

LA CURATELA Y LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO

(Comentario a la STS de 3 de junio de 2016)¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

La protección del discapacitado. La privación del derecho de sufragio. La designación de tutor o curador: orden de llamamientos y criterios de determinación. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, 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, 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 determinadas actuaciones y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual. 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 así 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. Ocurre en este caso que la sentencia recurrida confirma la del juzgado, la cual, sin razonamiento alguno, priva del derecho del sufragio universal activo y pasivo, siendo así que ningún dato de prueba autoriza tal pronunciamiento. El tribunal deberá seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla.

Palabras claves: tutela y curatela, orden de llamamientos y derecho de sufragio.

Fecha de entrada: 06-09-2016 / Fecha de aceptación: 21-09-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de septiembre de 2016).

Los procedimientos judiciales en los que se interese la modificación de la capacidad de las personas y en los que se solicite una medida de protección personal y patrimonial que se justifique como medida de protección, debe adoptarse siempre de acuerdo con la situación concreta que tiene la persona, de manera que la medida de protección que se solicite y finalmente se determine se ajuste a sus necesidades reales, ya que lo que se busca es la protección de la persona con discapacidad y no las de sus familiares o su entorno social. Debe prevalecer en todo caso el interés de la persona con discapacidad.

Sin duda, la normativa aplicable debe realizarse de acuerdo tomando en consideración para interpretarla tanto la Constitución como la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008. Los principios generales de aplicación a las personas con discapacidad son según la jurisprudencia y el Tribunal Supremo de 29 de abril y 29 de septiembre de 2009:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
- b) La no discriminación.
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) La igualdad de oportunidades.
- f) La accesibilidad.
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer.
- h) El respeto a la evolución; también su participación en la vida política y pública.

La privación de todos o parte de los derechos que puede derivar de un procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar abierto contra cualquier persona solo puede adoptarse en el marco de un sistema de protección, debiendo quedar al margen cualquier planteamiento abstracto y rígido respecto de su situación jurídica, y tomando en consideración que no pierde la titularidad de derechos fundamentales. Así pues la medida de protección que necesite debe ser consecuencia de una limitación real y acreditada de las facultades intelectuales y volitivas que afectan a su autogobierno, y solo en la medida en que no pueda ejercitar sus derechos como persona.

Se parte de las siguientes posibilidades: a) la privación absoluta de la capacidad de obrar para gobernar su persona y administrar sus bienes, b) la modificación parcial, respecto de su situación personal o patrimonial, o con absoluta capacidad para administrar sus bienes, y c) la medida de apoyo por excelencia a la luz de la Convención debe ser la curatela y no la tutela, sin perjuicio de que si el caso lo exige se puedan adoptar apoyos permanente y totales, como es la tutela.

En la curatela el curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención; es una institución de guarda de persona a la que se le nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, constituyendo un órgano estable pero de actuación intermitente (STS de 29 de abril de 2009 y de 18 de diciembre de 2015). Requiere un complemento de su capacidad por un tercero en la toma de decisiones, precisamente para proteger su personalidad.

En la tutela el tutor representa y asiste al discapacitado, pues carece de capacidad para cuidar su salud y sus bienes por padecer de una enfermedad crónica, irreversible y grave que le merma la capacidad de gobierno de su persona y la administración de sus bienes.

Por tanto, la determinación de la medida de protección adecuada a la situación concreta de la persona sobre la que se abrió un procedimiento para la modificación de la capacidad de obrar deberá acordarse por el órgano jurisdiccional que la acuerde, una vez realizadas las pruebas necesarias a que se refiere la legislación procesal civil. De entre las mismas debe destacarse la audiencia de la persona a la que afecta el procedimiento, para que, a través del principio de inmediación, el juzgador pueda obtener una visión real de su situación, que unida a los documentos médicos que hayan sido aportados, los informes sociales, si existieren, la audiencia de parientes, o las pruebas testificales que se deban realizar, con el preceptivo informe del médico forense, permita conocer el alcance de las facultades intelectivas y volitivas, y, por tanto, si padece alguna de «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del CC). Así se podrá fijar el sistema de protección adecuado de acuerdo con su situación real y concreta. Se tendrá en cuenta para ello cómo se desarrolla su vida ordinaria; si necesita que alguna persona le represente en los actos de la vida cotidiana, o en otros de mayor importancia y trascendencia, tanto en el ámbito personal (por ejemplo, la realización de intervenciones jurídicas a los efectos del consentimiento necesario para la realización de las mismas) como en el patrimonial (si como pudiera en la administración de los bienes o en los actos de disposición o administración importantes por su trascendencia económica o complejidad); en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales; si precisa solo de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones, y las personas que deben prestarlas, tomando como criterio rector el beneficio e interés del discapaz.

En la sentencia que se comenta se observa que realmente tanto la Audiencia provincial como el Juzgado de Primera Instancia determinaron un sistema de protección que acordaba la incapacidad total de la demandada, afectando incluso a la privación del derecho de sufragio (al que me referiré posteriormente de manera independiente); sin embargo, a la vista de los fundamentos

de la sentencia, en ningún caso, de acuerdo con la prueba existente, puede suponer la incapacitación total, ya que padece una pseudodemencia depresiva en relación con trastorno adaptativo con deterioro cognitivo leve. Así pues, dentro de las habilidades de la vida independiente, puede realizar tareas de autocuidado y actividades instrumentales diarias y para la salud, con la adecuada supervisión que garantice tanto la toma de medicación como la asistencia a las consultas psiquiátricas programadas. Estos apoyos también le son necesarios para la realización de actuaciones económicas, jurídicas y administrativas, teniendo en cuenta que desconoce el dinero que tiene en sus cuentas y que es fácilmente influenciable, por lo que podría ser engañada en la toma de decisiones de tipo económico de cantidades importantes. Lo que parece ser más aconsejable, partiendo de la realidad que se desprende de las pruebas y siguiendo a la mencionada Convención, es inclinarse por una institución como la curatela: un complemento de su capacidad por un tercero en aquellos aspectos en que a la luz de la prueba realizada sea necesario, no en todos. ¿Por qué incapacitar totalmente, si realmente la persona afectada tiene habilidades que puede realizar por sí o, en su caso, necesita solo un complemento de la capacidad y no alguien que actúe en su lugar en todos los ámbitos de la vida personal o patrimonial?

De acuerdo con la jurisprudencia de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, debe establecerse una especie de traje a medida según las necesidades reales que tenga.

En este aspecto, debe indicarse que las resoluciones dictadas en las dos instancias se alejaron de la normativa aplicable, diseñando un sistema de tutela de incapacitación total que no se ajustaba a la situación real de la afectada, por lo que fueron casadas y se fijó una curatela para que un curador le complemente tanto en el ámbito personal como patrimonial.

La sentencia que se dictó en las instancias privaba igualmente del derecho de sufragio activo y pasivo, la sentencia del Tribunal Supremo deja sin efecto. En relación con este relevante aspecto debe decirse que:

- El artículo 29 de la Convención de Nueva York 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 su derecho de voto.
- El artículo 23.1 de la Constitución española establece como derecho fundamental el derecho de participar en los asuntos públicos como manifestación del principio de representación política.
- 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 declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los jueces o tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. Esta excepción ha de ser de interpretación restringida, debiendo los jueces pronunciarse sobre la falta de capacidad o no para el ejercicio de este derecho.

- El derecho de participación política a través del ejercicio del derecho al voto no puede sufrir discriminación alguna por razón de enfermedad mental, ni puede un juez establecer un estándar de exigibilidad de capacidades cognitivas o intelectivas superiores a las que sean predicables en cualquier ciudadano para impedir el ejercicio del derecho de voto, de manera que solo razones muy específicas, motivadas o justificadas en el interés del presunto incapaz o en razones de orden público pueden legitimar una limitación del derecho de sufragio activo. Serían importantes alteraciones cognitivas probadas las que podrían justificar la privación de ese derecho.
- La incapacitación no determina por sí la privación del derecho de sufragio, sino que debe ser una consecuencia de la prueba que se realice de manera, que quede acreditado en el procedimiento la inhabilidad en este ámbito; la regla será la conservación, y la excepción, la privación del derecho fundamental siempre que así se derive del resultado de la prueba realizada; la situación personal no determinará en todo caso la privación de ese derecho, sino que son perfectamente compatibles, salvo que del resultado de la prueba resulte lo contrario.
- Resulta por tanto imprescindible que la privación establecida esté justificada en la prueba realizada y así se motive en la sentencia.

En la sentencia que se comenta resulta no existir prueba alguna que justifique la privación del derecho de sufragio, por lo que la realización libre del ejercicio de este derecho fundamental es reconocida por la sentencia que se comenta. No se probó ni se justificó el por qué de la privación de ese derecho fundamental.

Por último, la determinación de la persona que deba ejercer el cargo de tutor o curador es cuestionada en el recurso de casación, alegando la recurrente que fue designada por la demandada ante notario y teniendo plena capacidad. El artículo 234 del CC establece un orden de preferencia para el nombramiento de tutor de aplicación general, y a este debe el juez, en principio, atenerse, ya que está basado en la presunción de afecto y aptitud que el vínculo familiar comporta; si bien se concede al juez amplio poder decisorio para alterar el orden legal de los llamamientos, e incluso para prescindir de todas las personas llamadas en él, pero siempre con una doble limitación: motivación y que lo exija el beneficio del incapacitado. No se trata de un absoluto arbitrio judicial, por más que dicho juzgador no se encuentre vinculado de un modo absoluto al orden de llamamientos que la ley establece, por lo que en suma ha de apartarse del orden establecido o prescindir de todas las personas mencionadas cuando exista causa o motivo que lo justifique en beneficio del incapacitado.

La recurrente se postulaba como tutora, y, sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nombró a un sobrino, y la audiencia provincial a la Fundación Galega para la Tutela de Adultos (FUNGA).

Es clara la preferencia que otorga el Código Civil en el artículo 234.1 a las manifestaciones de la persona que con plena capacidad decide ante notario designar a otra persona como tutor,

así como del respeto que deben tener las decisiones de las personas, según el artículo 3 del texto refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, de 29 de noviembre de 2013.

Seguir el orden legal puede resultar contraproducente, como ocurriría en aquellos casos de oposición al nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela, en casos en que concurra en la misma persona alguna de las causas de ineptitud para ejercer el cargo, o en aquellos en que existan conflictos o discrepancias familiares entre las personas llamadas a ser tutores de los cuales puede derivarse de forma clara y directa un perjuicio para la persona que ha de ser tutelada, en tanto se prevea un posible conflicto de intereses o la existencia de graves perturbaciones en el cuidado personal de la persona tutelada, o cuando existen razones derivadas de la administración de los bienes de la persona afectada, unida a la posible manipulación que sobre la misma pudo ejercerse desde el punto de vista patrimonial. En todos estos supuestos, y en otros semejantes, seguir el orden legal no es beneficioso para la persona que ha de ser sometida al sistema de protección correspondiente, y será la persona o la entidad que el juzgador considere idónea para ello la que ejercerá el cargo de curador (o tutor).

Es lo que ocurre en el supuesto de la sentencia: la persona que se postula para el cargo de protección no acreditó o justificó adecuadamente la administración de los bienes de la demandada, incluso se dedujo testimonio a solicitud del Ministerio fiscal por un posible delito de apropiación indebida; la salvaguarda de los derechos de la misma exige el nombramiento de una persona ajena al ámbito familiar y que promueva las actuaciones conducentes a que los bienes que salieron del patrimonio vuelvan al mismo.

La sentencia mantiene en este caso el nombramiento de curador en la FUNGA por considerarlo idóneo y adecuado en beneficio del discapacitado.