

**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 RA 2415-2016.**

En ejercicio de la facultad contemplada en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) 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 FJ 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) 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” (el subrayado es mío). 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 FJ 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 art. 49, que impone la realización de una actividad de promoción del ejercicio del derecho por las personas discapacitadas, con la que no se cohonestan 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 inadmisibles 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 arts. 5, 12 y 29. Tras el establecimiento de una declaración general de “Igualdad y no discriminación” en el art. 5, el art. 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 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 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” (el subrayado es mío).

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 prescindieramos 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 TEDH 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, 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 (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 LOREG 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 incurtas 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 LOREG. 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.