con alguna discapacidad, son personas en el sentido más pleno y, por consiguiente, son ciudadanos titulares de derechos humanos.