

# Motivación de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad

Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2021

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

La sentencia seleccionada para comentar tiene como elemento fundamental el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva, y concretamente el referido al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que se incluye en el artículo 24. 2 de la Constitución y que tiene transcendencia en los procedimientos judiciales, y concretamente en el proceso referido a las medidas de apoyos judiciales para el ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, de acuerdo con la nueva Ley 8/2021, como en el anterior procedimiento que recogía las modificaciones de la capacidad.

Brevemente debe indicarse que se inicia el procedimiento con la presentación de una demanda de modificación de la capacidad por la esposa del demandado, como consecuencia de las secuelas neurológicas provocadas por un ictus, accidente cardiovascular, interesando sea nombrada tutora de su esposo. La demanda presentada corresponde al juzgado de primera instancia, oponiéndose el demandado a dicha demanda, entendiéndose que solo procede una mera supervisión para determinadas cuestiones complejas, e interesando que para el ejercicio del cargo se nombrara no a su esposa, con la que no tenía buena relación, sino a su hija, o a un amigo determinado. La sentencia dictada acuerda una modificación

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 28 de febrero de 2022).

parcial de la capacidad de obrar para regir su patrimonio en aquello que exceda de los gastos de bolsillo, nombrando curador a su amigo mencionado para asistirle y aconsejarle en determinados actos, sin que fuera preciso que solicitara autorizaciones judiciales prevista en artículo 271 del Código Civil.

La esposa, demandante, interpuso recurso de apelación, y tras el informe del médico forense se estimó el recurso y acordó la incapacitación total del demandado, nombrando como tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (AMTA). Durante la tramitación de la apelación la representación del demandado solicitó que se citara al forense a la vista para que respondiera a las preguntas y aclaraciones de las partes, y pidió que se admitieran unas pruebas periciales para rebatir las conclusiones del médico forense, desestimados por el tribunal y con desestimación de los recursos de reposición contra las providencias.

La representación de la parte demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por vulneración de la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y el artículo 120.3 por falta de motivación, prescindiendo de la voluntad del demandado, entre otros artículos, y preceptos de la LEC.

En primer lugar, debe mencionarse que el procedimiento de modificación de la capacidad y el establecido por la Ley 8/2021 de solicitud de medidas de apoyo judiciales es un proceso especial regulado en los artículos 748 y siguientes de la LEC, y el artículo 752 referido a la prueba establece que

1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución, de acuerdo con lo recogido por el doctrina del Tribunal Constitucional, supone, como recoge la STC 37/2000 de 14 de febrero (NCJ052231), que desde el punto de vista positivo: a) el derecho a que sean admitidas las pruebas pertinentes, decisivas en términos de defensa, propuestas con observancia de la legalidad procesal, y siempre que, en su obtención, no se hubieren vulnerado derechos fundamentales; b) el derecho a que la prueba admitida sea practicada, desplegándose, en consecuencia, la actividad procesal necesaria a tal fin; c) el derecho a que no se produzca indefensión, denegando, sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, la práctica de una prueba trascendente; d) por último, a que la prueba practicada sea valorada por parte del tribunal, pues fuera de tal caso el mentado derecho carecería de efectividad.

Desde el punto de vista negativo, no queda comprendido en su ámbito objetivo de aplicación: a) la admisibilidad ilimitada de pruebas; b) la admisión de pruebas no propuestas con respeto a la legalidad procesal o ilícitamente obtenidas, y c) la práctica de pruebas no llevadas a efecto por causa imputable a la parte, que alega la vulneración de tal derecho fundamental.

La STC 121/ 2021, de 2 de junio (NCJ065596) señala:

a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes [...] entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* [...].

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos [...].

c) Corresponde a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial [...].

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea «decisiva» en términos de defensa [...].

El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión [...]. A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo [...].

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas [...]; y, de otra, quien en la vía de

amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia [...], ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo [...].

La misma doctrina es extensible respecto de la regularidad en la práctica de una prueba admitida. En estos casos, cuando la queja verse sobre el modo en que se ha desarrollado una determinada diligencia probatoria, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas indebidamente practicadas; y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en las sentencias 647/2014, de 26 de noviembre (NCJ059148) y 465/2019 de 17 de septiembre (NCJ064544), que el alcance de tal derecho radica en la observancia de los requisitos siguientes:

- i) Pertinencia. El art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] [...].
- ii) Diligencia. Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio [...] y que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento [...].
- iii) Relevancia. Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [...] demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa [...], esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito [...] al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente.

De acuerdo con la jurisprudencia mencionada la prueba pericial propuesta por el demandado, en primer lugar, debe decirse que se encuentra ligada estrechamente con el objeto del proceso, así como también lo está la solicitud de que acuda a la vista para someterse

a las aclaraciones y preguntas de la parte recurrente, el demandado, estando relacionado con absoluta claridad con la cuestión a decidir, es decir, determinar el alcance de las medidas de apoyo.

En este sentido el artículo 346 de la LEC dispone que

el perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen [...]. De dicho dictamen se dará traslado por el letrado de la Administración de Justicia a las partes, por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

Y asimismo, el artículo 347.1 de la LEC que se refiere a la actuación de los peritos en el juicio o en la vista, estableciendo que

1. Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita.

El tribunal solo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.

El Tribunal Supremo ha mantenido, por ejemplo en sentencias 711/2016, de 25 de noviembre (NCJ061943) y 705/2021, de 19 de octubre (rec. núm. 5993/2020), que en la tramitación de los procesos especiales se pueda admitir prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación, razonándose que la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental, quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado. Asimismo, ha declarado la nulidad del procedimiento, por no acordarse su práctica en la sustanciación del recurso de apelación, y ser pertinente y necesaria. Así, entre otras, en la sentencia 759/2011, de 2 de noviembre (NCJ055915), ha recogido que

la regla de la prueba presenta una excepción en el art. 752 LEC, que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del art. 271.1 LEC y del propio art. 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el art. 752.1 LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

La indefensión se produce cuando se impide el ejercicio del derecho de defensa, cuando se limita o niega la facultad de alegar y justificar sus derechos o intereses para que sean reconocidos, o de replicar las posiciones contrarias, de acuerdo con el principio de contradicción, y ello haya producido un verdadero menoscabo del derecho de defensa, que se ha producido por la negativa del tribunal a citar al médico forense a la vista para responder a las aclaraciones y preguntas de la parte recurrente, sobre un tema esencial y trascendente en este proceso como es la determinación de la medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica del demandado. Esta limitación en la actuación del recurrente afecta al derecho de defensa, ya que le impide, de acuerdo con el principio de contradicción, manifestarse en relación con la prueba desplegada en el procedimiento. Por otro lado, la prueba era útil y pertinente, en la medida que, como se deriva de la sentencia de la audiencia provincial, decide, de acuerdo con el informe del forense, limitar de manera total la capacidad del demandado y por tanto con un alcance pleno tanto al ámbito personal como patrimonial, y acordando la tutela, prescindiendo de los informes periciales y documentación médica que se contraponía al informe forense, sin ningún razonamiento, máxime cuando la sentencia anula totalmente la capacidad jurídica del demandado, a través de una tutela, actualmente curatela representativa, que es excepcional, como resulta del juego de los artículos 249 tercer párrafo y 269 tercer párrafo del Código Civil, según redacción dada por Ley 8/2021, de 2 de junio, aplicable a la decisión del proceso por el juego de su disposición transitoria sexta.

Asimismo, en relación con la ausencia de motivación para prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado que había designado a la persona que quería que fuera curadora, debe tenerse en cuenta, de acuerdo con los principios que derivan del Convenio de Nueva York, respecto de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, la manifestación del derecho a la autodeterminación, y que debe ser respetado siempre que sea posible. Así, el artículo 3 del convenio establece la necesidad de respetar «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones».

Además, la sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre (NCJ065683), tras la entrada en vigor de la nueva ley, expone que «la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias», con los matices que se explica a continuación.

La voluntad los deseos y preferencias, es decir, la voluntad exteriorizada del demandado es reconocida por el Código Civil, por lo que cualquier sentencia tendrá que exponer las razones por las que se prescinde de la voluntad manifestada del demandado.

Por tanto, la sentencia que se comenta de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la de la Sala Civil del Tribunal Supremo, teniendo en consideración la normativa vigente, estima el recurso por infracción procesal, y declara la nulidad de

la sentencia de la audiencia provincial, indicando que con admisión de la prueba pericial propuesta por el demandante recurrente se convoque a los especialistas y al médico forense que elaboró el informe, y motivar las razones por las que en su caso se prescinde del curador designado por el demandado, y deberá adaptarse a la nueva regulación establecida por la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.