|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 196/2016 |
| Fecha | de 28 de noviembre de 2016 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Doña Adela Asua Batarrita, don Juan José González Rivas y don Pedro José González-Trevijano Sánchez. |
| Núm. de registro | 2415-2016 |
| Asunto | Recurso de amparo 2415-2016 |
| Fallo | Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmar la Providencia de 23 de junio de 2016. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 28 de abril de 2016, la Procuradora de los Tribunales doña María Concepción Hoyos Moliner, en nombre y representación de don José Manuel G.G., y de doña María do Mar C.V., interpuso demanda de amparo contra la Sentencia de 17 de marzo de 2016, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación núm. 1624-2015 formulado frente a la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de marzo de 2015 —recurso de apelación núm. 85-2014—, recaída en autos de juicio verbal núm. 1582-2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela.

2. Los hechos que anteceden a la demanda de amparo son, sucintamente descritos, los siguientes:

a) Don José Manuel G.G., y doña María do Mar C.V., formularon demanda de incapacitación frente a su hija doña M.G.C., de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela en autos juicio verbal núm. 1582-2013. Los padres solicitaron que se dictase sentencia sobre incapacidad parcial en los términos del informe médico forense, pero que se reconociera la capacidad de la demandada para el ejercicio del derecho de sufragio activo. El juzgado dictó Sentencia el 2 de septiembre de 2014, aclarada después por Auto de 7 de octubre de 2014, por la que se declaraba a doña M.G.C., incapaz en grado parcial para gobernarse por sí misma y para administrar sus bienes en los términos del informe forense, quedando sometida al régimen de patria potestad rehabilitada a ejercer por sus padres, privándola del ejercicio del derecho de sufragio activo.

Sobre este último pronunciamiento relativo a la privación del ejercicio del derecho de sufragio activo, la Sentencia, en su fundamento jurídico tercero, comienza analizando la prueba practicada, señalando, en lo que aquí importa, lo que sigue:

“[Procede] la privación del derecho de sufragio activo a la demandada al constatarse de manera indubitada en las dos exploraciones efectuadas y por este mismo magistrado las notables deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral sino por la constatada influenciabilidad manifiesta de la misma, no siendo desvirtuado el informe pericial médico forense (dotado de las máximas garantías de objetividad e imparcialidad y merecedor de la más alta fiabilidad técnica por la extraordinaria profesionalidad de su autora, médico especialista en psiquiatría) por medio de prueba pericial médica de similar naturaleza y con capacidad y virtualidad probatoria para desvirtuar tal conclusión médico forense.

En modo alguno resulta suficiente para desvirtuar la eficacia probatoria del citado informe médico forense que la demandada en el acto de juicio afirmase haber votado en una ocasión y manifestase a preguntas de la letrada de la parte actora su interés en seguir votando (máxime cuando previamente se constató por la médico forense y por este magistrado que la misma presenta semejantes deficiencias graves —y que no se consideran superables mediante mecanismos de auxilio o apoyo, al estilo de los ‘asistentes de apoyo’ del Código Civil Cataluña —en tal aspecto y ni siquiera conoce el objeto de este proceso ni sus consecuencias).

Del mismo modo que resulta ineficaz e irrelevante para debilitar la fuerza probatoria del informe médico forense la manifestación de los padre[s] de la demandada favorable a la ausencia de incapacidad de la misma en tal aspecto al tratarse obviamente de una cuestión no dispositiva no acreditando n[i] tan siquiera la parte actora que la participación futura en procesos electorales de la demandada suponga un elemento necesario y relevante para fomentar su autonomía personal e inserción social.”

Continúa la Sentencia de instancia con la cita y transcripción de parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2014 —recurso de casación núm. 1365-2012— y de la Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de mayo de 2014; y concluye:

“En el caso de autos la limitación apreciada en la demanda a nivel electoral no se basa en la exigencia a la misma de una aptitud cognitiva o intelectiva superior a la de otro posible ciudadano y elector ni en el simple desconocimiento por la demandada de las opciones políticas o en la hipotética irrazonabilidad en la elección de opciones por la misma, sino en la estricta y objetiva constatación de su falta de capacidad a efectos políticos y electorales, apreciándose por la médico forense y por este magistrado de forma indubitada las notables y de momento insuperables (sin perjuicio de ulterior proceso de modificación de la capacidad conforme al artículo 761 Ley de Enjuiciamiento Civil obviamente) deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral sino por la constatada influenciabilidad de la demandada a tales efectos del mismo modo que se constató la incidencia de tal influenciabilidad a efectos de prestación del consentimiento para tratamientos médicos”.

b) Interpuesto recurso de apelación por la representación de los padres respecto del pronunciamiento relativo a la prohibición de ejercicio del derecho de sufragio pasivo, fue desestimado por Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincia de A Coruña de 11 de marzo de 2015.

Se razona en dicha Sentencia lo que sigue:

“La STS 1-7-2014 núm. 341/2014 y la STS 421/2013 de 24 de junio a la que aquélla se remite evidencian que la decisión de privación del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, para calibrar la necesidad de la medida para proteger los intereses del incapaz y del 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. Como señala la segunda sentencia citada, se trata de poder discernir el sentido del voto y de no ponerlo en riesgo mediante la actuación de terceros o, como señala la sentencia de 25-11-2014 de la Sección 5ª de esta Audiencia, de constatar que “la persona conserva la habilidad necesaria para conocer la realidad política y discernir de forma suficiente a quién otorga el voto”. No se trata de establecer niveles de conocimiento político mínimo, ni de someter a la persona cuya capacidad en otros ámbitos se tutela o integra a exámenes que ningún otro ciudadano ha de tolerar, pero sí que es necesario ponderar si su nivel de conocimiento de la realidad social y su nivel intelectual permiten estimar que está en condiciones de adoptar efectiva, real y materialmente una decisión política, más allá del formalismo o rito social de introducir un voto en una urna, por ilusionante que pueda ser este ejercicio de un derecho ciudadano y por loable que sea el propósito de fomentar su participación en este acto de máxima relevancia en una sociedad democrática. No puede bastar en definitiva la voluntad, el querer votar que se patentizó n la vista, sino que es preciso que se cuente con un bagaje de conocimientos y capacidades vitales que permitan que el voto sea fruto de una verdadera decisión libre e informada, ajena por otra parte a hipotéticas –aunque en el caso no conste en absoluto que actualmente existan– influencias sobre una débil capacidad de autodeterminación.

Siendo evidente desde el planteamiento del litigio que éste iba a ser el principal posible punto de controversia, queda claro que no se actuó por parte de la médico forense o por el juzgador de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto sometido a enjuiciamiento, que fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con la demandada. Constan datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea del primer ciclo de educación primaria (de 6 a 8 años), su desconocimiento casi total del valor del dinero o de conceptos legales básicos, su carencia casi total de conocimientos políticos (ignorancia sobre los partidos políticos o sobre el contenido de las elecciones) o su falta de capacidad para adoptar decisiones elementales (cuestión relativa al incendio), lo que llevan a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios que se han intentado exponer, para ejercer el derecho de sufragio, por lo que ha de ser mantenida la resolución apelada atendidas las concretas circunstancias del caso”.

c) Finalmente, interpuesto recurso de casación, también fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016. Razona en ella el Alto Tribunal lo que a continuación se trascribe:

“Lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectada doña [M.G.C] para adoptar la medida que se (sic) más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, respecto de la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención, concretado en este caso en la privación del derecho de sufragio, como refiere la citada sentencia, en la que esta Sala ya alertó sobre el riesgo de no reconocer y potenciar en lo posible la capacidad acreditada en cada caso, “más allá de la simple rutina protocolar”, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad.

El artículo 29 de la Convención (SSTS 24 de junio 2013, 1 de julio 2014, entre otras) garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma se declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal.

La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar 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, como advierte la sentencia recurrida.

Ocurre en este caso, a diferencia del supuesto resuelto en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 24 de junio de 2013, que tanto la sentencia del Juzgado como la de apelación no han actuado “de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto”, antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella.”

A continuación, trascribe la Sentencia de casación el fragmento de la apelación relativa a las concretas circunstancias del caso.

3. El recurso de amparo se funda en la vulneración del art. 23 CE en relación con la interpretación —que debe dársele de conformidad con el art. 10.2 CE— conforme a lo establecido en los arts. 29, 5 y 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y vulneración del art. 23 CE en relación con el art. 14 CE y de conformidad con el criterio interpretativo fijado en la citada Convención.

a) En relación con el derecho a participar en asuntos públicos por medio del voto reconocido por el art. 23.1 CE, aduce la parte recurrente, en síntesis, que el precepto constitucional no contempla excepción, y que este derecho no está ligado a la posesión de un determinado nivel de conocimientos, o competencias, o de renta, ni a la acreditación de buena conducta, sino a la condición de ciudadano, circunstancia que convierte el sufragio en universal (art. 68 CE). La privación que autoriza el art. 3.1 b) de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG), además de dudosa constitucionalidad, debe interpretarse conforme al art. 29 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 10.2 CE), que no se encontraba vigente al aprobarse la Ley Orgánica del régimen electoral general, que en su apartado a) indica que los estados partes se comprometen “a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los 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”. Afirma que debería haberse inaplicado pura y simplemente el art. 3.1 b) LOREG, por oponerse a una norma convencional de aplicación preferente: el art. 29 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Continúa la demanda expresando que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada justifica la privación en que se trata de una medida dirigida a “proteger los intereses del incapaz” y, sin embargo, no razona en modo alguno que ejercer el derecho de sufragio sea contrario a los intereses de la incapaz, máxime cuando la persona afectada ha manifestado su interés en participar en las elecciones. Aduce que la justificación de la privación del derecho fundamental con base en “el 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”, no supera el test de proporcionalidad (STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 27 a 29).

b) En relación con la vulneración del principio de igualdad reconocido por el art. 14 CE, argumenta que si bien no toda diferencia de trato constituye una lesión del principio de igualdad, en este caso, el art. 12.2 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad obliga a los Estados Parte a reconocer capacidad jurídica de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, no siendo razonable la diferencia de trato cuando la prohibición se impone al promover un procedimiento de incapacidad cuya finalidad es el “beneficio del tutelado”, sin que se haya probado que le ocasiona un perjuicio el ejercicio del derecho de sufragio, por lo que el trato desigual frente a los demás ciudadanos a quienes no se les somete a un test de conocimientos políticos y electorales, ni se examina su grado de influenciabilidad, carece de justificación objetiva y razonable. Afirma que la discapacidad no se encuentra entre los motivos específicos de discriminación expresamente contemplados en el art. 14 CE, pero ha sido incluido en dicho precepto por la STC 269/1994, de 3 de octubre, lo que resultaría además de la necesidad de interpretar el art. 14 CE conforme al art. 21.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que contempla expresamente la discapacidad en la relación de motivos de discriminación prohibidos, y en relación con el art. 5 de la tan citada Convención que prohíbe expresamente la discriminación por motivo de discapacidad.

4. Por providencia de 23 de junio de 2016, la Sección Tercera de este Tribunal acordó la inadmisión a trámite de la demanda de amparo con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela.

5. El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 21 de julio de 2016, interpuso recurso de súplica frente a la citada providencia al entender que no puede descartarse totalmente la existencia de una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 23 CE, en los términos denunciados por los recurrentes.

Para el Fiscal ante el Tribunal Constitucional la lesión constitucional denunciada pudiera tener su origen en la propia previsión legal del art. 3 LOREG o bien en la interpretación y aplicación jurisprudencial que se está haciendo de esta disposición legal. Comienza el Fiscal con la trascripción parcial de la recomendación R (2006) 5 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, y del dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Estrategia Europea Sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, de fecha 21 de septiembre de 2011; se refiere, a continuación, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3-2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, de donde se infiere que la privación del derechos de sufragio activo no puede ser una consecuencia necesaria de la limitación de capacidad de una persona, sino que, por el contrario, como consecuencia de su carácter excepcional, debe estar sometida a un riguroso juicio constitucional de necesidad. A su juicio, no puede descartarse, en el caso, la lesión del art. 23.1 CE por parte de los órganos judiciales, lo que infiere de los siguientes extremos: (i) no parece haberse valorado adecuadamente la manifestación realizada por la interesada en la vista de su voluntad de seguir votando, como así lo había hecho en una ocasión anterior; (ii) no se practicó prueba alguna que acreditara que el ejercicio del derecho de voto cause un perjuicio a doña M., o que tuviera perturbada su capacidad de decisión autónoma; (iii) el nivel de conocimientos políticos ni la supuesta “influenciabilidad” de la persona, no parecen argumentos suficientes para privar del derecho fundamental al voto por razón de discapacidad; lo primero porque supone exigir a las personas con discapacidad intelectual un plus que no se exige a las demás personas con derecho de voto; y lo segundo, porque el concepto de “influenciabilidad” es difícilmente objetivable, no puede presumirse, puede darse en personas sin discapacidad sin que ello sea argumento válido para privarles del ejercicio del derecho de voto, y porque hay en el ordenamiento garantías suficientes para proteger la libertad de voto de los electores.

6. Mediante diligencia de ordenación de 22 de julio de 2016, se dio traslado a la parte recurrente en amparo para que, de conformidad con el art. 93.2 LOTC, efectuara las alegaciones oportunas en el término de tres días, trámite que no ha sido evacuado.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Ministerio Fiscal considera en su recurso de súplica que la Sección Tercera de este Tribunal ha inadmitido indebidamente el recurso de amparo presentado por los actores, ya que la ausencia de lesión de los derechos fundamentales invocados no es, a su juicio, manifiesta. Para justificar este parecer, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional utiliza los argumentos que han quedado consignados en los antecedentes de esta resolución y que se centran en la infracción del art. 23 CE por las resoluciones judiciales impugnadas, bien por el precepto legal aplicado, bien por la interpretación y aplicación dada al mismo por los tribunales de primera instancia, apelación y casación.

Sin embargo, el recurso no puede ser acogido por los razonamientos que, a continuación, se exponen.

2. Por lo que se refiere a la duda de constitucionalidad de los apartados 1 b) y 2 del art. 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), en relación con el art. 23.1 CE, en la demanda se parte de que este precepto constitucional reconoce el derecho de derecho de sufragio activo a todos los “ciudadanos” sin limitaciones, excepciones ni llamadas al legislador.

Hemos de recordar, sin embargo, que el derecho de sufragio activo universal es un derecho fundamental de configuración legal (arts. 68.1 CE, respecto del Congreso, 69.2 CE, del Senado, 140 en relación con los ayuntamientos y 152 en relación con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) como ha señalado expresamente la STC 153/2014, de 25 de septiembre, FJ 3, según la cual “la participación ha de sustanciarse en los términos en que el precepto haya sido desarrollado por el legislador electoral (arts. 53.1 y 81.1 CE), siempre que dicho desarrollo no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales”.

No es ya que no existe una definición constitucional de “ciudadano” (art. 23.1 CE), ni sería posible constitucionalmente restringir esta noción a los mayores de dieciocho años (art. 12 CE), sino que tampoco, desde este mismo punto de vista constitucional, se identifica ese concepto con el de nacionalidad o vecindad, pues, como resaltó la citada Sentencia “la determinación de las condiciones que afectan a la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio se sitúan en el dominio del legislador electoral” (STC 153/2014, de 25 de septiembre, FJ 7).

Los arts. 2 y 3 LOREG condicionan el ejercicio del derecho de sufragio activo, además de a la nacionalidad —exigencia que tampoco es absoluta—, a la mayoría de edad, a la inscripción en el censo electoral, así como a la ausencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3, entre las que se encuentra la privación judicial en procesos de incapacitación o de internamiento por razón de trastorno psíquico. De ese modo, 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.

3. A partir de las consideraciones del fundamento anterior, los argumentos empleados en la demanda resultan insuficientes para cuestionar eficazmente la constitucionalidad, por infracción de los arts. 23.1 y 14 CE, de la citada previsión legal —arts. 3.1 b) y 3.2 LOREG—, que habilita a los tribunales de justicia a llevar a cabo una restricción del ejercicio del derecho de sufragio activo por razón de la capacidad de la persona, singularmente, en razón a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso de incapacitación (o de autorización de internamiento por razón de trastorno psíquico).

Respecto de la invocada interpretación del art. 23 CE conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España mediante Instrumento de 9 de abril de 2008, por mandato del art. 10.2 CE, y, singularmente, conforme a su artículo 29, debe tenerse en cuenta, en primer término, la distinción entre “discapacidad” en el sentido de la Convención, concepto muy amplio en que tiene cabida cualquier “deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo” que pueda impedir la efectiva igualdad (art. 1 de la citada Convención), de “incapacidad” en el sentido definido por el Código civil (CC) —“enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (art. 200 CC)—, y concretado respecto del ejercicio del derecho que nos ocupa en el art. 3 LOREG. En este último se trata de la capacidad de la persona —de cada persona— para emitir el voto como “libre expresión de la voluntad del elector”, lo que también garantiza la Convención [art. 29 a) iii)], cuya finalidad se inscribe más bien, en línea con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, de remover los obstáculos que impidan o dificulten la emisión del voto libre, secreto y sin intimidación [apartado a) II y II del artículo 29] de las personas con discapacidad, llegando a garantizar que “cuando sea necesario y a petición de ellas” que “una persona de su elección les preste asistencia para votar”. Partiendo de este ámbito de aplicación y finalidad diferentes, las razones apuntadas por los recurrentes no siembran duda sobre la compatibilidad del art. 29 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el art. 3.1 b) LOREG, tal y como han sido conciliados en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se ha dejado constancia en el apartado de antecedentes al trascribir parte la sentencia inmediatamente recurrida.

En segundo lugar, y si bien ese concreto aspecto no se cuestiona expresamente en el recurso de súplica formulado por el Fiscal, tampoco la demanda contiene una argumentación suficiente a fin de poner en duda eficazmente que el precepto legal aplicado introduzca una discriminación por razón de discapacidad, como se pretende, lo que resultaría contrario al art. 14 CE.

Debe insistirse en que el precepto en cuestión no priva del derecho a voto los “discapacitados” como grupo o colectivo, y por razón de cualquier discapacidad. Por el contrario, atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción del ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en razón a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso. No ampara este precepto la privación de este derecho de sufragio activo a las personas por el hecho de padecer cualquier discapacidad, sino sólo a aquellas respecto de las que así se decida, por sentencia, tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen y que se proyecte sobre su capacidad intelectiva y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto. Por ello, la restricción únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.1 CE. Además, la naturaleza de las medidas contempladas en los apartados i) a iii) del art. 29 a) de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad corrobora lo aquí afirmado, pues su finalidad es la de garantizar el efectivo ejercicio del voto que sea fiel reflejo de la libre voluntad de la persona con discapacidad y no, por el contrario, la mera introducción de la papeleta electoral en la urna.

4. Sobre la aplicación judicial del art. 3.2 LOREG al caso enjuiciado, aceptando como punto de partida, con el Fiscal, que la restricción del ejercicio del derecho de sufragio activo reconocido por el art. 23 CE no ha de ser aplicada como mera consecuencia automática de la declaración de incapacidad, el examen de las resoluciones judiciales impugnadas, singularmente de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no evidencia, a nuestro juicio, el automatismo ni el error que se denuncia, sino todo lo contrario.

Como se ha dejado constancia en el apartado de antecedentes, la Sentencia inmediatamente impugnada recoge la jurisprudencia recaída en esta materia a partir de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 —que, a su vez, toma como precedente la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del mismo Tribunal de 29 de abril 2009 que se había pronunciado en favor de la adecuación del sistema de incapacitación del Código civil a la Convención de Nueva York citada más arriba— y que ha sido reiterada con posterioridad. En síntesis, esta jurisprudencia, que es de fecha posterior a la de los textos citados por el Fiscal, partiendo de que la capacidad de ejercicio del derecho fundamental de sufragio activo “es regla y no excepción”, rechaza este aludido automatismo y exige que el pronunciamiento vaya precedido de un examen singularizado de la situación de la persona y de una ponderación de los intereses concurrentes. A partir de estas premisas concluye el tribunal de casación que “tanto la sentencia del Juzgado como la de apelación no han actuado ‘de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto’, antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica”.

Si bien no se ha invocado infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que, conviene recordar, no incluye un pretendido derecho al acierto judicial (por todas, STC 64/2010 de 18 de octubre, FJ 3), es necesario poner de manifiesto que la valoración de las concretas circunstancias de las que las resoluciones impugnadas deducen la incapacidad para el ejercicio del derecho de voto y que pone en tela de juicio por el Fiscal, no sólo no evidencia arbitrariedad, irracionalidad, o error patente en el discurso, sino que cumple con el canon de motivación reforzada exigible cuando de la restricción del ejercicio de derechos fundamentales se trata (por todas SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras), como es el caso.

Como ha quedado expuesto, partiendo de la regla favorable a la capacidad, las resoluciones judiciales impugnadas toman en consideración los datos que extraen de pruebas practicadas, en concreto del informe médico-forense y del reconocimiento efectuado por el propio juez, y ponderan la relevancia de esos datos así como los que apuntan en la decisión contraria —entre los que se encuentra la propia manifestación de la persona afectada en juicio— para llegar a una decisión que no puede calificarse de irrazonable.

Como resulta de lo argumentado por las sentencias recurridas y hace explicito la de primera instancia, el pronunciamiento cuestionado no pende de la posesión por la persona de cierto umbral de conocimientos o instrucción, que no se exige al resto de los ciudadanos no sometidos a un proceso de incapacitación. La tenencia de estos conocimientos es sólo un dato que, junto con otros —singularmente la pericial médico-psiquiátrica—, puede utilizarse razonablemente en el juicio de aptitud de entender y querer, como sucede con el conocimiento de la noción del dinero y del precio de las cosas para enjuiciar la aptitud para comprar y vender. Y la mismo puede decirse de la considerada “influenciabilidad por terceros”, dato que, además de tomarse del informe médico forense en el aspecto relativo valoración de la capacidad de prestación del consentimiento para tratamientos médicos, el propio juez califica de “manifiest[o]” a partir su directa percepción, y que es traído también al juicio sobre la capacidad de doña M. para votar libremente. No se trata, por tanto, de identificar ausencia de conocimientos o influenciabilidad de la persona con incapacidad, sino simplemente de reconocer que a través de estos datos, entre otros, insistimos, puede venirse en conocimiento del grado de desarrollo de las facultades mentales de la misma.

A la vista, pues, de los razonamientos expresados, resulta procedente la desestimación del recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmar la Providencia de 23 de junio de 2016.

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis.

### Votos

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita al Auto de desestimación del recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la providencia de inadmisión del recurso de amparo 2415-2016

En ejercicio de la facultad contemplada en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con pleno respeto a la opinión de varios colegas magistrados que conforman la mayoría de la Sección, manifiesto mi discrepancia con el Auto de referencia por entender que debería haber estimado el recurso de súplica promovido por el Fiscal.

1. Coincido, ante todo, con lo señalado por el Fiscal en su recurso, cuando afirma que la demanda de amparo plantea una cuestión de singular relevancia constitucional, ya que no existe doctrina de este Tribunal en relación con el ejercicio del derecho fundamental al voto, reconocido en el art. 23.1 CE, cuando se trata de personas con discapacidad intelectual. A ello se une la trascendencia del asunto, pues va más allá del caso concreto, por afectar a un importante colectivo en situación de especial vulnerabilidad por razón de su discapacidad, que se ve privado de la posibilidad de ejercer un derecho fundamental tan básico en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) como es el de participar en los asuntos públicos, bien directamente, bien a través de representantes libremente elegidos por sufragio universal. En concreto, según los datos ofrecidos por el recurso de súplica, que señala como fuente la Junta electoral central, casi cien mil personas no pudieron participar en las pasadas elecciones del 26 de junio del año en curso por razón de su discapacidad.

Aparte de lo anterior, que ya de por sí sería suficiente para otorgar al recurso de amparo especial trascendencia constitucional de acuerdo con los criterios establecidos en el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, hay que apuntar otra circunstancia particular que pone de relieve esa trascendencia. Por instrumento de 23 de noviembre de 2007 (publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 21 de abril de 2008), el Estado español ratificó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, en cuyo art. 29 se regulan los derechos referidos a la “participación en la vida política y pública”, en forma que no resulta compatible con lo establecido en el art. 3.1 b) de la Ley Orgánica del régimen electoral general: LOREG (como posteriormente se analizará con mayor detenimiento). De hecho, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las observaciones finales aprobadas el 23 de septiembre de 2011 en relación con el informe presentado por España, manifestó su preocupación por el hecho de que se pudiera restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, si la persona interesada hubiese sido privada de su capacidad jurídica o hubiese sido internada en una institución, al tiempo que pidió expresamente al Estado español que modificara el art. 3 LOREG, con objeto de que se permitiera que todas las personas con discapacidad tuvieran derecho a votar.

Dado que, conforme al art. 10.2 CE, debemos interpretar el art. 23.1 CE de conformidad con las previsiones de la citada Convención, es claro para cualquier observador que existe una apariencia de incompatibilidad entre lo dispuesto en el art. 3.1 b) LOREG, aplicado en este caso, y las disposiciones de la Convención, tal y como ponen de relieve las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; lo que conllevaría, en suma, su discordancia con el art. 23.1 CE y, consiguientemente, su más que posible inconstitucionalidad. Es decir, que como los demandantes de amparo pusieron de relieve en su demanda, la vulneración del derecho fundamental alegado podría tener su origen en la propia Ley.

A mi juicio, las anteriores circunstancias suponen una justificación suficiente para que el recurso de amparo hubiese sido admitido a trámite, sin más consideraciones en cuanto a la verosimilitud de la lesión. Por una parte, para permitir que este Tribunal cumpliera con la función que le incumbe en relación con los derechos fundamentales, estableciendo una precisa doctrina, en interpretación del derecho fundamental consagrado en el art. 23.1 CE, en cuanto a su ejercicio por las personas afectadas de una discapacidad, teniendo en cuenta los criterios hermenéuticos que ofrece el art. 10.2 CE, así como los mandatos contenidos en los arts. 9.2 y 49 CE. Por otra parte, la admisión del amparo habría permitido, como advierte el Fiscal en su recurso, determinar si la lesión que se aduce tiene su origen en el propio art. 3 LOREG o en la aplicación e interpretación jurisprudencial que se hace del mismo.

2. Dado que el Tribunal no tiene establecida doctrina alguna sobre la cuestión que aquí se suscita, ni siquiera a partir de la ratificación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, no cabe concluir, como hace la providencia de 23 de junio de 2016, “la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”, porque no cabe rechazar de forma rotunda que el art. 3 LOREG permita la lesión de los arts. 14 y 23.1 CE que se invocaba en la demanda de amparo. Es significativo que la resolución del recurso de súplica del Fiscal mediante el Auto sobre el que muestro mi discrepancia, se fundamente en una reproducción de los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (jurisprudencia que se mantiene en el nivel de la legalidad ordinaria, cuando aquí debemos atender al prisma de la constitucionalidad).

Hay que partir de que el art. 23.1 CE establece, respecto del derecho a la participación política en su vertiente activa, que “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 obligación ex constitutione de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales es un imperativo indeclinable para los poderes públicos, y que cobra particular importancia en el caso del derecho de sufragio y de los demás derechos de participación política. No en vano el art. 9.2 CE establece la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan y dificulten la plenitud de la libertad e igualdad y en especial “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política”, procurándose, además, que esta participación sea lo más representativa de la pluralidad social, debiendo adoptar los poderes públicos medidas positivas para facilitar el derecho de participación política, especialmente de las personas con discapacidad, como luego se insistirá. Esto es, facilitar la información, la formación, y los medios de conocimiento pertinentes sobre la relevancia del ejercicio del derecho de sufragio.

En cuanto al art. 9.2 CE, este Tribunal ha afirmado que “la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5).

Por otra parte, en relación especialmente con las personas con discapacidad, el art. 49 CE contiene un claro mandato dirigido a los poderes públicos, estableciendo que “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 otorga a todos los ciudadanos” (énfasis añadido). Y entre esos derechos en cuyo disfrute se ha de amparar especialmente a las personas con discapacidad están los relativos a la participación política, que se establecen el art. 23 CE, y, particularmente, en lo que aquí nos interesa, el derecho de sufragio activo para participar en las decisiones políticas, que su apartado 1 reconoce a todos los ciudadanos por el hecho de serlo, sin que el propio precepto establezca excepción alguna. Ciertamente, el derecho que consagra el art. 23.1 CE es un derecho de configuración legal, como se encarga de recordar el Auto del que discrepo, pero la propia STC 153/2014, de 25 de septiembre, que en el mismo se cita, precisa en su fundamento jurídico 3 que habrá que estar a esas previsiones legales “siempre que dicho desarrollo [del art. 23.1 CE] no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales”, entre otros, a los efectos que aquí no interesan, el contenido en el ya citado artículo 49, que impone la realización de una actividad de promoción del ejercicio del derecho por las personas discapacitadas, con la que no se cohonesta el contenido del art. 3.1 b) LOREG. Asimismo, y siguiendo esta línea discursiva, la citada Sentencia señala que la atribución por parte de la Constitución de los derechos de participación política a los ciudadanos españoles en los arts. 13.2 y 23.1 —con las excepciones a favor de los extranjeros que se disponen en el propio art. 13.2 CE— admite modulaciones en su ejercicio, pero que vengan establecidas en preceptos de la propia Norma fundamental, lo que no sucede en el presente caso, en el que, antes al contrario, como ya se ha puesto de relieve, la conjunción de los arts. 9.2 y 49 CE implica que la Constitución ampara la obligación de facilitar a las personas con discapacidad el ejercicio de tales derechos de participación política.

Frente a esta incontestable realidad, el Auto del que discrepo arguye que no existe una definición constitucional de “ciudadano” a los efectos del art. 23.1 CE. ¿Quiere decir con ello que los discapacitados no se consideran ciudadanos o, en el mejor de los casos, que son ciudadanos con merma de sus derechos fundamentales, esto es, ciudadanos de segunda o tercera clase? A mi juicio no es necesario que nuestra Norma fundamental tenga que dar una definición de “ciudadano” para que todo el mundo alcance a comprender tal concepto. Es una noción constantemente presente en la doctrina constitucional que no ha generado en este Tribunal una especial preocupación acerca de su alcance, por lo que no se ha producido la necesidad de aclarar su contenido, salvo cuando el asunto sometido a su decisión ha requerido una respuesta explícita. Así, la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 17, se ha referido al ciudadano en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales, y la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 11, en la dialéctica entre ciudadanía catalana y ciudadanía española, define a los ciudadanos, con referencia a la STC 12/2008, de 29 de enero, como el conjunto de quienes “están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que, asegurado un mínimo constitucional indisponible, determine el legislador constituido”. Y, por supuesto, aunque resulte ocioso aclararlo, iguales todos ellos ante la ley, por determinación del art. 14 CE que, en este caso, ha de conjugarse con las reglas del art. 23 CE.

Sin embargo, el Auto, partiendo de que el derecho del art. 23.1 CE es un derecho fundamental de configuración legal y que no existe una definición constitucional de “ciudadano”, desarrolla lo que a mi juicio es un argumento circular que produce perplejidad: como los arts. 2 y 3 LOREG condicionan el ejercicio del derecho de sufragio activo a la concurrencia de determinados requisitos y a la ausencia de determinadas circunstancias, se concluye que “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”. Argumento del que se sigue la consecuencia de que los razonamientos empleados en la demanda son insuficientes para cuestionar eficazmente la constitucionalidad del art. 3.1 b) y 2 LOREG. Es decir, que dichos preceptos son constitucionales por su propia regulación, a la que la Constitución se remite poco menos que en blanco, lo que nos lleva al inadmisible corolario de que ninguna de las leyes que desarrolle derechos fundamentales podría ser inconstitucional en la medida en que se trate de derechos de configuración legal, como si el contenido de tales derechos quedara establecido íntegramente en cada caso por el legislador orgánico. Sin embargo, ese argumento incurre en un olvido imperdonable: el legislador debe respetar en todo caso el contenido esencial del derecho derivado de la Constitución. Y en el Auto no se encuentra ni un solo razonamiento, ni una sola línea dedicados a determinar cuál es el contenido esencial del derecho consagrado en el art. 23.1 CE que condiciona el desarrollo y la configuración que del mismo pueda realizar el legislador constituido.

3. No cabe soslayar, asimismo, que el art. 10.2 CE exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I CE de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos tratados y acuerdos internacionales (por todas, STC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5). Pues bien, en la interpretación del alcance que deba tener el art. 23.1 CE en relación con las personas discapacitadas, es preciso tener presente lo que se establece en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y, más en concreto, sus artículos 5, 12 y 29. Tras el establecimiento de una declaración general de “igualdad y no discriminación” en el artículo 5, el artículo 12 se refiere al “igual reconocimiento como persona ante la ley”, recogiendo en primer lugar la reafirmación del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica (apartado 1), y el reconocimiento de que “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás [personas] en todos los aspectos de la vida” (apartado 2), junto con la previsión en los apartados 3 y 4 de la obligación de adoptar medidas necesarias de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, así como del aseguramiento de que esas medidas proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas. Por su parte, el art. 29, bajo el epígrafe “participación en la vida política y pública”, establece, a los efectos que aquí interesan, lo siguiente:

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

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

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

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.”

Si contrastamos lo que aquí se establece con las reglas del art. 3.1 b) y 2 LOREG, fácilmente se llega, de acuerdo con lo que sustenta el Fiscal en su recurso de súplica, a la conclusión de que existe una clara incompatibilidad entre ambas previsiones, pues mientras el art. 3 LOREG se fundamenta en la discapacidad como impedimento para ostentar el derecho de sufragio, el art. 29 de la Convención descansa en la filosofía opuesta, esto es, la de ofrecer todos los medios precisos para que los discapacitados puedan participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás ciudadanos. Y aunque el art. 29 de la Convención no sea canon de constitucionalidad, sí es, por mandato constitucional, como ya se ha adelantado, elemento interpretativo del art. 23.1 CE y del alcance que se deba otorgar al derecho que se reconoce en el mismo. Esa incompatibilidad ha sido puesta de manifiesto por las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con España, de 23 de septiembre de 2011, respecto de las cuales el Auto, curiosamente, omite toda mención, y en las que, en relación con los derechos de participación en la vida política y pública del citado art. 29 se dice lo siguiente:

“47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual 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 a voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el art. 3 de la Ley Orgánica nº 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…”

Asimismo, en el Dictamen de incumplimiento de las obligaciones del art. 29 de la Convención, emitido por el Comité el 9 de septiembre de 2013 en relación con Hungría, se hace referencia expresamente a la preocupación reflejada en las observaciones finales sobre España, y se afirma (punto 9.4) que “el artículo 29 de la Convención exige a los Estados partes que aseguren que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, incluido el derecho a votar. El artículo 29 no prevé ninguna restricción razonable ni permite excepción alguna con respecto a ningún grupo de personas con discapacidad. Por lo tanto, la exclusión del derecho de voto sobre la base de una discapacidad psicosocial o intelectual percibida o real, incluida la restricción derivada de una evaluación individualizada, constituye una discriminación por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 2 de la Convención” (énfasis añadido).

Frente a una obligación que tiene el alcance que le otorga la Convención, el art. 3 LOREG aparece, como bien dice el Fiscal, como un precepto de aplicación automática, que no establece criterio alguno, que guarda silencio sobre cuál debe ser el estándar de prueba, dejándolo todo en manos del juez. Es, por tanto, a los efectos del art. 23.1 CE, interpretado en consonancia con el art. 29 de la reiterada Convención, un precepto insuficiente, carente de los elementos esenciales, así como dirigido a privar del derecho, sin incluir mención alguna que oriente a facilitar su ejercicio. Es más, incluso aunque prescindiéramos de las reglas del art. 29 de la Convención sería un precepto que se separa de las exigencias constitucionales, si cohonestamos el art. 23 con los arts. 9.2 y 49 CE.

Por otro lado, no está de más traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, también preterida por el Auto de la mayoría, a pesar de haber sido expresamente invocada por el Ministerio Fiscal en su recurso. En concreto, en la STEDH de 20 de agosto de 2010, asunto Alajos Kiss contra Hungría, en la que se examinaba el caso de un enfermo mental sometido a curatela y privado del derecho de voto conforme a la Ley de Hungría, se declaró tal privación contraria al art. 3 del protocolo primero de la Convención. La Sentencia señala que el margen de apreciación del legislador, aun siendo amplio, no es ilimitado (asunto Hirst c. Reino Unido, § 82), y “cuando una restricción de derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como es el caso de las personas con discapacidad mental, entonces el Estado dispone de un margen de apreciación más bien estrecho, y debe tener razones muy poderosas para imponer las restricciones en cuestión”. Y añade que este razonamiento se justifica por el hecho de que estos grupos han sido objeto en el pasado de tratamientos desfavorables con consecuencias perdurables, que han abocado a su exclusión de la sociedad (§ 42). Asimismo, afirma que es indiscutible la práctica consistente en tratar como un grupo homogéneo el conjunto de personas que sufren trastornos mentales o intelectuales, y que las eventuales restricciones así ocasionadas en los derechos de estas personas deben ser objeto de un control estricto. El Tribunal concluye “que la retirada automática del derecho de voto, en ausencia de evaluación judicial individualizada de la situación de los interesados y bajo el único fundamento de una discapacidad mental que necesite una colocación bajo curatela, no puede ser considerada como una medida de restricción del derecho de voto fundada sobre motivos legítimos” (§ 44).

En nuestro caso, ni el art. 23.1 CE recoge las razones por las que una persona discapacitada podría ser privada de su derecho de voto, ni esas razones se explicitan tampoco en el art. 3.1 b) LOREG que, como ya se ha advertido, no establece ningún criterio, ni estándares mínimos, a los cuales deban sujetarse los órganos judiciales, de manera que la privación del derecho de voto a los discapacitados queda absolutamente remitida al libre criterio judicial, en un procedimiento que, a diferencia de lo previsto, debería encontrarse presidido por el beneficio del incapacitado, y que habría de tender, conforme al art. 29 de la Convención, a remover los obstáculos y facilitar los medios necesarios para que las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, tuvieran derecho a votar y a participar en la vida pública de la misma forma que los demás ciudadanos.

El Auto al que formulo el presente voto trata de salvar el escollo que supone el art. 29 de la Convención con argumentos que entiendo poco afortunados, y con el recurso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En primer lugar, se acude al fútil argumento de señalar la distinción entre “discapacidad”, en el sentido de la Convención, e “incapacidad” en el sentido definido por el Código civil, que es lo que se concreta respecto del ejercicio del derecho que nos ocupa en el art. 3 LOREG, de modo que teniendo un ámbito de aplicación y finalidad diferentes, no hay duda —se dice— en cuanto a la compatibilidad del art 29 de la Convención y el art. 3.1 b) LOREG, “tal como han sido conciliados en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Según mi entender, ni el Código civil es canon interpretativo de los preceptos constitucionales, ni el art. 200 del mismo regula la “incapacidad”, sino la “incapacitación” de la persona, procedimiento respecto del cual este Tribunal ha puesto de manifiesto, dada la relevancia de los intereses que en él se ventilan, que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de derechos humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente (por todas, STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2). Es decir, que es el Auto el que está distorsionando los planos, en su intento de introducir una distinción improcedente, pues el hecho de que una persona sea sometida a un proceso de incapacitación no es incompatible (por el contrario, será normalmente un presupuesto necesario) con que tenga una discapacidad, en los estrictos términos de la definición contenida en el art. 1 de la Convención, que considera personas con discapacidad a aquellas “que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De hecho, en las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad referidas a España, que he mencionado anteriormente, el Comité manifiesta su preocupación por el dato de 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”. En definitiva, incapacitación y discapacidad no son conceptos incompatibles, pues aquélla recae, en todo caso, sobre personas que se encuentran efectivamente afectadas de una discapacidad física o psíquica.

De otro lado, lamento que este Tribunal, aunque sea en un Auto de desestimación de un recurso de súplica, haga dejación de sus funciones y se remita, sin más, a la “más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo” para afirmar la compatibilidad del art. 29 de la Convención y del art. 3.1 b) LOREG. Olvida la resolución de la que disiento que aquí se enjuiciaba, entre otras resoluciones, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por lo que enjuiciarla a partir de la propia jurisprudencia que en la misma se cita no resulta lo más correcto desde un punto de vista constitucional, más concretamente, desde la perspectiva de un recurso de amparo dirigido contra la actuación judicial producida en las distintas instancias. No dudo de los concretos términos y de la argumentación lógica de esa jurisprudencia a nivel de interpretación de la legalidad ordinaria sobre la cuestión que se le somete, pero no resuelve el problema propiamente constitucional que, en último término, se nos planteaba en el presente recurso de amparo: la posible incompatibilidad del art. 3.1 b) y 2 LOREG con el art. 23.1 CE, en relación con el ejercicio del derecho que este último consagra por parte de las personas aquejadas de algún tipo de discapacidad. Siendo éste el tenor del problema constitucional que se dilucidaba, no se puede renunciar a la tarea propia de este Tribunal Constitucional, como ha hecho el Auto del que discrepo, convirtiéndole en un simple aplicador de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando le corresponde el monopolio para determinar si los preceptos cuestionados en la demanda de amparo y en el recurso de súplica del Fiscal son o no son conformes con la Constitución. El Auto se ha olvidado, inspirado en esa preexistente jurisprudencia del Tribunal Supremo, siquiera de determinar cuál es el contenido esencial del derecho consagrado en el art. 23.1 CE, que resulta indisponible para el legislador. Constatado ello, huelgan más comentarios sobre el acierto o la bondad de la jurisprudencia que se ha aplicado para descartar toda incompatibilidad de los preceptos de la Ley Orgánica del régimen electoral general que se encuentran en tela de juicio respecto de normas constitucionales o internacionales.

4. Finalmente, el Auto dedica un breve análisis al enjuiciamiento de las resoluciones judiciales, limitándose a reproducir el juicio del Tribunal Supremo acerca de las resoluciones de primera instancia y de apelación, para llegar a la conclusión de que sus decisiones no pueden calificarse de arbitrarias, irrazonables o incursas en error patente, realizando así un juicio sobre la motivación desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, cuya infracción, como bien dice el Auto, no ha sido invocada ni por el Ministerio Fiscal ni por los demandantes de amparo. Pero aquí olvida que lo que se discute en el presente amparo es la vulneración del art. 23.1 CE en relación con el art. 14 CE (que suelen encontrarse estrechamente unidos), esto es, de un derecho sustantivo y no simplemente de un derecho procesal. Y ello habría exigido que se realizara una ponderación, un juicio de proporcionalidad, esto es, que se determinara que la limitación del derecho fundamental era apta para lograr un fin constitucional, que fuera necesaria, en el sentido de que no existiera una medida menos gravosa para conseguir ese fin, y, por último, que superara el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, determinando que los beneficios de la medida fueran mayores que los perjuicios que ha ocasionado. Nada de esto se encuentra en el Auto, ni tampoco en las resoluciones judiciales impugnadas, especialmente en la de primera instancia, que es sobre la que se debería haber centrado fundamentalmente nuestro enjuiciamiento, puesto que es la que habría originado primariamente la vulneración del derecho fundamental que se denuncia en el recurso de amparo.

Y en cuanto a este extremo, precisamente por no entrar a realizar el juicio de proporcionalidad y por la argumentación en la que se sustenta la decisión de privar a la hija de los actores del derecho a voto, no puedo sino compartir la posición expresada por el Ministerio Fiscal en su recurso de súplica. El Juzgado tuvo en cuenta las, a su juicio, notables e insuperables deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral, no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral, sino por la constatada influenciabilidad a tales efectos de la persona sobre cuya incapacitación se decidía; influenciabilidad que, dicho sea de paso, la Sentencia de apelación considera hipotética, señalando que en el caso no consta en absoluto que actualmente exista. Es decir, que, en definitiva, prescindiendo de la explícita voluntad de la afectada de seguir ejerciendo su derecho de voto, y sin que quedara acreditada su falta de capacidad para adoptar una decisión autónoma, se le priva del derecho de voto por carecer de un cierto nivel de conocimientos políticos y constitucionales (a estos efectos, no tienen relevancia las deficiencias en cuanto al conocimiento de la noción del dinero y del precio de las cosas, sobre las que hace hincapié el Auto del que disiento). Pero, como bien dice el Fiscal, el art. 23.1 CE no condiciona el ejercicio del derecho de voto a la posesión de un nivel de conocimientos y/o competencias sobre el sistema político y electoral, sino a la condición de ciudadano (aspecto al que ya me he referido anteriormente). De esta forma, el sometimiento de las personas con discapacidad a un examen en relación con sus conocimientos sobre el sistema político y electoral no sólo no supone poner los medios precisos para asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, como resultaría exigible, de acuerdo con los arts. 5, 12 y 29 a) de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, sino que implica la imposición de un obstáculo más, la exigencia de un plus con respecto a las demás personas con derecho al voto, a las que no se exigen esos conocimientos, lo que, a mi juicio, no es acorde con el art. 23.1 CE. ¿Qué pasaría si se sometiera a todo el cuerpo electoral a ese examen de conocimientos sobre nuestro sistema político y electoral? Probablemente, bajo ese mismo rasero, serían muchas las personas con derecho a voto no discapacitadas que no podrían votar. Claro que el art. 23.1 CE no contiene ninguna exigencia en tal sentido para ningún ciudadano, sea discapacitado o no.

En conclusión, considero que no se ha efectuado en ningún momento, ni siquiera en el Auto aprobado por la mayoría, el imprescindible juicio de proporcionalidad que exigía el derecho fundamental afectado, lo que descalifica la decisión judicial adoptada, basada en criterios que no resultan suficientes desde la perspectiva del art. 23.1 CE, interpretado a la luz de la propia Constitución (arts. 9.2 y 49) y de los preceptos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular de sus arts. 5, 12 y 29.

5. Por todo lo hasta aquí expuesto, sigo defendiendo que el recurso de súplica del Fiscal debería haber sido estimado, con la consiguiente admisión a trámite del recurso de amparo, no sólo por la indudable trascendencia constitucional de la cuestión que en el mismo se plantea, sino porque, a primera vista, desde la perspectiva limitada, propia de la decisión inicial relativa a la admisibilidad de un recurso, no podía sostenerse en modo alguno que la lesión del derecho fundamental alegada en la demanda era manifiestamente inexistente; antes al contrario, existen serios argumentos para estimar que dicha lesión podría haberse producido de manera efectiva, e incluso proceder de la propia regulación de la Ley Orgánica del régimen electoral general. Por lo demás, espero que los demandantes de amparo sigan luchando ante las instancias pertinentes para reclamar el reconocimiento del derecho de su hija a participar en la vida política en pie de igualdad con el resto de ciudadanos.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis.