

NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

PABLO TORTAJADA CHARDÍ

Profesor Asociado Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia,
Abogado.

Pablo.Tortajada-Chardi@uv.es

RESUMEN: El nuevo enfoque y tendencia legislativa en materia de discapacidad, fruto del desarrollo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que establece en su artículo 12 el derecho de igualdad, junto la reciente promulgación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, establece finalmente que toda persona podrá ejercer el derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera, encontrándonos ante un nuevo paradigma de inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad. La jurisprudencia viene a contribuir junto con las reformas legislativas a ese nuevo escenario, impulsando la extensión de cambio del modelo de sustitución en la toma de decisiones por el nuevo modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, ante la necesidad de conseguir la plena inclusión social y el objetivo esencial de implantación del derecho de igualdad en toda su extensión.

PALABRAS CLAVE: personas con discapacidad; derecho de sufragio; extensión modelo; inclusión; igualdad.

ABSTRACT: The new approach and legislative tendency on disability matters, as a result of the development of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted by the United Nations on December 13, 2006, which establishes in its Article 12 the right to equality, together with the recent promulgation of the Organic Law 2/2018, of December 5, for the modification of the Organic Law 5/1985, of June 19, of the General Electoral Regime to guarantee the right of suffrage of all persons with disability, finally establishes that everyone can exercise the right to vote, consciously, freely and voluntarily, whatever their way of communicating it and with the means of support it requires, finding ourselves before a new paradigm of inclusion of people with disabilities in the society. The jurisprudence comes to contribute along with the legislative reforms to this new scenario, promoting the extension of change of the model of substitution in decision-making by the new model of support or assistance in decision-making, before the need to achieve full social inclusion and the essential objective of the implementation of the right to equality in all its extension.

KEY WORDS: people with disabilities; suffrage; model extension; inclusion; equality.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA ELECTORAL, LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO.- 1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.- 2. Sentencia del TEDH de 20 de mayo de 2010 en el Asunto Alajos Kiss contra Hungría.- 3. Observaciones Finales que formuló el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en septiembre de 2011 en relación a España.- III. SITUACIÓN POSTERIOR A LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL.- IV. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO. CAMBIO “REAL” DE MODELO.

I. INTRODUCCIÓN.

El pasado 6 de diciembre de 2018 se publicó en el BOE núm. 294 la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación (a través su Artículo Único) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad

En relación con dicha modificación, y para referirnos y adentrarnos en el objeto de estudio, novedades legislativas y jurisprudenciales en una materia tan sensible como lo es discapacidad, en primer lugar describir el derecho de sufragio activo, tal y como establece el Tribunal Constitucional donde establece que se trata del derecho de los ciudadanos a ser electores en todas las elecciones propias de la democracia representativa, es decir, garantiza el derecho de voto en las elecciones tendentes a designar representantes de naturaleza política, en las elecciones que son “manifestación de la soberanía popular”, STC 51/1984¹, así pues, los derechos fundamentales garantizados en los dos apartados del art. 23 CE encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el art. 1 CE y son la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos, STC 38/1999, 22 de marzo de 1999². Y en este sentido, concerniente con las personas con discapacidad, no pretendemos entrar en debates conceptuales respecto a la definición de discapacitado, minusválido, o persona con diversidad funcional, entiendo ya superados, el objeto de estudio es el análisis del actual momento y tendencia tanto legislativa como jurisprudencial, impulsada por un nuevo cambio de percepción social y avance potenciado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007, y España ratificó el 21 de abril de 2008 (BOE nº 96 de 21 de abril de 2008) y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

En sus principios generales se establece la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, reconociendo los Estados parte que todas las personas son iguales ante

¹ STC 51/1984 (RTC 1984, 51)

² STC 38/1999, 22 de marzo de 1999 (RTC 1999, 38),

la ley y en virtud de ella tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. Acometemos el trabajo publicitando la modificación y directriz legislativa, poniendo en valor, así como empoderando el aspecto objetivo relacionando las nuevas predisposiciones legislativas y jurisprudenciales en materia de discapacidad, donde la Convención de Nueva York de 2016 fue el punto de inflexión y de evolución hacia un sistema más igualitario. Este escenario promueve en ese ámbito y derecho de todo ciudadano a votar y elegir libremente a sus representantes, la realización de políticas que obliguen a los Estados miembro a garantizar el derecho a la participación política de todas las personas con discapacidad.

II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA ELECTORAL, LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO.

Podemos considerar dos etapas bien diferenciadas, tomando como punto limítrofe la reciente aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General la cual suprime los párrafos b) y c) del apartado 1 del artículo 3, que establecía que carecían 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”; y “los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”. Asimismo se sustituye la redacción del apartado 2 del citado artículo 3 –que establecía el deber de los jueces o tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento de pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de sufragio, así como de su comunicación al Registro Civil para que procediese a la correspondiente anotación– por un nuevo texto que indica lo siguiente: “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”.

1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006

El 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 que recoge el derecho de igualdad ante la ley en su artículo 12, y el artículo 4 de la establece que: “1. Los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados se comprometen a: Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra

índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención Internacional de las personas con discapacidad.

Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

Resaltamos en este punto las medidas de asistencia y apoyo que pretende el artículo 12 de la Convención Internacional de las personas con discapacidad y resaltamos conservar su dignidad al poder tomar sus propias decisiones, conforme al artículo 29 de la Convención

2. Sentencia del TEDH de 20 de mayo de 2010 en el Asunto Alajos Kiss contra Hungría³

En este camino de cambio de paradigma, señalamos la Sentencia del TEDH de 20 de mayo de 2010 en el Asunto Alajos Kiss contra Hungría donde se sienta las bases de una doctrina superadora de los estándares internacionales vigentes. Para el máximo Tribunal europeo la privación del derecho al voto no puede justificarse formalmente sobre la existencia de una incapacitación, a menos que en dicho procedimiento, u otro posterior, el tribunal nacional haya sopesado y probado que la persona se encuentra razonablemente limitada para ejercer su derecho al voto.

El Tribunal concluye que la privación indiscriminada del derecho al voto, sin una evaluación judicial e individualizada y únicamente basada en una discapacidad mental que requiere de un régimen de tutela, no puede considerarse como un fundamento legítimo para restringir el derecho al voto.

3. Observaciones Finales que formuló el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en septiembre de 2011 en relación a España.

Observaciones Finales que formuló el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en septiembre de 2011 en relación a España. En suma, al no verse reflejada en nuestra legislación las encomiendas establecidas y habida cuenta la Observaciones llevadas a cabo por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, se formula por el Comité en septiembre de 2011 en relación a España, en su numeral siguiente que: El Comité insta al Estado parte a que vele por que todas las personas con discapacidad gocen de protección contra la discriminación y tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad. El Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas específicas para asegurar

³ Alajos Kiss v. Hungary, Application no. 38832/06, Council of Europe: European Court of Human Rights, 20 May 2010, available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4bf665f58.html> [accessed

13 April 2019]

la participación activa de las personas con discapacidad en los procesos públicos de adopción de decisiones a nivel regional, así como para incluir a niños con discapacidad en todos los niveles.

Estableciendo en cuanto a la participación en la vida política y pública que preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

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

III. SITUACIÓN POSTERIOR A LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL.

En consecuencia, nos encontramos en la situación Posterior a la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en estos momentos cabe resaltar la modificación producida, promoviendo en el preámbulo legislativo el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones como supuesto de la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática. Así se recoge en el artículo 29 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que conmina al Estado a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública, y así se traslada a la mencionada modificación:

Artículo único Modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, la cual queda modificada en la forma siguiente: Uno. Se suprimen los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3. Dos. El punto segundo del artículo 3 quedará redactado de la siguiente forma: “2. Toda persona podrá ejercer su

derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su

forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.”. Tres. Se añade una disposición adicional octava con la siguiente redacción: “A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.”

Por tanto y atendiendo a las nuevas reformas, y en aras a ejercer el derecho de sufragio activo, las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. Resaltando por ende esta actuación en el Texto de la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE núm. 69 de 21 de Marzo de 2019).

IV. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO. CAMBIO “REAL” DE MODELO.

En conclusión, el derecho de sufragio, es uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española en su art. 23.1; cuyos requisitos de ciudadanía y edad, necesarios para su ejercicio, se concretan en el art. 2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985, que reconoce el derecho de sufragio activo a los españoles mayores de edad. Debemos, en suma, poner en correlación el derecho de sufragio con la libertad ideológica, principio de no discriminación y la dignidad, inherente a todas las personas que incluso se constituye y proclama en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el principio rector de la política social y económica recogido en el Capítulo Tercero art. 49 CE, estableciendo que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título (De los derechos y deberes fundamentales) otorga a todos los ciudadanos.

Resaltar y aplaudir la efervescente reforma y transformación que se está produciendo en nuestra sociedad, en el cambio de paradigma, en el enfoque y la visión de la discapacidad, ampliando las oportunidades y derechos de los discapacitados, en pro de una sociedad más justa, olvidando la denostada situación que se arrastraba desde hace mucho tiempo.

Celebrar el nuevo enfoque, tendencia social y legislativa en materia de discapacidad, que debemos implementar en nuestro ordenamiento y en nuestra realidad social. Avanzamos hacia un cambio del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por el nuevo modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, y muestra de ello es la prevista reforma del Código civil en materia de discapacidad con la tramitación del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad publicado en el Punto de Acceso a los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia el 26 de septiembre de 2018.

En suma, la proyección del artículo 9.2 de la Constitución Española estableciendo que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, debe ser el modelo a seguir, y este es el camino marcado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y el que ha provocado la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, apartando de nuestros pensamientos las incapacidades o discapacidades que anteponemos a ciertas personas, etiquetando y anulando su capacidad muchas veces, por el mero hecho de asignar o padecer una dolencia o enfermedad concreta, sin valorar el rango de capacidad, y potencial de la misma. Robert M. Hensel, atleta en silla de ruedas y recordista Guinness, dijo que las personas no tienen discapacidades, sino “habilidades diferentes”.

El cambio de paradigma debe llevarnos a que la nueva redacción del apartado 2 del artículo 3, en la que se señala que el derecho de sufragio activo debe ejercerse de forma “consciente, libre y voluntariamente” sea una realidad en la gran mayoría de los casos y se apoye y asista a la persona que lo necesite, pero nunca sustituyendo su voluntad, y mucho menos evitando y negando su capacidad de participación en la sociedad, siendo una parte fundamental e integradora de la misma.