

AUTONOMÍA Y APOYOS: EL NUEVO PARADIGMA DE LA SALA PRIMERA ¹

Cristina Guilarte Martín-Calero
Profesora Titular de Derecho civil
Acreditada al cuerpo de Catedráticos de Universidad
Coordinadora del Grupo de Investigación
La Protección Jurídica de la Familia
Universidad de Valladolid

I. LA ARTICULACIÓN DE LOS APOYOS EX ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.

El fundamento del sistema de apoyos previsto en la Convención es garantizar el ejercicio de sus derechos *a las personas con discapacidad* y no, como sucedía en épocas pretéritas, los intereses patrimoniales de la familia o la seguridad del tráfico cuya defensa se encomendaba a un tercero, representante legal y actor del sistema de protección ². A la luz de los principios recogidos en el artículo 3 de la Convención, en particular, la libertad individual, la autonomía personal y la dignidad, la constitución de los apoyos ex artículo 12 permitirá acompañar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y conjurar el conflicto de intereses y la influencia indebida; dicho de otro modo, los apoyos deben respetar la libertad individual, la autonomía personal y la dignidad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, de suerte que el artículo 12 se convierte en un *prius* que asegura el ejercicio de los demás derechos reconocidos en la Convención en igualdad de condiciones con los demás.

Si esta afirmación se traslada al orden civil y a la articulación de los sistemas de protección, puede afirmarse que la reforma de nuestro Derecho es perentoria: consagrar un espacio de autonomía a la persona no susceptible de asistencia ni representación; articular como sistema general un apoyo que permita la formación del consentimiento informado de la persona con discapacidad y su consiguiente manifestación, sin más límite que la influencia indebida (asistencia) y, si ello no es posible y sólo si ello no es posible, articular un sistema excepcional que exteriorice la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad (representación), manifestada a través de los canales reconocidos por la norma (autotutela, mandato de protección, instrucciones previas) o, en su defecto, adoptada en su interés ³.

Ahora bien, entretanto esta necesaria reforma se lleva a cabo, los principios que rigen la materia en el Derecho español, permiten hacer una relectura de la regulación actual a la luz de la Convención de Nueva York, tarea de reinterpretación que ha sido felizmente realizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, a través del control casacional del principio de proporcionalidad y su incidencia en la autonomía de la persona con discapacidad. La correcta aplicación del principio de

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Programa Salvador de Madariaga del Ministerio de Educación (CDF, Université Jean Moulin, Lyon, Francia, 2015) y del Proyecto de Investigación La nueva protección jurídica de las personas vulnerables, DER 2015-69120-R, IIPP Dres.Cristina Guilarte Martín-Calero/Javier García Medina.

² Basta consultar la regulación del Código civil que dedica prácticamente todo su articulado a la constitución de la tutela, la función y responsabilidad de los tutores, con escasas referencias a la persona tutelada y a sus derechos, si bien es forzoso reconocer que las últimas reformas en la materia adoptan un nuevo enfoque basado en la defensa de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad mental o intelectual respecto de su propia protección (autotutela o mandato de protección futura), en el campo de la salud (esterilización de la persona con discapacidad -art.156 CP-, interrupción del embarazo -art.5 ley 41/2002)...

³ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "*La configuración del interés del menor ex art.2 LOPJ y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta*" en la Reforma del sistema jurídico de protección de menores, en prensa.

proporcionalidad garantiza la libertad personal, la autonomía para tomar las propias decisiones y la dignidad de las personas con discapacidad.

II. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA CIVIL DE PROTECCIÓN.

En 1983, se reforma moderna y completamente esta materia sobre la base de tres principios que considero, con matizaciones, plenamente adecuados a la filosofía de la CIDPCD:

-El principio de graduabilidad de la incapacitación⁴, en cuya virtud se ajusta la declaración de incapacitación al grado de incapacidad singular y concreta de cada persona; la discapacidad no es relevante en sí misma sino sólo si afecta a la capacidad de autogobierno (artículo 200 Cc) y como garantía se exige que su constatación se haga en un proceso judicial contradictorio (art.199 Cc). Correlativamente se incluyó en el Código civil la regulación del llamado procedimiento de incapacitación que, posteriormente y con buen criterio, se traslada a la Ley de Enjuiciamiento civil (2000), donde, bajo la rúbrica De los procesos sobre la Capacidad de las personas, se introducen algunas mejoras importantes como, por ejemplo, permitir el nombramiento del cargo tutelar en la misma sentencia que declara la incapacitación. Este principio de graduabilidad se identifica con el principio de proporcionalidad. El artículo 12.4 de la Convención establece que las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

-El principio de tutela de autoridad, conforme al cual esta materia sale del ámbito de lo privado y se somete al control y fiscalización de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal (art.216 Cc), con un reconocimiento expreso, sin embargo, del papel de la familia en el desenvolvimiento de la protección de la persona necesitada de protección (artículo 234 Cc). El artículo 12.4 de la Convención exige que las medidas adoptadas estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

-El principio de pluralidad de guarda, consecuencia del principio de proporcionalidad, que permite dispensar una protección diversa en función de las circunstancias; una intensidad variable que se corresponde con dos regímenes legales, la sustitución o representación legal y la asistencia (art.215 Cc). Junto a ellos, el defensor judicial permite conjurar el conflicto de intereses (art.299 Cc) tal y como ordena el artículo 12.4. Sin duda, en este punto, es conveniente avanzar en la dirección que han seguido otros países de nuestro entorno, introduciendo mecanismos de apoyo menos invasivos, al margen del proceso de modificación de la capacidad y que permiten una mayor y mejor adaptación de la protección a las necesidades concretas de la persona (administrazione di sostegno en Italia, la asistencia en el derecho catalán o las recientes reformas del derecho francés, regulando la representación conyugal y la habilitación familiar)⁵.

III. EL CONTROL CASACIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

⁴ Se mantiene la expresión "incapacitación" con el fin de ilustrar la evolución experimentada en la materia; no se desconoce la nueva terminología legal "modificación judicial de la capacidad" que me parece desafortunada y contraria a la Convención de Nueva York.

⁵ En este sentido las Observaciones formuladas a España por el Comité de la Onu sobre discapacidad respecto de los informes remitidos en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 CNY resultan concluyentes: preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.

El principio de proporcionalidad constituye el instrumento más eficaz para implementar el mandato contenido en el artículo 12 de la Convención; prueba de ello es que el Tribunal Supremo, controlando su aplicación, ha marcado una línea jurisprudencial que, además de respetuosa con la Convención, moderniza los principios del Código civil y obliga a los operadores jurídicos a utilizar todos los mecanismos que, aunque existentes en nuestro Derecho, quedaban al margen de una práctica que, con carácter mayoritario, se decantaba por la incapacitación total y absoluta y la consiguiente constitución de la tutela o la rehabilitación y prórroga de la patria potestad ⁶.

En coherencia con este principio, exige el Alto Tribunal un exacto conocimiento de la situación en que se encuentra la persona que le permita confeccionar lo que la Sala denomina *un traje a medida*. El artículo 759 Lec recoge las pruebas que con carácter preceptivo deben practicarse en el proceso y el artículo 752 Lec autoriza al juez a *decretar de oficio cuantas estime pertinentes*. Así el juez está obligado a dar audiencia a los parientes más próximos, examinar al presunto incapaz y acordar dictamen pericial médico; *se trata de una norma imperativa de alcance constitucional que va más allá del principio de inmediación y que se convierte en un requisito de fondo previo al fallo* ⁷. La práctica de estas tres pruebas está dirigida a formar la opinión del juzgador acerca de la existencia de la enfermedad y de su incidencia sobre la capacidad de autogobierno de la persona para poder confeccionar aquel traje a medida, esto es, la perfecta delimitación de las necesidades de protección y la constitución de los apoyos precisos para el ejercicio de la capacidad jurídica. ⁸.

Apunta el Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 13 de mayo de 2015 que *en estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art.752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica* ⁹.

Y en este punto es muy importante recordar aquí que el Tribunal Supremo controla en casación la incidencia de la valoración de la prueba en la proporcionalidad de la medida, de modo que la conclusión alcanzada por el Tribunal debe estar perfectamente alineada con las pruebas practicadas; así puede señalarse cómo en la sentencia citada el Tribunal Supremo estima el recurso de casación...*pues si nos atenemos a la valoración realizada por el tribunal de instancia... apreciaremos que tales limitaciones no justifican la incapacitación total...No consta que el deterioro*

⁶ Práctica fundada, probablemente, en la defensa de la protección maximalista como garantía del interés de la persona con discapacidad: a mayor protección (incapacitación total) mejor protección (se conjuran los riesgos y peligros de una actuación irreflexiva, de la influencia indebida y del abuso de terceros).

⁷ Cfr.SS 20 marzo de 1991, 16 de septiembre de 1999.

⁸ Así se señala que *Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona. Cfr.SSTS de 1 de julio de 2014 y 13 de mayo de 2015*

⁹ Asimismo en STS 20 de octubre de 2015.

cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión...

Igualmente en Sentencia de 4 de noviembre de 2015 se estima el recurso extraordinario de infracción procesal y de casación... *se ignora el razonamiento lógico de la sentencia para obtener las conclusiones que mantiene... valoración de la prueba que va a ser determinante para establecer el ámbito de protección tanto en lo personal, especialmente médico, como en lo patrimonial, ámbitos los dos que la sentencia limita de forma absoluta, salvo el derecho de voto y el dinero de bolsillo. También se estima el recurso de casación en Sentencia de 20 de Octubre de 2015, al considerar el Alto Tribunal, tras la valoración de los hechos, que la necesidad de protección requiere una medida de asistencia y no de representación como establecía la sentencia recurrida.*

Así pues este principio de proporcionalidad tiene una doble incidencia, de una parte, exige determinar si la necesidad de protección acreditada requiere un régimen de asistencia o un régimen de representación o sustitución; y, de otra, una vez determinado el régimen, la esfera de actuación, personal y patrimonial, en la que se precisa la asistencia o representación. En ambos casos, se exige una clara correlación entre la prueba practicada y la determinación judicial.

A) Régimen de asistencia *versus* régimen de representación

Contra esta práctica judicial mayoritaria que, como se ha visto, opta por la representación legal extendida a la esfera personal y a la totalidad de los actos de administración y disposición incluido el derecho de voto, se levantaron voces críticas que defendían la procedencia de la curatela como institución más respetuosa con el espíritu de la Convención de Nueva York ¹⁰, sin excluir, desde luego, la procedencia de la sustitución o la representación para aquellas otras situaciones más extremas. Creer que la asistencia es la fórmula estándar aplicable a todas las situaciones que pueden originarse en la práctica es un grave error que aboca a la desprotección de todas aquellas personas que necesitan, para el adecuado ejercicio de su capacidad, la sustitución de su voluntad.

En esta línea interpretativa se enmarca la actual línea jurisprudencial que defiende la asistencia como régimen preferente, sin desconocer la procedencia de la sustitución en aquellos otros casos en los que la iniciativa negocial no puede mantenerse en la persona protegida ¹¹. Se observa, pues, claramente,

¹⁰ Pueden verse las consideraciones del Ministerio fiscal en STS 29 de abril de 2009 y, en general, las posiciones defendidas en las distintas sentencias recaídas en la materia.

¹¹ Así la Sentencia de 18 de diciembre de 2015 es claro exponente de esta doctrina: *En consecuencia, no es posible someter a una persona que sufre las graves limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 Cc; la curatela –STS 29 de abril de 2009– es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad. No se trata de una medida discriminatoria, sino adaptada a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad, como sucede en este caso, deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación, ajustada a esas mínimas habilidades y conocimientos que le reconoce la sentencia.*

el cambio de tendencia del Alto Tribunal que marca la representación, la sustitución de la voluntad, como medida excepcional y se inclina, como veremos, por la curatela como sistema de protección.

Ahora bien, no debe equipararse incapacitación total con la representación y la incapacitación parcial con la asistencia; puede requerirse la sustitución de la voluntad sólo para un determinado tipo de actos (incapacitación parcial), siendo aplicable al resto, la presunción de capacidad, y considerar procedente para la adecuada protección de la persona el régimen de representación¹². Y puede, al contrario, considerarse que la asistencia es la medida cautelar más adecuada a la necesidad de protección probada en el proceso y sin embargo extenderla tanto a la esfera personal como patrimonial¹³.

Expresamente, la Sentencia de 1 de julio de 2014 establece que para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, *hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica fundamental entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado.*

En todo caso se identifica perfectamente la preferencia del Alto Tribunal por la curatela, como sistema de protección en varias sentencias en las que se estima el recurso de casación y se determina como sistema de protección la curatela frente a la tutela constituida en la instancia¹⁴;

¹² así la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 17 de julio de 2012 concluye que *esta tendencia interpretativa queda incorporada a la doctrina constitucional en la STC 174/2002, de 9 de octubre, que dice que "...la incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable". De acuerdo con esta doctrina, debe concluirse que la decisión de incapacitar de forma limitada a D.Obdulio únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque: 1ª Se ha constatado que concurre causa de incapacitación, al quedar probado y por tanto incólume en casación que D.Obdulio está afectado por una enfermedad psíquica. 2ª. Que esta enfermedad impide a D.Obdulio gobernarse a sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 de julio que entiende que "el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses". En el presente supuesto, se ha probado que la enfermedad que padece D.Obdulio le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y operaciones económicas, que llevan a declarar "la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes", y que sólo es capaz de manejar dinero de bolsillo. 3ª. Teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario de D.Obdulio, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.*

¹³ En este sentido, la Sentencia de 4 de noviembre de 2015 estima el recurso de casación y sustituye el régimen de sustitución previsto en la sentencia recurrida por *la curatela reinterpretada a la luz de la Convención: el demandado padece una discapacidad intelectual leve, siendo esta patología de carácter irreversible sin que exista posibilidad terapéutica que pueda modificar significativamente su estado. Esta patología en su situación actual limita las capacidades de querer, entender y libre determinación, en concreto, para actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio...). Tiene importantes limitaciones en conocer y prever las consecuencias de los mismos. Es una persona vulnerable, susceptible de manipulación por parte de terceros, por lo que sería conveniente un control por parte de terceros de la adecuación de estos actos; supervisión que también requiere en el ámbito médico... Con estos datos, en la esfera personal requerirá la intervención del curador en el ámbito médico. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea intervivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), completando su discapacidad pero sin anular su autonomía personal.*

¹⁴ así STS 24 de junio de 2013 se concluye: *Estos hechos... conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garantizan su estado de salud, el pago de sus*

En último término, conviene subrayar que el Tribunal Supremo, determinada la necesidad de supervisión o asistencia, considera procedente la constitución de la curatela y no la rehabilitación de la patria potestad *que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico* (STS 20 de octubre de 2014).

B) Esfera personal y esfera patrimonial: la extensión de la protección.

En este punto, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo también se muestra muy interesante, reinterpretando ampliamente las normas del Código civil en materia de curatela y dotando, en principio, a la figura de una mayor aplicabilidad práctica. Particularmente positiva la revisión del derecho de voto y la llamada curatela de la salud y cuestionable, en cambio, la imposición de la asistencia para determinados actos personalísimos.

En principio, el Tribunal Supremo considera que la extensión de la protección debe adaptarse a las particulares circunstancias de la persona, de suerte que el principio de proporcionalidad preside, asimismo, esta determinación y, por lo tanto, es susceptible de control casacional.

En STS de 27 de noviembre de 2014 se defiende la extensión de la protección, si es preciso, a todos los aspectos de la vida: *Lo que se adopta son medidas de apoyo que se inician cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una situación necesitada de los mismos para permitir al discapaz ejercer su capacidad jurídica; apoyos que la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006... no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad...*

Tras la introducción de la curatela en el Código civil en 1983 se abrió un interesante debate doctrinal acerca de la intervención del curador en la esfera personal de incapacitado; ambas posiciones eran perfectamente defendibles al no existir una norma en el Código civil que expresa o tácitamente se refiriera a esta posibilidad. Para unos, el régimen de la curatela del incapacitado era el diseñado en la sentencia de incapacitación y, por tanto, podría el juez, si lo estimara oportuno, atribuir funciones al curador en la esfera personal del incapacitado (facultades y deberes de vigilancia en cuestiones de vida y salud, por ejemplo) y, para otros, rasgo distintivo de la curatela era su cariz exclusivamente patrimonial, de acuerdo con su antecedente inmediato¹⁵, de suerte que, si se apreciaba la necesidad de abarcar la esfera personal, procedería la constitución de la tutela¹⁶. Hoy, esta segunda postura, ha

*necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad. Igualmente la STS de 14 de octubre de 2015 concluye de la valoración de la prueba ...la necesidad de una supervisión limitada a las tareas personales y patrimoniales, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo, la manipulación por parte de terceras personas, y, en definitiva, seguir haciendo una vida relativamente normal dentro de las limitaciones lógicas derivadas de su edad y estado de salud, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y asistencia y el principio de interés superior de la persona con discapacidad, que manteniendo su personalidad, requiere un complemento de capacidad*¹⁴. O la Sentencia de 27 de noviembre de 2014 que expresamente recoge la filosofía del artículo 12 y su interpretación por el Comité de Naciones Unidas cuando afirma ...pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás...

¹⁵ Vid. Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela, VVAA, Madrid, 1977.

¹⁶ Vid. ampliamente GUILARTE MARTÍN-CALERO, La curatela en el nuevo sistema... cit., pgs.117-138.

sido claramente superada por la ratificación de la Convención de Nueva York y por una línea jurisprudencial que, expresamente, se decanta por su admisibilidad¹⁷.

Aceptada la posibilidad de extender la asistencia del curador a la esfera personal y, particularmente, al campo de la salud, se cuestiona, en cambio, la inclusión en el listado de actos que precisan el complemento de capacidad del curador, aquéllos considerados como personalísimos que, sin embargo, excluye la Sentencia de 1 de julio de 2014: *Lógicamente, quedan a salvo aquellos actos que la persona discapacitada solo pueda realizar por sí sola, ya sea por Ley –los derechos personalísimos- o por la sentencia de incapacitación, por ejemplo el ejercicio del derecho de sufragio activo (art.267 Cc)*. Ahora bien, son varios los pronunciamientos del Alto Tribunal en esta línea, concretamente, las STS de 24 de junio de 2013 y de 14 de octubre de 2015 imponen la asistencia del curador para la disposición *mortis causa* de los bienes; o la de 4 de noviembre de 2015 la exige para testar, para el matrimonio, para conducir vehículos o manejar armas.

Si se aplica la función del curador –asistir o impedir la conclusión del acto de que se trate- a aquellos actos, pronto se advierte que no puede efectivamente superponerse la asistencia del curador al otorgamiento del testamento ni al consentimiento matrimonial. Ni la autorización del acto por parte del curador ni su oposición al mismo impiden la aplicación de los artículos del Código civil previstos para el testamento, para el matrimonio de persona que presente deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales o para el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, actos para los cuales el legislador establece un expediente particular y concreto.

En relación con el derecho de voto, en cambio, el Tribunal Supremo muestra una especial sensibilidad y han sido varias las ocasiones en las que ha subrayado la necesidad de justificar la privación de este derecho fundamental en el caso concreto huyendo de automatismos que vulneran el derecho de participación en la vida política de las personas con discapacidad, reconocido en el artículo 29 de la Convención de Nueva York y en línea con lo sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 20 de mayo de 2010, *asunto Alajos Kiss contra Hungría*¹⁸; así,

¹⁷ Así, las sentencias dictadas por el Alto Tribunal el 1 de julio y el 27 de noviembre de 2014 concluyen que *En el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 Cc, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de la enfermedad*. Son varias las sentencias en las que el Tribunal Supremo, tras adoptar la curatela como régimen más adecuado a la necesidad de protección detectada, afecta la esfera personal e impone la asistencia del curador en el ámbito médico¹⁷; así, la STS de 24 de junio de 2013 determina que *En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial* En el mismo sentido, SSTS de 20 de octubre y de 4 de noviembre de 2015.

¹⁸ « 43. *En l'espèce, le requérant a perdu le droit de voter en raison de l'imposition aux personnes sous curatelle d'une restriction générale et automatique au droit de vote. Il peut donc se prétendre victime de la mesure en question. La Cour ne saurait spéculer sur le point de savoir si l'intéressé aurait été privé du droit de vote même si les droits des personnes handicapées mentales avaient fait l'objet d'une restriction plus limitée, conforme aux exigences de l'article 3 du Protocole no 1 (voir, mutatis mutandis, Hirst c. Royaume-Uni (no 2), op.cit., §§ 48 à 52). 44. Elle juge en outre discutable la pratique consistant à traiter comme un groupe homogène l'ensemble des personnes souffrant de troubles mentaux ou intellectuels. Les éventuelles restrictions ainsi apportées aux droits de ces personnes doivent faire l'objet d'un contrôle strict. Cette approche se retrouve dans d'autres instruments de droit international, visés ci-dessus (paragraphes 14-17). La Cour conclut donc que le retrait automatique du droit de vote, en l'absence d'évaluation judiciaire individualisée de la situation des intéressés et sur le seul fondement d'un handicap mental nécessitant un placement sous curatelle, ne peut être considéré comme une mesure de restriction du droit de vote fondée sur des motifs légitimes ».*

se insiste en que no se puede privar al incapacitado como una consecuencia automática o necesaria de la incapacitación en las sentencias de 24 de junio de 2013 y de 1 de julio de 2014¹⁹.

Puede concluirse que se aprecia hoy una tendencia jurisprudencial a la conservación del derecho de voto en la persona protegida que puede apreciarse, por ejemplo, en las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2015 en las que, o bien, la sentencia del juzgado así lo establece (STS 14 de octubre y 18 de diciembre de 2015) o bien la Audiencia Provincial así lo determina (STS 20 de octubre y 4 de noviembre de 2015). Ahora bien, tal y como se ha apuntado más arriba, sería deseable que el legislador reformara el artículo 3 de la LREG y no conectara la privación del derecho de voto al proceso de modificación de la capacidad de obrar; esta medida ni protege a la persona con discapacidad ni evita un perjuicio a la sociedad, al ser su elección una entre varias opciones legítimas; si la persona con discapacidad tiene la necesidad de expresar su opinión debe considerarse entonces que puede hacerlo sin hacer recaer sobre ellas un mayor rigor y una mayor exigencia sobre la seriedad y reflexión observadas en el proceso de formación de opinión (piénsese en personas sin formación, personas no incapacitadas con discapacidad mental o intelectual, personas que se toman a la ligera el acto de votar, eligiendo al azar cualquier opción...). Si lo que se pretende conjurar es la influencia indebida, entonces la medida adoptada no es proporcional a la finalidad perseguida.

IV. LA CONSIDERACIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA PROTECCIÓN.

Este principio reconocido no tiene un claro reflejo en sede de instituciones tutelares y, por ello, se advierte más interesante su tratamiento jurisprudencial en el seno de los procedimientos de modificación de la capacidad, precisamente, por la dificultad que entraña el equilibrio entre autonomía personal y protección legal. El Alto Tribunal ha dictado distintas sentencias relacionadas con la autonomía de las personas con discapacidad en el seno de aquellos procedimientos; concretamente, en el ámbito del nombramiento de tutor y en el reconocimiento de un ámbito de capacidad a la persona protegida²⁰.

A) DESIGNACIÓN DE TUTOR:

¹⁹ En sentido distinto, la Sentencia de 17 de marzo de 2016 desestima el recurso de casación al entender que ha existido una atención particular a la cuestión y no ha sido consecuencia automática de la declaración de incapacitación: *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 la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, 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. "Consta, señala la recurrida, datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea del 1er. 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), 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".

²⁰ También es manifestación de este principio la preferencia de la curatela como sistema de protección más respetuoso con los principios de la Convención a la que ya nos hemos referido *supra*.

Varias sentencias del Tribunal Supremo han tenido que decidir sobre el alcance de la voluntad de la persona protegida en la elección de la persona titular del cargo tutelar; la primera de ellas, la Sentencia de 17 de julio de 2012, relativa al alcance y límites de la delación voluntaria de la tutela (autotutela) ²¹ y las Sentencias de 30 de septiembre de 2014 ²² y de 30 de junio de 2014 ²³, relativas a la elección de tutor una vez abierta la protección.

B) LA PRESERVACIÓN DE UN ESPACIO DE AUTONOMÍA Y DECISIÓN EN LA PERSONA

En este punto, se comprueba un importante cambio en la sensibilidad del Alto Tribunal hacia la autonomía de las personas con discapacidad, destacando como principio fundamental *la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente,*

²¹ El Tribunal Supremo considera que *“En la llamada autotutela, el art.223.2 Cc establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, “en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en un documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor”; consecuencia de ello, el art.234.1 Cc establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo con el artículo 223.2 Cc... Sin embargo, el propio artículo 234.2 Cc establece que “excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del incapacitado así lo exigiere. También en el artículo 222-9 CCC se da preferencia a la persona designada por el incapacitado en el acto de delación voluntaria. Sin embargo, en el propio artículo 222-9 CCC se permite al juez prescindir de esta persona, según las circunstancias del caso, si se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al efectuar dicha delación voluntaria, o bien si se efectuó en el curso del año anterior a la declaración de incapacidad y en este caso, el art.222-10 CCC establece que la designación de tutor corresponde al juez cuando no hay persona designada o su nombramiento no es adecuado y ello siempre que sea conveniente para los intereses de la persona menor o incapacitada (art.222-10.3 CCC). ... De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art.234.1 Cc debe efectuarse en resolución motivada... esta circunstancia concurre en el presente procedimiento*

²² En esta sentencia, la voluntad y preferencias de la persona necesitada de protección se manifiestan en el curso del procedimiento que declara su incapacitación y su sometimiento a tutela y en que se designa tutora a su hija, frente a su deseo de permanecer con su hijo y que éste sea nombrado tutor. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideran que los celos de la incapacitada hacia su hija carecían de entidad y eran propios de una persona mayor y enferma. Se interpone recurso de casación que se estima al considerar el Tribunal Supremo que la Audiencia Provincial no valora adecuadamente la voluntad de la recurrente y ello sobre la base de las siguientes consideraciones: *En primer lugar, es obligado tener en cuenta la voluntad de D^a Olga. A tenor de lo establecido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría. ... la voluntad de D^a Olga es inequívoca. No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho que quiere vivir con su hijo y no con su hija...es la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como D^a Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida... Sucede, además, que la Sala no observa razón objetiva alguna que permita ni siquiera sospechar que esa voluntad le resulte perjudicial. Y por lo que respecta a las posibles suspicacias sobre la conservación del patrimonio de D^a Olga, la Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para desecharlas... (art.232 y 233 CC).*

²³ El Tribunal Supremo estima el recurso de casación somete al incapacitado a curatela y nombra curadora a su pareja tal y como solicitaba el incapacitado, frente a la instancia que consideraba que la relación existente entre ambos no era clara y con la finalidad de impedir abusos nombraba tutor al Instituto Tutelar de Vizcaya; y en la STS de 1 de julio de 2014 se estima el recurso de casación porque la sentencia recurrida no motivaba la alteración del artículo 234 Cc en el interés del incapacitado: no se justifica desde el interés de la madre, en qué medida el conflicto familiar existente entre los llamados a ejercer la tutela impide que uno de ellos asuma el cargo.

pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención ²⁴.

El respeto a este principio se traduce en una obligación del Juzgador de **reconocer y potenciar la capacidad acreditada en cada caso**, de manera que la persona conserve en aquel ámbito su capacidad de decisión y autonomía personal y a éste no alcanzará la asistencia o representación legal establecidas.

Se trata de proteger a la persona, tratando de preservar al máximo su capacidad; así la STS de 13 de mayo de 2013 estima el recurso de casación al advertir una contradicción, *pues podían habersele preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a su libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas y el que precise de alguien que la cuide para cubrir sus necesidades personales y asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.*

Debe buscarse, por tanto, el difícil equilibrio entre autonomía y apoyos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Puede concluirse que, en tanto se produce la esperada reforma que no llega, la aplicación de la regulación actual con pleno respeto a los principios de proporcionalidad y autonomía contribuirá al propósito de la Convención: *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*

²⁴ Cfr. STS de 24 de junio de 2013 y STS 14 de octubre de 2015.