

**ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE
NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR LOS ORGANOS
JURISDICCIONALES ESPAÑOLES**

COORDINADORES

Juan Manuel Fernández Martínez
Nuria Díaz Abad
Ignacio Sancho Gargallo
Juan Manuel Fernández López
Alberto Muñoz Calvo
Josefa García Lorente

COAUTORES

Carmen Delgado Echevarría
Leonor Lidón Heras
Mariano Salinas García
Beatriz Rabadán López

COLABORADORES

María Ajenjo Ballesteros	Mario Piñol Ugena
Ana Sánchez Valdepeñas	Mónica Rojo Martín
Amparo Moral Palop	María Romero Pintado
Raquel Salinero Arteaga	Sara Sánchez Fernández
Borja Campos Vives	Raquel Rey Ranz
Manuel Martín Calero	Marta Cobo López
María Conde Carrión	Sofía Moreno Lardon
Rafael Góngora Lozano	

Alumnos del Centro Universitario Villanueva

Primera edición: 27 de noviembre de 2018

Coordinación de la publicación: Juan Manuel Fernández Martínez, Nuria Díaz Abad, Ignacio Sancho Gargallo, Juan Manuel Fernández López, Alberto Muñoz Calvo, Josefa García Lorente

Copyright: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8. 28071 Madrid.

Diseño, maquetación e impresión: RALI

ISBN: 978-84-09-06803-6
Depósito Legal: BI-1841-2018

Con agradecimiento al trabajo realizado por Ana María Bermejo, Pilar Sepúlveda de la Torre, Almudena Castro-Girona, Torcuato Recover Balboa, Rocío Pérez-Puig González, Julio Antonio Guija Villa, Javier Laorden Ferrero, Inés de Araoz Sánchez-Dopico, Carlos Ganzenmüller Roig, Nuria López-Mora González, Rocío Gómez Hermoso, Carolina Villa García y Ramón Corral Beneito.



ÍNDICE

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN CIVIL

*Ignacio Sancho Gargallo
Juan Manuel Fernández López*

I.	Interpretación del sistema legal vigente a la luz de la Convención	13
I.1.	Modificación de la capacidad. Sistema de constitución de apoyos.	14
I.2.	Guarda legal. Constitución de apoyos.	19
I.3.	Causas de modificación de la capacidad. Graduación de la capacidad	21
I.4.	Juicio de capacidad. Traje a medida	22
I.5.	Prueba. Valoración judicial discrecional.	26
I.6.	Contenido de la guarda legal.	28
II.	Jurisprudencia sobre la limitación de capacidad para el ejercicio de determinados derechos, sujetos a un especial régimen jurídico	30
II.1.	Derecho de sufragio.	30
II.2.	Derecho a contraer matrimonio.	32
II.3.	Capacidad de testar.	36
III.	Aplicación de esta doctrina a los distintos casos objeto de enjuiciamiento	38
III.1.	Incapacitación total. Tutela	38
III.2.	Enfermedad psíquica. Conciencia de enfermedad. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión. Atención médica y disposición patrimonial	39
III.3.	Incapacitación parcial. Rehabilitación patria potestad. Curatela	41

III.4.	Demencia senil leve. Incapacitación parcial. Curatela	42
III.5.	Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión limitada de las tareas personales y patrimoniales.	43
III.6.	Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión y atención médica y disposición patrimonial	45
III.7.	Discapacidad intelectual leve. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión y atención médica y disposición patrimonial	46
III.8.	Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión y atención médica y disposición patrimonial	46
III.9.	Deterioro cognitivo. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica. Disposición <i>mortis causae</i>	47
III.10.	Discapacidad intelectual leve. Incapacitación parcial. Curatela. Cuidado personal. Supervisión disposición patrimonial. Derecho de sufragio	52
III.11.	Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión y atención médica y disposición patrimonial	52
III.12.	Enfermedad de Alzheimer. Dependencia funcional severa. Incapacitación total. Tutela.	56
III.13.	Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión y atención médica y disposición patrimonial	57
III.14.	Discapacidad intelectual leve. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión y atención médica y disposición patrimonial	61
IV.	Nombramiento del guardador legal.	62
IV.1.	Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial. Voluntades anticipadas: Autotutela.	63
IV.2.	Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial. Voluntad e interés de la persona discapacitada.	64
IV.3.	Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial	66
IV.4.	Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial	70

IV.5.	Guardador legal. Designación. Delación legal. Voluntad e interés de la persona discapacitada. Discrecionalidad judicial	72
IV.6.	Guardador legal. Designación. Delación legal. Voluntad e interés de la persona discapacitada. Discrecionalidad judicial	74
V.	Otras controversias jurídicas que afectan a personas con discapacidad, en las que se ha valorado la incidencia de la Convención	75
V.1.	Asignación de la vivienda familiar	75
V.2.	Pago de alimentos	80
V.3.	Pensión de alimentos. Régimen de guarda y custodia compartida	81
V.4.	Propiedad horizontal. Acuerdo de la Junta de Propietarios. Autorización de obras para facilitar el acceso de un discapacitado a un elemento común	83
VI.	Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el internamiento involuntario	86
VI.1.	Internamiento involuntario. Trastorno psíquico. Requisitos de validez. Internamiento urgente	87
VI.2.	Internamiento involuntario. Trastorno psíquico. Asistencia letrada	93
VI.3.	Internamiento involuntario. Centro asistencial. Enfermedad mental degenerativa	95

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN PENAL

*Juan Manuel Fernández Martínez
Carmen Delgado Echevarría*

I.	Introducción	99
II.	Concepto de persona con discapacidad	100
II.1.	Concepto en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)	100
II.2.	Concepto en la legislación penal interna española	100
II.3.	Aplicación jurisprudencial	100

III.	Admisión como prueba de cargo de la declaración testifical de personas con discapacidad.....	101
III.1.	Tratamiento normativo	101
III.2.	Aplicación jurisprudencial. Valoración de la declaración de la persona con discapacidad como víctima y como testigo. Referencia a las periciales psicológicas llamadas a corroborar periféricamente la declaración	102
IV.	Adopción de medidas de apoyo para la intervención de la persona con discapacidad en juicio y demás diligencias judiciales en calidad de víctima y/o testigo	109
IV.1.	Tratamiento normativo	109
IV.2.	Aplicación jurisprudencial. La prueba preconstituida. Medidas de apoyo durante el acto del juicio oral. Especial referencia a las experiencias de “lectura fácil”	113
V.	Protección de las personas con discapacidad frente a la explotación, la violencia y el abuso: especial referencia a la protección frente a atentados contra la libertad sexual	121
V.1.	Tratamiento normativo	121
V.2.	Aplicación jurisprudencial	121
V.2.a)	Subtipos agravados por razón de la discapacidad de la víctima	121
V.2.b)	Incidencia de la discapacidad de la víctima en la calificación de conductas atentatorias contra la libertad sexual	124
V.2.c)	Condiciones exigidas para la apreciación de los subtipos agravados de los artículos 180.1.3º y 181.5 CP	132
VI.	Protección penal del patrimonio de las personas con discapacidad.....	135
VI.1.	Tratamiento normativo	135
VI.2.	Aplicación jurisprudencial. Especial referencia al delito de estafa cometido sobre persona con discapacidad	135
VII.	Esterilización de personas con discapacidad	140
VII.1.	Tratamiento normativo	140
VII.2.	Aplicación jurisprudencial. Especial referencia a la STC 215/1994	141

VIII. Incidencia de la discapacidad intelectual del acusado en el ámbito penal.....	145
VIII.1. Tratamiento normativo	145
VIII.2. Aplicación jurisprudencial	152
VIII.2.a) Ajustes procedimentales adecuados a la discapacidad del acusado	152
VIII.2.b) Incidencia de la discapacidad sobre la responsabilidad penal de la persona ...	159
VIII.2.c) Condiciones para la adopción y cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico ..	167
VIII.2.d) Prisión provisional de personas con discapacidad psíquica	171

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Alberto Muñoz Calvo
Leonor Lidón Heras
Mariano Salinas García

I. Introducción.....	179
II. Sentencias de lo contencioso-administrativo en el ámbito de la educación inclusiva.....	180
II.1. La incorporación del derecho a la educación inclusiva.....	181
II.2. Las adaptaciones curriculares.....	198
II.3. La dotación de recursos materiales y humanos ...	203
II.4. Los ajustes razonables.....	214
III. Dependencia y protección social.....	216
IV. Nacionalidad y extranjería	235
V. Viviendas de protección oficial.....	243

APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN SOCIAL

*Josefa García Lorente
Beatriz Rabadán López
Mariano Salinas García*

I.	Introducción.....	247
II.	Acceso al puesto de trabajo.....	249
III.	Adecuación al puesto de trabajo.....	252
IV.	Extinción del contrato de trabajo.....	255
V.	Prestaciones	262

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Nuria Díaz Abad

I.	Introducción.....	269
II.	La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	270
II.1.	Asunto Stanev. Internamiento de enfermos mentales. Derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 13 CDPD).....	270
II.2.	Asunto Dordevic. Acoso a enfermos mentales. Derecho de las personas con discapacidad a la protección en condiciones de igualdad con los demás (art.5 CDPD).....	278
II.3.	Asunto Centro de Recursos Legales (CLR) a nombre de Valentin Câmpeanu. Derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 13 CDPD), derecho a la vida (art. 10 CDPD), igual reconocimiento como persona ante la ley (art.12 CDPD).	282

III. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	290
III.1. Asunto HK Danmark. Diferencias de trato en el empleo por motivos de discapacidad (artículo 2 CDPD).....	290
III.2. Asunto Z. Trabajadora incapacitada para tener un hijo que recurre a la maternidad subrogada.....	293
III.3. Asunto Glatzel. Permisos de conducción. Agudeza visual.....	296
III.4. Asunto FOA. Obesidad del trabajador como causa de despido.....	298
III.5. Asunto Daouidi. Derecho laboral. Incapacidad temporal versus limitación duradera de la capacidad. .	299
III.6. Asunto Milkova. Acción positiva para proteger a las personas con discapacidad. Art. 27 y 5 CDPD.....	302
III.7. Asunto Ruiz Conejero.....	305



APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN CIVIL

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.
Experto del Foro Justicia y Discapacidad.

Juan Manuel Fernández López
Magistrado en excedencia. Abogado.
Experto del Foro Justicia y Discapacidad.

La exposición de la jurisprudencia civil sobre la aplicación e incidencia de la Convención de Nueva York de 2006 se estructura en seis apartados. La jurisprudencia de los cinco primeros es de la Sala Primera (civil) del Tribunal Supremo, mientras que el sexto contiene doctrina del Tribunal Constitucional.

El apartado primero gira en torno a la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del sistema legal de modificación de la capacidad a la luz de la Convención. Se remarca la compatibilidad del procedimiento de modificación de capacidad y la constitución de un sistema de guarda legal siempre que se ajuste a la situación real y a las necesidades de la persona afectada por la discapacidad. Lo que supone configurar el juicio de capacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, para llevar a cabo lo que ha denominado «traje a medida». La guarda legal y su contenido, que está en función del alcance de la modificación de capacidad, se entiende como un sistema de apoyos de la persona con discapacidad.

El apartado segundo complementa el régimen general sobre modificación de capacidad con la jurisprudencia sobre los regímenes especiales, que la ley establece en función de la singularidad de los derechos afectados: el derecho al sufragio, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a otorgar testamento.

El apartado tercero parte de la doctrina general expuesta en el apartado primero y analiza cómo ha sido aplicada en catorce casos concretos. Para conocer mejor el alcance de los pronunciamientos generales de la

jurisprudencia hay que apreciar los hechos concretos de cada caso. Estos casos muestran cómo el Tribunal Supremo, sin perder su perspectiva de tribunal de casación, ha aplicado la doctrina del sistema de modificación de capacidad y constitución de la guarda legal como un sistema de apoyos a la persona con discapacidad.

El apartado cuarto está dedicado a la determinación de la persona que asume la guarda legal de quien ha sido discapacitado. Al respecto interesa resaltar el valor de la voluntad manifestada por la persona con discapacidad, antes de que incurriera en la causa de modificación de la capacidad (autotutela) y también después de iniciado el procedimiento. También se resalta el grado de discrecionalidad del juez para alterar el orden legal establecido para la designación de tutor o curador, que viene marcado por el interés de la persona discapacitada.

El apartado quinto contiene sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha tenido en cuenta la discapacidad de un hijo, a la hora de determinar las medidas consiguientes a la disolución de un matrimonio: asignación del domicilio familiar, alimentos, régimen guarda y custodia... También en un asunto de propiedad horizontal.

El apartado sexto está integrado por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los internamientos no voluntarios. Es una medida excepcional que afecta al derecho fundamental de la persona a la libertad, por razón de una enfermedad psíquica, que debe adoptarse con las garantías necesarias para evitar privaciones injustificadas de aquel derecho fundamental.

I. INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA LEGAL VIGENTE A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN

La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo muy pronto se hizo eco de la Convención de Nueva York mediante la interpretación del sistema legal español de protección de la persona afectada por una discapacidad vigente a la luz de la Convención: adoptó el modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

I.1. Modificación de la capacidad. Sistema de constitución de apoyos

El pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la **STS (1ª) 282/2009, de 29 de abril** (ECLI:ES:TS:2009:2362), se hizo eco por primera vez de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En esta sentencia analiza el impacto que la convención provoca sobre el régimen legal actual de incapacitación y tutela.

A) Para ello analiza primero los principios que emanan de la Convención de Nueva York, en relación con el régimen legal actual de incapacidad y tutela:

1º La Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el Art. 1, pretende “promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad” de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su Art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan “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 [...]”.

2º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003.

3º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe

ser tutelado por el legislador y el Juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Y sobre la base de lo anterior, el Tribunal Supremo se plantea cómo integrar el régimen actual de incapacitación y tutela con los principios que emanan de la Convención, y concluye que es compatible siempre que se interprete como un sistema de protección:

El problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

La sentencia resalta los requisitos que deben concurrir para que funcionen estos sistemas de protección:

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

También razona por qué el sistema legal es acorde con los valores constitucionales:

Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres "los actos relativos a los

derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el Art. 162 CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el Art. 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado Art. 210 CC después de la reforma de 1983; también el Art. 209 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 julio) excluye de la representación los actos “relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo” y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial” (asimismo STS de 14 julio 2004).

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está jus-

tificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

B) Esta concepción integradora del sistema actual de incapacitación y tutela con los principios de emanan de la Convención de Nueva York de 2006, es sintetizada por esta sentencia del siguiente modo:

a) La incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.

b) De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado...

c) Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.

d) El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone:

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

D) La STS (1ª) 716/2015, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5438), reitera que la declaración de incapacitación y el régimen de guarda legal,

siempre que se ajuste a la situación real y necesidades de la persona afectada por la discapacidad, no suponen una discriminación:

(T)eniendo en cuenta, de un lado, que esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección, y, de otro, que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Tampoco son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, “al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas.

I.2. Guarda legal. Constitución de apoyos

Esta interpretación integradora del sistema legal de modificación de la capacidad y guarda legal, tras la Convención de Nueva York, ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores. De tal forma que se ha formado una jurisprudencia, conforme a la cual el régimen legal de modificación de capacidad (incapacitación) y guarda legal (tutela y curatela) es compatible con la Convención de Nueva York siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona afectada por una discapacidad y en función de sus necesidades e intereses.

A) La STS (1ª) 298/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901) contiene una síntesis de esta jurisprudencia y pone el acento en que el sistema de apoyos al que alude la Convención está integrado en nuestro derecho por la guarda legal, en concreto por la tutela y la curatela:

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).

Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de 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. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los

derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)».

B) Esta doctrina ha sido ratificada con posterioridad por las SSTS (1ª) 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923) y 69/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:310).

I.3. Causas de modificación de la capacidad. Graduación de la capacidad

La jurisprudencia se ha extendido a cómo deben ser interpretadas y apreciadas en cada caso las causas de incapacitación (modificación de la capacidad), de acuerdo con la Convención de Nueva York.

A) La **STS (1ª) 341/2014, de 1 de julio** (ECLI:ES:TS:2014:3168) relaciona el sistema del Código Civil de causas de modificación de la capacidad con el juicio de incapacitación, para concluir que la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacitación, lo que se plasma en la graduación de la incapacitación: esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas.

(E)l art. 200 CC, que regula las causas de incapacitación (“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”), y el art. 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad “sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona.

El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la Sentencia 479/1994, de 20 mayo, en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras.

De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacitación, lo que se plasma en la graduación de la incapacitación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad

las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Como hemos recordado recientemente, “el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada” (Sentencias 282/2009, de 28 abril, y 504/2012, 17 de julio).

B) La reseñada **STS (1ª) 282/2009, de 29 de abril** (ECLI:ES:TS:2009:2362), ya había incidido en la concepción abierta de las causas de incapacitación:

Las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el Art. 200 CC establece que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Es evidente que el Art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la sentencia de 28 julio 1998, “[...] para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico [...] lo que verdaderamente sobresa le es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma”.

I.4. Juicio de capacidad: traje a medida

Bajo las anteriores premisas, el Tribunal Supremo concibe el juicio de capacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, para llevar a cabo lo que ha denominado “traje a medida”. La sentencia que se pronuncie sobre la modificación de capacidad ha de ser un “traje a medida”.

A) Así se pronunció la **STS (1ª) 341/2014, de 1 de julio** (ECLI:ES:TS:2014:3168):

Debe ser –la sentencia de incapacitación– un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta 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.

B) Esta concepción del resultado del juicio de capacidad como un «traje a medida» se acabó de conformar en la STS (1ª) 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945):

La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. 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 (Sentencia 341/2014, de 1 de julio).

C) En sentencias posteriores, el Tribunal Supremo ha seguido refiriéndose al «traje a medida»: **SSTS (1ª) 557/2015, de 20 de octubre** (ECLI:ES:TS:2015:4283) y **552/2017, de 10 de octubre** (ECLI:ES:TS:2017:3535).

D) Es muy ilustrativo cómo se aplica esta doctrina, por la **STS (1ª) 373/2016, de 3 de junio** (ECLI:ES:TS:2016:2573), al caso en que se enjuiciaba:

1º.- Hay una jurisprudencia reiterada de esta sala en la aplicación de la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), sobre derecho de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo que pueden adoptarse cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una persona que necesita de estos apoyos que complementen su capacidad jurídica; apoyos que la Convención, como dijo la sentencia de 27 de noviembre 2014, 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, 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, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, y se reitera en el informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015.

2º.- Para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. 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. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo 2015).

Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (sentencias 20 de abril 2009; 1 de julio 2014; 13 de mayo y 20 de octubre de 2015), 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.

3°.- Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones.

4°.- Este interés viene referido a una mujer, nacida el día 27-11-1933, que padece una pseudodemencia depresiva en relación con trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo leve que, 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; apoyos que también necesita 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. Como tal debe ser protegida en razón a esa incidencia efectiva que dichas limitaciones tienen en su autogobierno, de una forma irreversible, en tanto no le permiten ejercer con absoluta normalidad sus derechos como persona; situación que no pasa en este caso por la absoluta incapacitación, incluido el ejercicio del derecho de sufragio, sino por la instauración de la curatela reinterpretada a la luz de Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad por un tercero en la toma de decisiones, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención, en aquellos aspectos en los que puede ser necesario, no en todos, y que no son otros que los que la prueba ha puesto en evidencia. Ninguna otra conclusión se obtiene de los hechos que la sentencia considerará acreditados.

I.5. Prueba: valoración judicial discrecional

La finalidad del procedimiento de modificación de capacidad otorga al juicio una caracterización propia, distinta a la que con carácter general corresponde a los procesos civiles, lo que tiene su reflejo en el tratamiento legal de la prueba, que necesariamente debe interpretarse a la luz de los principios de la Convención de Nueva York.

A) En este sentido, la **STS (1ª) 244/2015, de 13 de mayo** (ECLI:ES:TS:2015:1945), afirma lo siguiente:

La prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.

El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica».

B) Por su parte, la **STS (1ª) 597/2017, de 8 de noviembre** (ECLI:ES:TS:2017:3923), resalta el sentido y el alcance de la exigencia legal de que en todo caso se practique la prueba de reconocimiento de la persona sobre la que se pide la modificación de capacidad, se oiga a sus parientes más próximos y se recabe el parecer de un médico:

Con este fin –realizar un juicio de capacidad adaptado a la situación y necesidades de la persona afectada por la discapacidad- la ley establece dentro del proceso de modificación de la capacidad las garantías precisas en orden a que la decisión que se adopte se adapte a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, con el conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona.

Para dotar al proceso de las máximas garantías el art. 759.1 LEC (con anterioridad, art. 208 CC) impone al Juez la práctica de tres medios de prueba: oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo y acordar los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. De manera imperativa se establece que «nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal». Recogiendo el criterio mantenido por la jurisprudencia, el art. 759.3 LEC

dice ahora que: “Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo», lo que así se hizo en el presente caso, como declara la sentencia de la Audiencia y consta en los autos”.

C) En el marco de lo anterior, la **STS (1ª) 341/2014, de 1 de julio** (ECLI:ES:TS:2014:3168) explica cómo juegan los principios dispositivo y de aportación de parte, en la instancia y en casación:

Es cierto que en el juicio de incapacitación los principios dispositivo y de aportación de parte quedan condicionados por la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así, conforme al apartado 1 del art. 752 LEC, el juicio de incapacitación debe decidirse “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 “. El Tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos (art. 752.1.II LEC), puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinente y, en cualquier caso, ha de explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos.

Pero estas previsiones legales afectan al Tribunal de instancia, y al de casación sólo cuando, como consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, asuma la instancia.

Por eso, en un supuesto como el presente, en el que la incapacitación fue decidida en primera instancia, sin que llegara a ser objeto del recurso de apelación, pues no fue recurrida ni siquiera por el ministerio fiscal, no cabe, con motivo de un recurso de casación que afecta únicamente al pronunciamiento de la designación del tutor, revisar el enjuiciamiento practicado sobre la incapacitación, que ha quedado firme. Podría ser revisado como cualquier sentencia de incapacitación, para adecuar la declaración judicial de incapacidad a la realidad (art. 761 LEC), pero siempre en el marco de un enjuiciamiento con contradicción y después de que hubiera sido solicitado.

D) La **STS (1ª) 244/2015, de 13 de mayo** (ECLI:ES:TS:2015:1945), resalta la discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba y la necesidad de motivar en la sentencia cómo ha llegado a la convicción psicológica sobre la determinación de la capacidad de la persona afectada:

En estos procedimientos –de modificación de la capacidad- 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.

1.6. Contenido de la guarda legal

La jurisprudencia también advierte que el contenido de la guarda legal está en función del alcance de la incapacidad. Esto es, que el régimen tutelar, tutela o curatela, y el contenido de las funciones de la persona designada tutor o curador están en función del juicio de capacidad realizado en la sentencia de incapacidad. Así se pronuncia la **STS (1ª) 341/2014, de 1 de julio** (ECLI:ES:TS:2014:3168):

Tan flexible como el juicio de incapacidad es la constitución de la tutela. El contenido de la tutela está en función del alcance de la incapacidad y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...). De ahí que si hubiera procedido, por ser objeto de enjuiciamiento, la revisión de la incapacidad, consiguientemente se hubiera podido revisar la tutela. Pero como ha quedado al margen la revisión de la incapacidad, no cabe tampoco revisar el alcance de la tutela.

No obstante, conviene hacer algunas aclaraciones, en la medida en que en el informe del ministerio fiscal se contraponen la tutela, reservada para la incapacidad total, a la curatela, prevista para la incapacidad parcial. Esta concepción es correcta, aunque admite alguna matización, siempre de acuerdo con el espíritu que subyace a la reseñada Convención de Nueva York, que se orienta a la concepción de la tutela como un sistema de protección de la persona incapacitada que debe preservar y fomentar al máximo su autonomía.

Cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. En estos casos, como el presente, la persona que será designada tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de esta última. El ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con

anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial.

Lógicamente, quedan a salvo aquellos actos que la persona discapacitada solo pueda realizar por si 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). El contenido de la tutela abarca tanto el cuidado y la atención personal como la administración patrimonial (arts. 269 y 270 CC).

La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que “tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”. Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Sólo en el caso en que “la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial” (art. 290 CC), enumerados en el art. 272 CC. 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 art. 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 enfermedad. Y a esta idea responde la jurisprudencia según la cual “el curador no supe la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encausa, 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 para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial” (Sentencia 995/1991, de 31 diciembre).

En puridad, 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 diferencial 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.

II. JURISPRUDENCIA SOBRE LA LIMITACIÓN DE CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE DETERMINADOS DERECHOS, SUJETOS A UN ESPECIAL RÉGIMEN JURÍDICO (SUFRAGIO, CONTRAER MATRIMONIO Y OTORGAR TESTAMENTO)

II.1. Derecho de sufragio

La jurisprudencia ha interpretado el art. 3.1.b) y 2 de la Ley Electoral General, a la luz del art. 29 de la Convención, y ha concluido que con carácter general la sentencia que modifica la capacidad no afecta al ejercicio de los derechos de sufragio salvo que el tribunal entienda que la discapacidad impide de forma clara y absoluta su ejercicio. Esta decisión debe ser motivada y tiene un carácter muy excepcional. En cualquier caso no es una consecuencia automática.

A) Así lo declara la **STS (1ª) 421/2013, de 24 de junio** (ECLI:ES:TS:2013:3441), en un caso de modificación parcial de la capacidad:

En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma 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. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por si misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado.

Esta doctrina ha sido reiterada en otras sentencias posteriores, como la **STS (1ª) 341/2014, de 1 de julio** (ECLI:ES:TS:2014:3168).

B) Y ha sido abordada con más detenimiento en la **STS (1ª) 181/2016, de 17 de marzo** (ECLI:ES:TS:2016:1163), donde se aclara que la privación del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para ello haya que examinar las circunstancias e intereses concurrentes, y en cualquier caso evitar el automatismo:

No se discute, dice la sentencia de 24 de junio de 2014, que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectada doña NN para adoptar la medida que se más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, respecto de la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención, concretado en este caso en la privación del derecho de sufragio, como refiere la citada sentencia, en la que esta Sala ya alertó sobre el riesgo de no reconocer y potenciar en lo posible la capacidad acreditada en cada caso, “más allá de la simple rutina protocolar”, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad.

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

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

Esta doctrina ha sido reiterada por la STS (1ª) 373/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2573).

II.2. Derecho a contraer matrimonio

La STS (1ª) 145/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:846), al resolver sobre un caso de nulidad de un matrimonio contraído por una persona mientras estaba en proceso de incapacitación, contiene una referencia al art. 23.1.a) de la Convención de Nueva York como pauta de interpretación del límite que puede suponer la incapacitación respecto del derecho a contraer matrimonio:

1.º) El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 32 de la Constitución española.

2.º) Conforme al art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

Este precepto debe ser interpretado en el contexto del propósito declarado de la Convención, que no es otro que el de 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 (art. 1).

Así se explica que la Convención sienta como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

De lo que se trata, dice el art. 12.4 de la Convención, es de proporcionar “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

3.º) Puesto que la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio.

En 1981 se derogó la norma que impedía celebrar válido matrimonio a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del art. 83.2.º CC). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al ius connubii, referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1.º CC), y el art. 56 CC pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido.

4.º) La falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad. Además de la acción de nulidad, el ordenamiento establece controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

5.º) Como dijo la sentencia de esta sala 235/2015, de 29 de abril: “El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC y 756 a 762 LEC)”.

Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que “si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento”.

Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica.

Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio.

Tal solución se compadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y, su protección constitucional (art. 32 y 53 CE).

Prueba de ello es la previsión contenida en el art. 171, párrafo segundo, número cuatro del CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue “por haber contraído matrimonio el incapacitado”, de lo que se colige que la incapacidad judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio.

De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas.

En esta misma sentencia 235/2015, de 29 de abril, en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento, la sala rechazó que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 CC al “no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres”.

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, “solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

6.º) Cuando el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

El matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC). Tanto la redacción del art. 49 como la del 65 CC fueron modificadas con posterioridad por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que a su vez dio nueva redacción a los artículos correspondientes de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que todavía no han entrado en vigor.

Lo que importa destacar, a efectos del presente recurso, es que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme

al art. 65 CC es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el art. 257 RRC, según el cual “el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”. En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

7.º) Por lo dicho, a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

Es decir, la discapacidad intelectual, per se, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio.

Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina per se la nulidad del matrimonio.

No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio.

II.3. Capacidad de testar

La STS (1ª) 146/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:936), resuelve un caso en el que se discutía la capacidad de testar y la consiguiente validez del testamento. Reconoce que con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar y de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione de

manera que la persona recupere sus facultades, la ley ofrece un cauce para que la persona con capacidad modificada judicialmente pueda testar, que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos:

1.º) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de 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 así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

2.º) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

3.º) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4.º) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5.º) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

6.º) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio).

III. APLICACIÓN DE ESTA DOCTRINA A LOS DISTINTOS CASOS OBJETO DE ENJUICIAMIENTO

El alcance de la anterior doctrina se aprecia mejor cuando se observa cómo ha sido valorado en cada caso el grado de capacidad de la persona, sobre todo en relación con la determinación del régimen tutelar.

En la mayor parte de los casos juzgados por el Tribunal Supremo, se aprecia que la curatela se adapta mejor cuando la modificación de la capacidad ha sido parcial, y se centra en una supervisión limitada a las tareas personales y patrimoniales que garanticen el cuidado personal y la protección de los intereses patrimoniales de la persona afectada.

Sin perjuicio de la casuística a la que lleva la apreciación en cada caso de la justificación de la modificación de capacidad y el régimen de apoyos, hay pronunciamos de la Sala Primera muy ilustrativos. Nos referimos a continuación a algunos de ellos.

III.1. Incapacitación total. Tutela

La STS (1ª) 282/2009, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362), se refiere a un caso en que se había declarado la incapacitación total y, a la vista del resultado de la prueba, tal y como se reflejó en la instancia, el Tribunal Supremo entendió que estaba bien apreciado:

Queda acreditado en la prueba practicada que NN está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Tal como se ha argumentado en los anteriores Fundamentos, la incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las 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 Art. 289 CC; la curatela 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. Los argumentos de los recurrentes se enfrentan con las pruebas realizadas en el procedimiento que determinaron la falta de capacidad de la ahora recurrente, de modo que la medida de protección adecuada es el nombramiento de tutor. Y como se ha afirmado antes, no se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación.

III.2. Enfermedad psíquica. Conciencia de enfermedad. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica y disposición patrimonial

La STS (1ª) 421/2013, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3441), examina el caso de una persona que padece una esquizofrenia paranoide, sin conciencia de enfermedad, y concluye que la limitación de capacidad debe centrarse en garantizar la atención médica de esta persona y supervisar las disposiciones patrimoniales. Para el cumplimiento de estas funciones procede nombrar un curador.

El demandado padece una esquizofrenia paranoide diagnosticada en la Unidad de Salud Mental del Hospital (...); no tiene conciencia de su enfermedad ni tiene adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico. Además, no acude a la consulta médica desde el mes de junio de 1998 y se recomienda un apoyo en la administración y manejo de dinero. Existen informes contradictorios de 17 de septiembre de 2009 y 30 de septiembre de 2009, como reconoce la sentencia. De un lado, se admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, se niega su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Por otra parte, se considera al demandado incapaz para consentir tratamientos, escasas sus habilidades para el autocuidado de su salud para el seguimiento de pautas alimenticias y para el manejo de medicamentos.

Estos hechos, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus 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 de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (...). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, “no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva”, si no mediante un simple apoyo del curador.

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 lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

III.3. Incapacitación parcial. Rehabilitación patria potestad. Curatela

En un caso de incapacitación parcial de una persona mayor de edad, en que sus padres se postulaban para ejercer la guarda legal, por medio de la rehabilitación de la patria potestad, la **STS (1ª) 544/2014, de 20 de octubre** (ECLI:ES:TS:2014:4075), entendió que lo más adecuado era una curatela para preservar que el apoyo que representaba la asunción por los padres de las funciones de guarda legal se ceñía a las necesarias en función del alcance de la modificación de capacidad:

La situación actual de NN permiten rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de

la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia.

III.4. Demencia senil leve. Incapacitación parcial. Curatela.

La STS (1ª) 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945), entendiéndola inadecuada la incapacitación total de una persona con demencia senil leve, falta de movilidad, sordera y minusvalía administrativa del 90%. El Tribunal Supremo entiende que esta persona gozaba de espacios de autonomía personal, aunque fuera en un entorno protegido, que debían haber sido preservadas por el tribunal de instancia.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de NN que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacitación total, se advierte una contradicción, pues podían haberse 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 la 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 le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embar-

go, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

III.5. Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión limitada de las tareas personales y patrimoniales

La STS (1ª) 553/2015, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4280), lleva a cabo un análisis de cuales son las actividades de la vida, en el ámbito personal y patrimonial, para las que la persona discapacitada necesitaba un apoyo, y concluye que a estas debe ceñirse la modificación de capacidad y que los apoyos deben ser prestados por un curador.

Estos hechos –se refiere a los que la sentencia relata como extraídos de la valoración de la prueba–, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, acreditan una cierta autonomía de la recurrente para las habilidades básicas de la vida diaria: se viste, se asea, come sola, se desplaza por sí misma y es incluso capaz de administrar las pequeñas sumas de dinero que se le entregan como dinero de bolsillo. Tiene, sin embargo, problemas derivados de su trastorno mental que incide gravemente en su autonomía ya que las actividades que realiza están condicionadas por el delirio o la personal interpretación de la realidad, lo que sin embargo no le ha impedido regir su persona y sus bienes, todo lo cual conduce a estimar 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 de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad.

En la esfera personal requerirá la intervención del curador en las tareas de aseo, medicación y administración de su vida cotidiana. 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 inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

III.6. Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica y disposición patrimonial

La STS (1ª) 557/2015, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4283), a la vista de lo declarado en la instancia sobre la situación de la persona afectada por una discapacidad, razona por qué resulta más adecuada la constitución de una curatela y el alcance de sus facultades:

En el presente caso, aun partiendo de que la incapacitación de una persona, debe hacerse con criterios restrictivos (SSTS 20 de junio de 2014, 11 de octubre de 2012), no sería discutible su declaración, que ya se llevó a cabo con carácter parcial en resolución judicial precedente, pues ha quedado acreditado: (i) Que padece doña NN una enfermedad psíquica consistente en un trastorno límite de la personalidad, siendo grave, de carácter permanente e irreversible; (ii) Tal enfermedad le provoca un deterioro de su capacidad de obrar y el agravamiento, en el curso evolutivo de su trastorno, le impide el correcto gobierno de su persona y bienes.

Lo que se cuestiona es su graduación, pues la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en su graduación. [...]

(L)a cuestión que plantea la recurrente, con apoyo del Ministerio Fiscal, es si debe acudirse como institución protectora de la incapacitada a la curatela en vez de a la tutela.

La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014) que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el 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 discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.

Si se atiende a los hechos que han quedado probados se observa que, partiendo de una enfermedad grave, persistente e irreversible, se pone el acento más en las necesidades terapéuticas y de supervisión de su enfermedad que en la graduación de su discernimiento si sigue las pautas adecuadas y necesarias para tratar su enfermedad. El médico forense, cuyo informe ha

visto y oído la Sala, es claro cuando afirma: (i) la suerte que ha acompañado a la demandada de poder ingresar en el centro en que se encuentra por su idoneidad para el tratamiento de tal enfermedad; (iii) la mejoría que presenta merced al internamiento y tratamiento; (iv) la no finalización del mismo, siendo preciso que se concluya por no estar aún en condiciones de gobernarse por sí misma; (v) que recuperada conservaría habilidades anudadas a su capacidad.

El informe del psiquiatra que la viene tratando es contundente en el inadecuado comportamiento de la demandada a consecuencia de su enfermedad, pero de él también se infiere que tan graves acciones en detrimento de la convivencia vecinal, familiar e incluso propio, por sus intentos de suicidio, traen causa naturalmente de su enfermedad pero también de la falta de tratamiento de ésta, como reconoce cuando afirma que acude a su consulta con bastante irregularidad.

El inadecuado tratamiento de la deficiencia psíquica de la demandada, por su rebeldía a ser controlada, lo reconoce su familia, quien añade su falta de capacidad para administrar el dinero, con gasto superfluo e incontrolado.

Asimismo se constata que la protección que requiere no se la puede prestar la familia por la conflictividad existente con ésta y por el empeoramiento que experimenta cuando convive con ella.

Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en sentencia de 24 de junio de 2013 (RC 1220/2012), los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus 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 de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009).

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 lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su

incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), adecuada en función de sus adicciones».

III.7. Discapacidad intelectual leve. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica y disposición patrimonial

La STS (1ª) 600/2015, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4505) aborda otro supuesto de modificación parcial de la capacidad de una persona con discapacidad intelectual, en la que se ve más apropiado establecer una curatela:

El demandado, como se ha dicho, 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 inter vivos 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.

La situación actual de don NN permite rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida

por su madre y no por su padre. En efecto, este proceso, como reconoce el recurrente, discurre paralelo al de divorcio de la Sra. B y el Sr. F, estando en la actualidad el hijo conviviendo con su madre, lo que hace inviable una curatela compartida, siguiendo el modelo de la patria potestad, como se interesa, que en modo alguna resultaría beneficiosa para el discapaz, en cuyo beneficio e interés se actúa.

El curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del discapaz y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.

III.8. Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica y disposición patrimonial

La **STS (1ª) 716/2015, de 17 de diciembre** (ECLI:ES:TS:2015:5438) se refiere a un caso en que la persona discapacitada sufre una enfermedad psiquiátrica y las medidas de apoyo que se traducen en una curatela, con funciones de asistencia personal, giran en torno a facilitar que el paciente cumpla el tratamiento médico:

Don NN presenta “esquizofrenia paranoide”, y aunque dotado para ciertas habilidades para tomar decisiones económicas y para su salud, encuentra limitada su capacidad en las fases de descompensación psicótica de la enfermedad, que le puede llevar a gastos injustificados, o a abandonar el tratamiento previsto con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos, Es más, dice la sentencia “se advierte en la exploración una excesiva e importante excitación que ha de llevar a considerar que no sólo se encuentra imposibilitado para dejar de su mano la ingesta y continuidad del tratamiento médico prescrito, en lo que incidiría no solo lo informado en autos por el psiquiatra de Vigo que le siguió, sino también el cuestionamiento del seguimiento que le hacía y el “enfrentamiento” con el especialista que reconoce “, y aunque “la situación que se percibe, aún estable ahora, aparentemente, dados los antecedentes y la ausencia de voluntad de tratamiento constatada, pone de relieve que las limitaciones acordadas en la instancia resultan adecuadas para evitar los episodios agudos y el deterioro de su funcionamiento personal evitando el autoperjuicio, tal y como sostiene su psiquiatra, teniéndose en cuenta además que lo acordado responde a los mínimos indispensables en esta situación”. [...]

Lo que pretende la Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el art. 1, dice la citada sentencia, “es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad” de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan “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”; protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada, “como trasunto del principio de la dignidad de la persona” (SSTS 16 de septiembre de 1999 y 14 de julio de 2004).

Siempre teniendo en cuenta, de un lado, que esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección, y, de otro, que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente lo que, como ocurre en este caso, determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE.

La conclusión, como dice el Ministerio Fiscal, es la que establece la Audiencia Provincial. Una cosa es que el recurrente pueda seguir por su propia iniciativa el tratamiento prescrito y deje de ingerir sustancias nocivas, y otra distinta que con los antecedentes constatados a través de la prueba, se haga necesario establecer en su beneficio las medidas prescritas en la sentencia; medidas que en ningún caso son desproporcionadas sino adecuadas al estado de salud de quien recurre.

III.9. Deterioro cognitivo. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica. Disposición mortis causae

La STS (1ª) 298/2017, de 15 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901), además de recordar la jurisprudencia sobre la Convención de Nueva York en relación con la determinación de la capacidad, precisa en ese caso concreto el

alcance de la incapacitación parcial y fija la curatela y su contenido, de forma muy pormenorizada. En esta determinación advierte que la limitación de capacidad no afecta a la facultad de disposición *mortis causae*.

2.- En el caso que da lugar al presente recurso de casación, ha quedado probado que D. NN padece una enfermedad persistente que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. A la vista del nuevo examen y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio y de la repetición de las pruebas practicadas en la segunda instancia, la sentencia recurrida considera acreditado que existe una situación de absoluta anormalidad en la actuación de D. NN en su vida diaria, carente de la necesaria estabilidad para el desarrollo de las habilidades de la salud. También que la falta de tratamiento de la enfermedad, de la que no parece plenamente consciente, le coloca en una situación de riesgo. Pero, al mismo tiempo, la sentencia considera acreditado que mantiene una «alta reserva cognitiva», hasta el punto de que amplía el ámbito de libertad de disposición y gestión de su pensión desde el veinte por ciento que fijó la sentencia de primera instancia hasta el cincuenta por ciento. Esta situación se compadece mal con una limitación total de la capacidad de obrar de D. NN y su sometimiento a tutela.

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia someten a D. NN a tutela. Sin embargo, la descripción de la situación de discapacidad que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar. Esa situación de discapacidad total es la que daría lugar al sometimiento a tutela.

Sin embargo, la razón por la que la sentencia recurrida mantiene la tutela es otra. Mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una mera asistencia para actos muy concretos y determinados que no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad así como a su posible actuación en lo patrimonial.

Pero lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría creer lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así,

porque ni resulta de la letra del art. 287 CC ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.

Así lo establece expresamente el art. 150 del Código del Derecho foral de Aragón y desde hace tiempo lo habían venido admitiendo la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Código civil. En este sentido cabe citar la sentencia 995/1991, de 31 diciembre (que exigió la intervención de curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba). »De forma más reciente, interpretando el sistema vigente conforme a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de esta sala que atribuyen al curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal (sentencias 421/2013, de 24 de junio, 337/2014, de 30 de junio, 553/2015, de 14 de octubre, 557/2015, de 20 de octubre, 716/2015, de 17 de diciembre, 373/2016, de 3 de junio, 216/2017, de 4 de abril).

En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el art. 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

3.- Ocurre en este caso que la sentencia recurrida confirma la del juzgado salvo en el particular de la cuantía de la pensión de la que puede disponer por sí solo D. NN, que la sentencia recurrida amplía hasta el cincuenta por ciento frente al veinte por ciento que le confirió la sentencia de primera instancia. La sentencia de segunda instancia mantiene los demás ámbitos para los que, según palabras de la sentencia de primera instancia, necesita «supervisión» (asistencia, por tanto, y no sustitución). Afirma la sentencia de primera instancia que D. NN puede realizar los actos cotidianos de la vida como comer, vestirse y relacionarse, pero necesita «supervisión» para los actos que excedan de lo cotidiano. Extiende la inhabilidad a todos los actos que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y a lo relacionado con la salud, en concreto para el manejo de medicamentos, pautas alimenticias, consentimiento de tratamientos médicos. En el ámbito patrimonial declara que precisa de «supervisión» (nuevamente, por tanto, asistencia) para los actos de disposición sobre bienes y derechos y, más concretamente, para los actos patrimoniales a que se refieren los arts. 271

y 272 CC (con la salvedad expresa, ya mencionada, que establece respecto del manejo de su pensión).

Además, la sentencia de primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida, excluye el derecho de sufragio pasivo por entender que no puede gestionar asuntos ajenos quien no tiene plena capacidad para gestionar sus asuntos pero, en cambio, a la vista del informe médico forense, reconoce expresamente a D. NN la capacidad para ejercer el derecho de voto (art. 3.2 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General). Excluye que pueda testar, invocando el art. 663.2° CC y, con cita del art. 1732 último párrafo CC, declara la extinción de los poderes que hubiera podido haber otorgado.

4.- A la vista de los hechos probados y, aplicando la doctrina de esta sala, procede estimar el motivo primero del recurso y declarar que D. NN padece una discapacidad intelectual que limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y que, para complementar su capacidad, necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones para las que las sentencias recurridas prevén la actuación del tutor. En consecuencia:

a) En la esfera personal, D. NN requerirá la intervención del curador para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos.

Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el art. 9.2.b) y en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Conforme al segundo, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del art. 9.6 de la misma Ley.

b) En la esfera patrimonial y de economía, D. NN puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión. Conserva la iniciativa, pero

necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los arts. 271 y 272 CC con las especificaciones que se señalan a continuación:

- 1.- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.*
 - 2.- Celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción.*
 - 3.- Renunciar derechos, así como transigir o someterse a arbitraje.*
 - 4.- Partir herencias o dividir cosas comunes.*
 - 5.- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar ésta o las liberalidades.*
 - 6.- Hacer gastos extraordinarios en los bienes.*
 - 7.- Entablar demanda, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.*
 - 8.- Ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa o por más de 3 años.*
 - 9.- Dar y tomar dinero a préstamo.*
 - 10.- Disponer a título gratuito de bienes o derechos.*
- c) A la vista de los informes médicos, la inhabilidad de D. NN se extiende en la sentencia de primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida, a la conducción de vehículos de motor y a la tenencia y uso de armas, ámbitos en los que carece de sentido la actuación por representación pero también con asistencia del curador, por lo que se mantiene la sentencia.*
- d) Se declara la extinción de los poderes que hubiera podido haber otorgado.*
- e) Conserva el derecho de sufragio activo.*
- f) Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.*

III.10. Discapacidad intelectual leve. Incapacitación parcial. Curatela. Cuidado personal. Supervisión disposición patrimonial. Derecho de sufragio

La STS (1ª) 530/2017, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3376), vuelve a analizar en un caso concreto, a la vista de la incapacitación parcial, la conveniencia de que se nombre un curador en vez de un tutor:

En el caso que da lugar al presente recurso de casación, ha quedado probado que doña NN presenta un diagnóstico compatible con el síndrome de Down con déficit intelectual ligero/moderado, que afecta a decisiones sobre su salud, hábitos e higiene, para adoptar decisiones sobre horarios básicos, sobre estancia residencial y sobre desplazamientos sobre salud o formación, que deben ser supervisados en todo caso, lo que limita notablemente su autonomía personal. Por otra parte, tiene dificultades importantes para el uso del dinero y conocimiento de su valor material

Esta situación se compadece mal con una limitación total de la capacidad de obrar de Doña NN y su sometimiento a tutela, propia de una discapacidad total. [...]

Con arreglo a estos hechos y a la doctrina expresada –la jurisprudencia que distinguen los ámbitos propios de la tutela y de la curatela–, se debe estimar en este aspecto el recurso, concretando los apoyos que deberán prestarse por el curador sustancialmente a los que recoge la sentencia de la Audiencia, tanto en el aspecto personal como patrimonial, con un aumento moderado de las cantidades a que hace referencia, que podrán llegar hasta la suma de 150 euros mensuales, repartida por días o semanas, sin perjuicio de las que pueda necesitar para llevar la vida de relación adecuada a su inclusión social.

No se extiende la limitación al derecho de sufragio tanto activo como pasivo puesto que no existe prueba ni razón alguna para privarle de este derecho. Como indica en su informe el Ministerio Fiscal, «el discernimiento de ésta sobre la acción política de una determinada candidatura es lo suficiente para tener un mínimo criterio con suficiencia para el fin indicado (art. 3.2 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

III.11. Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica y disposición patrimonial

La STS (1ª) 552/2017, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535) corrige la valoración realizada por la instancia porque, si bien se tomaron

las medidas para el traje adecuado, este se confeccionó mal, en cuanto que el sistema de apoyos no se adecuaba a la situación de esa concreta persona discapacitada:

3. En este caso, el Tribunal de instancia no ha dejado de tomar las medidas de este traje, proporcionadas no sólo por la exploración judicial, sino también por los informes periciales, y las reseña en la propia sentencia. Pero a la vista de estas «medidas», es posible concluir que el «traje confeccionado» no se ajusta a las necesidades y al mejor interés de NN, de tal forma que el juicio de capacidad no se acomoda a la jurisprudencia reseñada.

Tanto la Juez de primera instancia como el Tribunal de apelación han dejado constancia de que NN tiene diagnosticado un trastorno delirante de tipo persecutorio, con ideaciones de perjuicio, que los médicos han calificado de crónico e irreversible. También advierten que NN no tiene conciencia de enfermedad, lo que dificulta que siga correctamente el tratamiento y esté necesitada de alguien que garantice su atención médica. La sentencia recurrida refiere lo siguiente:

En cuanto a habilidades de salud, es nula la conciencia de enfermedad, es dependiente y precisa control de terceras personas para el manejo eficaz de medicamentos y asistencia regular a consultas médicas pautadas [...].

Todos los médicos coinciden en el diagnóstico de la enfermedad que padece NN, con ideas delirantes y persecutorias y nula conciencia de enfermedad. Los médicos afirman que necesita el cuidado de una tercera persona que la controle y esté pendiente de ella para tomar su medicación».

Al mismo tiempo, ambos Tribunales aclaran que mantiene «las facultades necesarias (...) para su autocuidado y las necesidades cotidianas (preparar la comida, limpiar la casa, telefonar...)».

En el ámbito patrimonial, si bien el Tribunal amplía el dinero del que NN podría disponer sin necesidad de autorización del guardador legal, pues lo cifra ahora en 1.800 euros, le niega la capacidad para concertar contratos y en general disponer de su patrimonio.

Sobre la base de lo anterior, la sentencia recurrida modifica la previa incapitación parcial de NN, que afectaba a la esfera patrimonial, y declara ahora su incapitación total. Consiguientemente transforma la curatela anterior en tutela.

Esta resolución conculca la reseñada jurisprudencia de esta sala, en cuanto que resulta desproporcionado el alcance de la limitación de capacidad

declarada, a la vista de situación de Frida y, sobre todo, de sus necesidades asistenciales (en sentido amplio).

4. Aunque el trastorno psíquico que padece NN distorsiona su percepción de la realidad, expresamente se admite que en su vida diaria goza de autonomía para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir... De tal forma que la necesidad de apoyos a los que se refiere el art. 12 de la Convención de Nueva York, guarda relación con la necesidad de garantizar su correcta atención médica, que pasa por su sujeción al tratamiento psiquiátrico.

La falta de conciencia de enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento, lo que agrava su situación. El principal apoyo del que precisa NN y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende. Estas facultades relacionadas con la salud de NN presuponen la interlocución con los facultativos que atiendan a la paciente, con el consiguiente derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esto es: el guardador legal puede y debe conocer el estado de la atención médica de NN, hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico, está legitimado para interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente.

Es lógico que el trastorno afecte a las facultades patrimoniales, pero sin que se justifique su completa privación. De hecho, la propia sentencia recurrida admite que NN siga disponiendo de unas sumas mensuales sin necesidad de autorización, y confirma la actualización realizada por el juzgado, que la cifra en 1.800 euros. En cuanto a su capacidad de contratación, no tiene tanto sentido privarle totalmente de esta facultad, como someterla al complemento de capacidad del guardador legal. Con ello no sólo se asegura contar con la persona afectada por la discapacidad para cualquier acto de disposición patrimonial, sino que se le mantiene la iniciativa en el ámbito patrimonial con la garantía que otorga la necesidad de autorización o confirmación del guardador legal.

5. La Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos, que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno.

El Juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos.

En este caso, la incapacitación total resulta excesiva y desproporcionada, pues priva innecesariamente a NN de capacidad para actuar por sí misma en ámbitos que van más allá de su atención médica.

Por eso, sobre la base de la previa incapacitación parcial que afectaba únicamente a «los actos de disposición de bienes inmuebles o de muebles de especial valor, así como de sumas de dinero que tenga en entidades bancarias en suma superior a 200.000 pesetas, para los cuales precisará autorización del curador», la modificación de capacidad solicitada tan sólo está justificada respecto de la atención médica de NN, en los términos expuestos en el apartado 4 de este fundamento jurídico tercero. A la vez que se entien- de conveniente la actualización de las sumas de dinero de que puede disponer NN sin necesidad de autorización, que con buen criterio el Tribunal de instancia cifra en 1.800 euros.

6. Régimen tutelar: curatela. Tan flexible como el juicio de incapacitación es la constitución de la guarda legal. Su contenido está en función del alcance de la modificación de la capacidad acordada y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...).

En este caso, en cuanto que la privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial de la persona discapacitada, la guarda legal consiguiente puede ajustarse a la curatela. Lo anterior se enmarca en la distinción que respecto de la procedencia de la tutela y la curatela hicimos en la sentencia 341/2014, de 1 de julio [...].

De este modo, de acuerdo con la modificación de capacidad declarada, le corresponderá al curador, además de desarrollar las funciones que ya tenía encomendadas respecto del complemento de capacidad en el ámbito patrimonial, con la actualización de la suma de la que puede disponerse sin autorización (1.800 euros), las facultades asistenciales relativas a la atención médica de NN, que hemos tratado de ilustrar en el apartado 4 con cierta flexibilidad.

III.12. Enfermedad de Alzheimer. Dependencia funcional severa. Incapacitación total. Tutela

La STS (1ª) 596/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3925), en un supuesto de una persona de edad muy avanzada (más de 90 años), que padece una enfermedad de Alzheimer y tiene una dependencia funcional muy severa, de carácter crónico e irreversible, apreció correcto el juicio de capacidad realizado en la instancia y la procedencia de la tutela, como apoyo más adecuado para las necesidades de la persona incapacitada:

De la prueba practicada, en particular de la exploración del presunto incapaz, del dictamen emitido por la Sra. Médico Forense y testifical de la persona que le cuida, ha resultado suficientemente acreditado que don NN tiene 91 años, es soltero y vive en su domicilio al cuidado de un matrimonio que se ocupa de cubrir todas sus necesidades de la vida cotidiana.

Tras sufrir fractura de fémur en el mes de diciembre de 2014, ingresó en la Residencia Ballesol-Cartagena para su recuperación postquirúrgica regresando al domicilio por deseo propio.

Se muestra escasamente abordable y poco colaborador, contestando de forma poco coherente a las preguntas que se le realizan. Se encuentra orientado en persona y desorientado en tiempo y lugar. Presenta deterioro de la memoria en aspectos importantes y relevantes de su vida, como su fecha de nacimiento, nombre de sus padres, calle en la que vive, etc.

Es dependiente para todas las actividades básicas (autocuidado) e instrumentales (uso del teléfono, realización de compras, vida doméstica cuidado de su salud, etc.) de la vida diaria, incluida la deambulación (es desplazado en silla de ruedas) y el cuidado de su salud. Incontinencia de esfínteres.

Desconoce la moneda actual, sus ingresos y gastos, así como su situación patrimonial y el valor económico de las cosas habituales. En el Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid se siguen diligencias previas sobre disposiciones realizadas en su cuenta corriente (...); en abril de 2013 y diciembre de 2014.

El curso y contenido del pensamiento es lento y desestructurado. Vive en el pasado por lo que su discurso carece de coherencia.

Sus funciones cognitivas superiores y ejecutivas se encuentran severamente afectadas. No tiene conciencia de sus limitaciones.

No conoce la realidad socio-política en la que vivimos.

La médico forense concluye en su informe que don NN padece Deterioro Cognitivo Moderado-Severo por Enfermedad de Alzheimer y Dependencia funcional severa, de carácter permanente e irreversible en el tiempo, no existiendo terapéutica medicamentosa para su curación, aunque si paliativa. [...]

La Sala tiene declarado (sentencia 298/2017, de 16 de mayo, y las que en ella se citan) que: “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3)...” [...]

Aplicando la citada doctrina –la jurisprudencia de la sala sobre el sentido de la incapacitación y la constitución de la guarda legal como sistema de apoyos, a la luz de la Convención de nueva York- a los hechos que se declaran probados sobre la capacidad del recurrente, que no han sido combatidos, es correcta la valoración jurídica que se hace sobre modificación plena de su capacidad, pues no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por si misma ni tampoco con el apoyo de otras personas.

Por tanto, la opción por la tutela, como forma de apoyo más intensa, es correcta, y así lo entendió la parte recurrente, pues tanto en el recurso de apelación como en el presente recurso de casación solo discrepa sobre la designación que hacen ambas sentencias de la persona que haya de desempeñar el cargo de tutor; por lo que a ello se contrae el recurso.

III.13. Enfermedad psíquica. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión atención médica y disposición patrimonial

La STS (1ª) 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923), en un caso en que la persona padecía una esquizofrenia paranoide limita la modificación de la capacidad al cuidado médico, para el que precisará de un apoyo, y ratifica la inhabilitación para el uso de armas. Expresamente levanta la limitación de capacidad para su representación directa en juicio, contraer matrimonio, otorgar testamento y ejercer el derecho de sufragio:

2.ª) Es verdad que lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro. También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales

del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 de su Código) y el aragonés (art. 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio.

Sin embargo, sucede en el caso que, si nos atenemos a las valoraciones realizadas por la sentencia sobre la limitaciones de D.^a NN apreciamos que tales limitaciones no justifican el nombramiento de un tutor y, en este sentido, como señala en su informe el Ministerio fiscal, la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta sala, conforme a la cual el sistema de apoyos debe adaptarse a las necesidades concretas de la recurrente.

3.^o) Dijimos en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, sintetizando la doctrina de esta sala, que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio y más recientemente en sentencia 530/2017, de 27 de septiembre).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un com-

plemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

4.ª) En el presente caso, la conclusión alcanzada por el Tribunal parece contradictoria con las pruebas practicadas, en concreto, con la exploración de D.ª NN, tal y como la recoge la propia Audiencia (y que es conforme con la documental aportada que consta en autos), de la que resulta que lleva una vida independiente y autónoma, cobra un subsidio de 869 euros, vive en un piso que alquiló ella misma y está finalizando los estudios que dejó a medias cuando se puso a trabajar; también que por su actitud y relativa estabilidad el psiquiatra que la trata ha establecido una disminución progresiva de la dosis del medicamento que toma y que no ha tenido crisis de su enfermedad ni ingresos desde enero a marzo de 2014.

Esta vida autónoma, el gestionarse el cobro de la pensión después de una cierta vida laboral autónoma, el matricularse para terminar sus estudios o el alquiler del piso en el que vive sola son datos incompatibles con una limitación de su capacidad que se extienda a la gestión de su patrimonio y, por el contrario, permiten compartir la tesis de la recurrente vertida en el último motivo del recurso en el sentido de que sus limitaciones estarían centradas en la necesidad de supervisión y apoyo en el seguimiento de su tratamiento médico, a fin de evitar que lo abandonara.

5.ª) La sentencia recurrida incapacita totalmente y priva a D.ª NN de la capacidad para comparecer en juicio y otorgar poderes. Estas limitaciones solo se justificarían en función de la exclusión de la capacidad de D.ª NN para gestionar sus asuntos totalmente, por lo que de forma coherente con lo ya expuesto no pueden mantenerse.

6.ª) La inhabilidad de D.ª NN se extiende en la sentencia recurrida a la tenencia y uso de armas, ámbito en el que carece de sentido la actuación por representación pero también con asistencia del curador, por lo que se mantiene la sentencia.

7.ª) La sentencia recurrida mantuvo la limitación de la capacidad de D.ª NN fijada en la primera instancia para contraer matrimonio y para otorgar testamento. Estas limitaciones no pueden ser mantenidas, pues no solo no se motiva qué circunstancias concurren en D.ª NN para adoptarlas sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad.

a) Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el

notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

b) Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 Code civil belga; en el Derecho francés, según los casos, el art. 460 del Code exige la autorización del Juez, del curador o la del consejo de familia).

En ausencia de norma expresa que permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del art. 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer “el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

En el mismo sentido, la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2017, que recoge las opiniones de los expertos sobre la materia, en su 212-6.1, tras declarar que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, añade que “si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por tras-

tornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial se asegurará de su aptitud para prestar el consentimiento mediante las pruebas que considere oportunas, tales como la entrevista personal, la audiencia del entorno más próximo, el informe social y el dictamen médico”.

III.14. Discapacidad intelectual leve. Incapacitación parcial. Curatela. Supervisión cuidado personal y disposición patrimonial

La STS (1ª) 69/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:310), analiza la compatibilidad del régimen de tutela con la limitación parcial de capacidad. Tribunal Supremo parte del resultado de la prueba practicada en la instancia, sobre la situación de la persona afectada por la discapacidad:

1. La ahora recurrente, de 60 años de edad, padece una discapacidad intelectual en grado leve, con un déficit en la capacidad de planificación, definición de estrategias, determinación de prioridades y de flexibilidad cognitiva. Corre, además, el riesgo de ser manipulada o engañada por los hombres, sobre todo si se trata de hombres por los que se siente aceptada, dada su dificultad para percibir de forma clara las señales de comunicación interpersonal, dada su limitada comprensión del riesgo en ciertas situaciones sociales (es muy crédula e ingenua) y dadas sus carencias afectivas, muy baja autoestima, con nula tolerancia a la frustración.

Según el médico forense, precisa ayuda para llevar a cabo actividades instrumentales cotidianas, y ha perdido habilidades económico jurídicas-administrativas, y aunque conoce el valor del dinero, desconoce los gastos y se equivoca al realizar cálculos sencillos por su dificultad de mantener atención, siendo su elevada influenciabilidad lo que le incapacita para una adecuada gestión del dinero.

También necesita ayuda para el cuidado de su salud, para que le acompañen a las revisiones médicas porque muchas veces no conoce las pautas a seguir, sin que sea capaz de prestar su consentimiento para intervenciones o decisiones médicas de complejidad media y grande. Por último, destaca que no tiene capacidad para la conducción de vehículos ni para el uso de armas.

Concluye, en definitiva, que presenta un diagnóstico de retraso intelectual leve de evolución crónica e irreversible, con dificultades de gobierno en el área económico- jurídico-administrativa, a excepción del manejo de dinero de bolsillo, para las disposiciones contractuales, conducción de vehículos y uso de armas, precisando supervisión para el cuidado de su salud y para

actividades instrumentales cotidianas; conservando la capacidad para la higiene personal y el vestido, manejo de dinero y para discernir y emitir el voto.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo razona y concluye lo siguiente:

2. La adecuación de nuestro sistema de tutela y curatela como respuestas legislativas ante la limitación parcial del alcance de la capacidad, ha sido analizada en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, a la que se opone la sentencia, en cuanto de la adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil, en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York, la tutela corresponde a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos como el que aquí se enjuicia en el que la sentencia refiere una limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal), y en ningún caso una situación de discapacidad total que justificaría el sometimiento a la tutela. [...]

3. Corolario de lo expuesto es la estimación del recurso y declarar que doña NN presenta un diagnóstico de retraso intelectual leve de evolución crónica e irreversible, con dificultades de gobierno en el área económico-jurídico-administrativa, a excepción del manejo de dinero de bolsillo, para las disposiciones contractuales, como enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, valores mobiliarios y disposición de cantidades elevadas; conducción de vehículos y uso de armas, precisando supervisión para el cuidado de su salud y para actividades instrumentales cotidianas; conservando la capacidad para la higiene personal y el vestido, manejo de dinero y para discernir y emitir el voto.

Para complementar su capacidad, necesita la asistencia de un curador para la toma de decisiones, cargo que desempeñará la Institución tutelar designada por la Audiencia. El curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal de la Sra. NN y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.

IV. NOMBRAMIENTO DEL GUARDADOR LEGAL

La Convención de Nueva York también ha sido tenida en cuenta por la Sala Primera del Tribunal Supremo para interpretar las normas legales

sobre nombramiento de la persona que debía asumir la guarda legal (tutor o curador).

IV.1. Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial. Voluntades anticipadas: autotutela

Así, la **STS (1ª) 504/2012, de 17 de julio** (ECLI:ES:TS:2012:5676), interpreta cómo vincula y debe ser tenida en cuenta la voluntad de la persona afectada por una discapacidad, en relación con quién podría ser designado tutor o curador caso de ser incapacitada. Son manifestaciones de voluntad anticipadas y dan lugar a lo que se ha denominado, en el ámbito de la delación de la tutela, la autotutela. En esta sentencia, el Tribunal Supremo reconoció que debe seguirse la voluntad de la persona afectada por la modificación de capacidad, manifestada por ella con anterioridad, pero el Juez podría separarse de esta voluntad si «el beneficio del incapacitado así lo exigiere», y siempre de forma motivada:

1ª Con referencia al concepto de la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por no aplicación de la Convención de Nueva York, de 2006, la STS 282/2009 ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.

2ª La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el interesado debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecido en la Convención de Nueva York de 2006.

3ª 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 documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o 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 Art. 223.2 CC. Se acepta así la figura de la denominada autotutela, que concuerda con el Art. 222-4 del Código civil de Cataluña.

4ª Sin embargo, el propio Art. 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 Art. 222-9 CCC se da preferen-

cia a la persona designada por el incapacitado en el acto de delación voluntaria. Sin embargo, en el propio art. 222-9.2 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 del tutor corresponde al Juez cuando no hay persona designada o su nombramiento no es adecuado (si no escau el seu nomenament) 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 declaración 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.

IV.2. Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial. Voluntad e interés de la persona discapacitada

La STS (1ª) 487/2014, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3908) se refiere a cómo debe valorarse la voluntad de la persona objeto de incapacitación sobre quien prefiere que se haga cargo de la guarda legal:

SEXO.- La voluntad y el interés superior de la persona discapacitada.

1.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y firmada por el Plenipotenciario de España el 30 de marzo de 2007, fue ratificada por la Jefatura del Estado Español el 23 de noviembre de 2007 (Ratificación publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008).

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades.

2.- Después de recordar que la dignidad de la persona constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, la Convención reconoce (reconocen, pues, todos los Estados firmantes) por un lado, la necesidad de

promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidos aquellas que necesitan un apoyo más intenso, y por otro, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Y en relación directa con el reconocimiento de estas necesidades de actuación, la Convención señala en su artículo 12.4 que “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

3.- Antes de la Convención, el Código civil ya prestaba especial atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, su artículo 234 disponía y dispone que “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”, que establece lo siguiente: “Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

4.- Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3. a) como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

SÉPTIMO.- Criterios para la protección del interés de la persona con discapacidad

Con base en lo expuesto, ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, el que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir.

Para conocer cuál sea ese interés, es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible «la diversidad de las personas con discapacidad».

No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso.

IV.3. Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial

La STS (1ª) 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168), se pronunció sobre la vinculación del juez con el orden de prelación legal, contenido en el art. 234 CC, para la designación de tutor o curador. La sentencia resalta que el Juez podría apartarse del orden legal siempre que sea más beneficioso para la persona objeto de guarda legal:

El art. 234 CC establece un orden legal de prelación de personas llamadas a asumir la tutela de un menor o de un incapacitado. Este orden de prelación intercala las personas que pudieran haber sido designadas por el propio tutelado, conforme al art. 223 CC, o por sus padres en sus disposiciones de última voluntad, con los parientes más próximos.

En concreto los llamados son los siguientes y por este orden: [...]

Esta enumeración viene precedida por la mención “para el nombramiento de tutor se preferirá” y va seguida por una previsión que contribuye a determinar cómo vincula la decisión judicial: “(e)xcepcionalmente, 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 menor o del incapacitado así lo exigiere”.

En principio, el Tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, 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.

Las razones por las que el Tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela.

En el presente caso, inicialmente los dos hijos aspiraban a ser nombrados tutores de su madre, una vez incapacitada. La sentencia de apelación argumentó que no debía nombrarse a HH porque, debido a su enfermedad (padecía una esquizofrenia paranoide y síndrome de Diógenes, así como una deficiencia sensorial grave, con una minusvalía del 83%), no estaba en condiciones de asumir el cuidado y la representación de su madre. Esta decisión, que ha sido suficientemente razonada, no es cuestionada ahora, porque no ha recurrido HH.

La razón por la que la audiencia consideró que era mejor no nombrar tutor a su otro hijo, JJ, no radica en su falta de aptitud para asumir la tutela, sino en la existencia de un conflicto familiar, que lo desaconseja.

El conflicto familiar entre los hermanos por sí sólo no debería justificar la alteración del orden de prelación, si no fuera porque debido a dicho conflicto, a la postre y en ese caso concreto, la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz se verían perjudicados o no tan bien atendidos como si una fundación tutelar se hiciera cargo de la guarda legal de la incapaz.

La sentencia de apelación, que razona bien por qué HH no puede hacerse cargo de la tutela de su madre, no justifica en qué medida el conflicto familiar que existe entre los dos hermanos impide que JJ asuma la tutela, desde la perspectiva del mejor interés de la madre incapacitada.

La decisión judicial de primera instancia, ratificada por la audiencia, parece que se apoya en el informe forense, que valora la situación familiar y de la incapaz, y concluye que, a la vista del reseñado conflicto familiar y de intereses, NN “se encontraría más amparada y cuidada en la institución donde se encuentra ingresada en la actualidad”. Pero obsérvese que con ello no se razona ni justifica la designación de la institución tutelar, pues el

nombramiento del hijo no es incompatible con que NN siga en la residencia donde se encuentra en la actualidad. En realidad, no existe ninguna correlación lógica necesaria entre permanecer en la misma residencia y nombrar a la institución pública tutelar, en vez de al hijo de la incapaz. Sin perjuicio, además, de que en la propia sentencia se pueden establecer medidas especiales de protección, como sería en este caso, que siguiera ingresada en la misma residencia.

El Tribunal de instancia ha infringido el art. 234 CC porque ha prescindido de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado.

La consecuencia es dejar sin efecto el nombramiento, remitir los autos al Tribunal de apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia del incapacitado y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si el interés de la incapacitada exige dejar de nombrar tutor a su hijo JJ, y designar a una fundación pública tutelar, en cuyo caso su justificación deberá reflejarse en la sentencia.

Aunque el nombramiento de tutor ha quedado sin efecto, para evitar que la persona incapacitada quede desprotegida, se acuerda, como medida cautelar de protección, mantener en las funciones de la guarda legal correspondiente a la tutela a la Fundación Murciana para la Tutela, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor.

Esta doctrina fue invocada y aplicada por la STS (1ª) 635/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4711), con una referencia expresa al interés de la persona discapacitada, que debe presidir cualquier medida que le afecte, en este caso la determinación de la persona que debe asumir la guarda legal:

Esta Sala, ha fijado doctrina jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa en la sentencia de 1 de julio de 2014. En principio, dice, “el Tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, 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. Las razones por las que el Tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombra-

miento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”.

Motivación existe en este caso, y es además razonable y lógica, por más de la discrepancia de uno de los dos hijos en aceptarla. Es cierto que esta forma de tutela implica un trato menos personalizado del discapaz y como consecuencia un menor compromiso por parte de quien aparece designado como tutor. Ahora bien, la razón por la que la sentencia de la Audiencia consideró que era más conveniente nombrar a la Fundación y no a su hija, no radica en la falta de aptitud de esta para asumir la tutela, sino en la existencia de fuertes desavenencias y enfrentamiento entre los hermanos sobre el tema de su madre, que lo desaconseja. Sin duda, este conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no debería en si mismo justificar en principio la alteración del orden de prelación. Si lo es en cuanto puede trascender en contra del interés de la tutelada y puede afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos cuando, además, aquéllos “viven lejos, en Barcelona y Madrid” y sus trabajos les obligan a viajar al extranjero con cierta frecuencia.

El interés superior del discapaz, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado. Este interés viene referido a una mujer de 87 años, con un evidente deterioro psíquico y físico, sobre la que han de tomarse decisiones muchas veces inmediatas o urgentes, que en lo personal no va a sufrir cambios sustanciales puesto que vive, y quiere seguir viviendo, en su casa debidamente atendida, lo que no se protege a distancia ni en su mejor beneficio, y va a poder seguir viendo a sus hijos, pues no lo impide las funciones tutelares, mientras que las decisiones en lo patrimonial no van a verse afectadas por el enfrentamiento de los hermanos en el ejercicio de la tutela.

La revisión en casación solo puede realizarse si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección de estas personas a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, y es evidente que la sentencia recurrida ha entendido que este interés está debidamente protegido y lo ha hecho con motivación suficiente, sin que la parte recurrente

justifique que se oponga al mismo, por lo que no procede su revisión desde la perspectiva del mejor interés de la madre discapacitada.

Esta doctrina sobre la preeminencia del interés de la persona incapacitada a la hora de designar a la persona que debe hacerse cargo de la tutela ha sido reiterada por la **STS (1ª) 596/2017, de 8 de noviembre** (ECLI:ES:TS:2017:3925).

IV.4. Guardador legal. Designación. Delación legal. Discrecionalidad judicial

La **STS (1ª) 373/2016, de 3 de junio** (ECLI:ES:TS:2016:2573), vuelve a plantearse cómo debe tenerse en cuenta el parecer de la persona incapacitada respecto de la persona que debe asumir su guarda legal. Esta sentencia, después de reiterar la doctrina contenida en las dos sentencias anteriores (**SSTS (1ª) 341/2014, de 1 de julio**, y **635/2015, de 19 de noviembre**) sobre el orden legal de llamamientos, razona lo siguiente en relación con el caso que enjuicia:

El interés superior del discapaz -sentencia 19 de noviembre 2015-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.

Este beneficio no lo encuentra en doña NN, la vecina que le ha venido asistiendo en estos últimos tiempos, junto a su esposo, por cuanto, sostiene la sentencia lo siguiente: “no ha sabido dar explicación razonable de los motivos por los que, haciendo uso del poder general otorgado a su favor por Dª AA, retiró de la entidad bancaria, en la que esta tenía sus ahorros, 30000 euros, y los ingresó en la cuenta bancaria que comparte con su marido, señalando que «se los está guardando a Dª AA, que los tiene a su disposición”. Si realmente hubiera obedecido a la voluntad de Dª AA la retirada de la suma de dinero de su entidad bancaria en atención a la mala praxis bancaria de la entidad, como relata en su declaración testifical Dª NN, habría debido depositar ese dinero en una cuenta bancaria a nombre de Dª AA, su titular, en vez de incorporarlo a su patrimonio a través de su ingreso en una cuenta bancaria cuya titularidad comparte con su esposo.

Ante la sospecha de que D^a NN pudiera ejercer una manipulación sobre D^a AA en el terreno de administración de su patrimonio (no puede obviarse que afirmó haber aceptado la herencia de la hermana de D^a AA, D^a PP, a quien asistió hasta su fallecimiento, manifestando que ambas hermanas la instituyeron heredera universal a ella por las atenciones prestadas, olvidándose de dejarse recíprocamente sus bienes a pesar de convivir juntas), y al no constar que la administración de los bienes de la incapaz sea adecuada a sus intereses por los motivos expuestos en el párrafo anterior, procede designar como tutora de la Sra. PP a la FUNGA, a quien corresponderá también la reclamación de los bienes que hubieren salido indebidamente del patrimonio de la incapaz para el supuesto de que D^a NN no los restituya voluntariamente”.

Es cierto que el artículo 12.4 de la Convención exige que los Estados Partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y que esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Como recuerda la sentencia de 30 de septiembre 2014, antes de la Convención, el Código civil ya prestaba especial atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, su artículo 234 disponía y dispone que “(p)ara el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”, que establece lo siguiente: “Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

Después de la Convención, y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

Ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, como se ha dicho; interés que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir, y para conocer cuál es este, ambas sentencias han hecho un indudable esfuerzo de valoración de las circuns-

tancias y necesidades concretas de la misma, aquellas que constituyen las condiciones básicas para el normal desarrollo de su vida, incluido el patrimonial, y ambas han visto claramente como esta voluntad se encuentra influenciada por quien pretende asumir la curatela y como puede perjudicarse teniendo en cuenta la evolución negativa de la discapaz, tanto por su estado actual como por su edad. Sin duda la actuación preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal pueden atajar en el control de la curatela situaciones como la del dinero, pero lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario y nombrar curador a una persona contra la que el Ministerio Fiscal solicitó la deducción de testimonio por la posible comisión de un delito de apropiación indebida y a la que la sentencia recurrida exige la devolución del dinero de la discapacitada instando en su caso la adopción de las medidas necesarias para procurar que los bienes que han salido de su patrimonio vuelvan al mismo. Ninguna seguridad existe que bajo su cuidado se salvaguarden los derechos de esta persona.

IV.5. Guardador legal. Designación. Delación legal. Voluntad e interés de la persona discapacitada. Discrecionalidad judicial

La STS (1ª) 298/2017, de 15 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901), lleva a cabo una valoración de la voluntad de la persona afectada por la discapacidad y concluye que no es determinante para alterar el orden de llamamiento legal:

Según el art. 234.1º CC (aplicable al nombramiento de curador, dada la remisión a las normas sobre nombramiento que contiene el art. 291 CC), para el nombramiento de tutor se prefiere en primer lugar al designado por el propio interesado conforme al párrafo segundo del art. 223 CC. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan (art. 223 CC) debe ser respetada por el Juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta de lo dispuesto en el art. 234.II CC. Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal se ha pronunciado esta sala en las sentencias 341/2014, de 1 de julio y 635/2015, de 19 de noviembre. De forma específica, sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, se han pronunciado también las sentencias 504/2012, de 17 de julio y 373/2016, de 3 de junio.

Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilec-

ción acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento.

Una lectura de nuestro derecho con arreglo a los principios de la Convención de Nueva York conduce fácilmente a esta interpretación. De una parte porque el Juez debe oír a aquél cuya tutela o curatela se pretenda constituir (art. 231 CC y art. 45.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria) y, de otra, porque conforme al art. 12.4 de la Convención, las salvaguardias que se adopten «asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona».

Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al Juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo porque, en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia.

En el caso que da lugar al presente recurso de casación, D. NN no ha otorgado una escritura de autotutela en la que designara a la persona de tutor para el caso de que se limitara su capacidad en un futuro. En el procedimiento de modificación judicial de la capacidad, expresó, en primera instancia, que quería que fuera tutora su hermana, lo que el juzgado descartó en atención a que no parecía adecuada una persona que negaba la enfermedad diagnosticada. Atendiendo al criterio de la esposa y cuatro hijos de D. NN, la sentencia de primera instancia nombró tutor al hijo mayor y el nombramiento es mantenido por la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida no se aparta del criterio de la de primera instancia y descarta designar para el cargo de tutor a alguna de las personas que se proponen en el escrito de interposición del recurso (la hermana, la sobrina, la hija de D. NN) por varias razones.

Tiene en cuenta, en primer lugar, que D. NN descartó en su comparecencia ante el Tribunal la idea que había manifestado previamente en el juicio de primera instancia acerca del nombramiento de su hermana o de su sobrina y manifestó en cambio su preferencia por el nombramiento de su hija. Producido ese «abandono tácito», como califica la sentencia a esta modificación

en la preferencia, se añade, «nada justifica que se altere una decisión aceptada y asumida por el grupo familiar, esposa e hijos de D. NN, cuando además es precisamente D. VV, mayor de los hermanos, quien tiene su residencia más próxima al domicilio familiar de sus padres, siendo precisamente la propuesta por D. NN -su hija LL -, quien por ser la más alejada del domicilio familiar -reside en La Coruña-, tendría mayores dificultades prácticas para el ejercicio y desempeño del cargo».

Es decir, la sentencia recurrida no prescinde de la voluntad de D. NN porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca de designar tutor alterando el orden legal (en la apelación descarta a la hermana y la sobrina). También porque considera que el nombrado en primera instancia, uno de los hijos, propuesto por los familiares directos (todos los hijos y esposa, que sería la primera llamada en ausencia de autotutela) es el más idóneo. Y motiva esta idoneidad en atención a las circunstancias del caso, en particular la menor distancia al domicilio de sus padres y, por contra, la mayor distancia de la hija, lo que supondría mayores dificultades para el desenvolvimiento del cargo.

Por lo dicho el motivo es desestimado. No existiendo una manifestación de voluntad terminante del interesado dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, la sentencia recurrida, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, motiva quién es, de entre las personas llamadas por la ley, la más idónea para ejercer el cargo.

IV.6. Guardador legal. Designación. Delación legal. Voluntad e interés de la persona discapacitada. Discrecionalidad judicial

La STS (1ª) 552/2017, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535), confirma la designación de guardador legal en la persona de un hijo de la persona incapacitada, respecto del cual esta última había manifestado su voluntad de que no lo fuera. En esta sentencia se tiene en cuenta el interés de la persona con discapacidad y se atiende a las causas por las que puede haberse opuesto al nombramiento de su hijo como guardador legal:

En la actualidad, RR y sus hermanos, hijos de NN –la persona cuya capacidad se modifica parcialmente-, son los más próximos en el orden legal de prelación de personas llamadas a asumir la tutela de un incapacitado, conforme al art. 234 CC. Ruperto es quien sucedió a su padre en el cargo de curador de NN, y es, de los siete hermanos, el único que consta haya manifestado voluntad de asumir la guarda legal de su madre. De los otros seis hermanos, los cinco que viven en Vitoria están de acuerdo en que sea RR, y la única que discrepa es la otra hermana que vive en el extranjero, GG.

En la sentencia 341/2014, de 1 de julio, expusimos cómo vincula al Juez que debe designar el tutor o curador este orden legal de llamamientos: [...]

La sentencia recurrida, a pesar de que la persona discapacitada había solicitado expresamente que no fuera nombrado tutor su hijo RR, sino una fundación tutelar, ha confirmado en el cargo tutelar a Ruperto por entender que era mejor para NN.

Las dos objeciones que podrían justificar la designación de una fundación tutelar, en vez de a su hijo RR, son las mencionadas en el recurso al citar dos causas legales que inhabilitan para asumir un cargo tutelar: la enemistad con la persona incapacitada (art. 244.2° CC) y la existencia de conflicto de intereses (art. 244.4 CC).

(...) en un caso como este, no existe propiamente enemistad manifiesta entre NN y su hijo RR. La sintomatología propia del trastorno que padece NN explica que tenga reticencias respecto de quien hasta ahora ha ejercido de curador. Lo lógico es que NN, sin conciencia de enfermedad, dirija las ideaciones de persecución y de perjuicio sobre las personas que le rodean y sobre todo quien, de alguna forma, al ejercer la guarda legal, de hecho ha tenido que contenerla y, en beneficio e interés de ella, llevarle la contraria.

Estos sentimientos no pueden equipararse al supuesto legal de enemistad manifiesta, como tampoco revelan ningún conflicto de interés. Máxime cuando no se han aducido qué intereses concretos puede tener RR que entren en conflicto con los de su madre NN.

En consecuencia, procede confirmar la designación de RR como guardador legal, en este caso curador con las funciones que resultan de la modificación de capacidad acordada».

V. OTRAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS QUE AFECTAN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD, EN LAS QUE SE HA VALORADO LA INCIDENCIA DE LA CONVENCION

V.1. Asignación de la vivienda familiar

La STS (1ª) 31/2017, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2017:113), sopesa esta incidencia en relación con la determinación del derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad:

Esta sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Lo ha hecho a propósito del derecho a los alimentos en las sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015. En la primera de ellas, se ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial: “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”.

La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los menores.

La sentencia que se invoca en el motivo se refiere a un hijo con patria potestad rehabilitada en favor de su madre, lo que no ocurre en este caso en el que la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad.

Tampoco tiene en cuenta esta condición el artículo 96 del Código Civil, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se regula en ningún derecho civil especial sobre esta materia, pese a ser estos últimos posteriores a la entrada en vigor en España de la Convención de Nueva York de 2006, posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a que se refiere la sentencia de 30 de mayo de 2012.

Lo cierto es que la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan 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. Esta definición se recoge literalmente en el artículo 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase.

El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la

separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre y marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. «Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral,

social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», dice la sentencia 372/2914 de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos».

El Tribunal Supremo ha vuelto a reiterar esta doctrina en la STS (1ª) 181/2018, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1166):

Lo que se pretende en el motivo es que, de una forma incondicionada, se adjudique la vivienda familiar a la esposa e hija mayor de edad por la si-

tuación de minusvalía y de prórroga de la patria potestad. Lo que no tiene en cuenta es que en sede del artículo 96 del Código Civil, que se cita como infringido, y de la sentencia 325/2012, de 30 de mayo, el pronunciamiento que se recurre no es contrario a la jurisprudencia de esta sala.

No se ha discutido en el recurso si la rehabilitación de la patria potestad, aplicado a una persona con discapacidad, está en contra de la Convención de Nueva York, en los términos que parecen resultar de las sentencias 421/2013, de 24 de junio de 2013 y 600/2015, de 4 de noviembre. No es por tanto el caso ni el momento para hacerlo. Tampoco lo es determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges.

La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. El interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad (sentencia 31/2017, de 19 de enero).

Pero aun haciendo esta equiparación a los efectos aquí pretendidos, la jurisprudencia de esta sala, reiterada en las sentencias 671/2012, de 5 de noviembre; 284/2016, de 3 de mayo y 646/2017, de 27 de noviembre, entre otras, señala que «hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor», como así aparece recogido en el artículo. 233-20

CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el Juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés).

Y es evidente que la valoración que ha hecho la sentencia de la adquisición por la esposa de una vivienda es correcta puesto que toma en consideración una de las circunstancias que ha tenido en cuenta esta sala para dejar sin efecto la medida acordada, lo que sirve tanto a situaciones como la planteada, como a las demás, en cuanto cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro tanto de la hija como de su madre».

V.2. Pago de alimentos

La STS (1ª) 666/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4371), analiza la incidencia de la Convención de Nueva York en el enjuiciamiento sobre la obligación de pago de alimentos a un hijo mayor de edad aquejado de una minusvalía:

1. La respuesta –de la sentencia recurrida- al problema planteado es simplista y desviada de lo que debió tenerse en cuenta para resolverlo. La sentencia da a entender que todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental, intelectual o sensorial, conllevan la misma solución y que a todos ellos resulta de aplicación la doctrina de esta sala que cita, relativizando los principios y fundamentos que resultan de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, sin ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía, y sin valorar si son o no necesarios los apoyos que la Convención ofrece, referidos en este caso a la continuidad de la prestación alimenticia en favor de un hijo mayor de edad, cuya minusvalía resulta de la enfermedad de Crohn, a cargo de un padre en situación de incapacidad absoluta para toda actividad laboral.

2. La sentencia de 7 de julio de 2014, fijó como doctrina la siguiente: «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recurso».

Lo que se pretende es garantizar la protección de las personas más vulnerables, manteniendo en juicio matrimonial la prestación alimenticia en favor

de los hijos mayores de edad con discapacidad, siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 93 del CC, de convivencia en la casa y ausencia de recursos económicos. Y lo que desconoce la sentencia es que esta equiparación no es absoluta, como argumenta la sentencia 31/2017, 19 de enero. Se hizo en el supuesto muy concreto de que podían superar una condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos pudieran ser atendidos por el alimentante recibéndole y manteniéndole en su propia casa, como autoriza el artículo 149 del CC, con la precisión de que ello no supone ninguna discriminación (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesan en un determinado momento para integrarles, si es posible, «en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», como precisa la sentencia 372/2914 de 7 de julio, lo que no ocurre en este caso.

La consecuencia de lo que se expone es la estimación del recurso; que se asuma por esta sala la instancia y que se resuelva en la forma en que lo hizo el juzgado. Lo que ocurre realmente en este caso es que el hijo no solo pueda trabajar, sino que trabaja a pesar de la minusvalía física acreditada. Es más, no consta que esta situación haya influido en el desarrollo de su formación, como tampoco consta que no puede integrarse en el mundo laboral. Pero es que, además, quien le alimenta es una persona afectada de una incapacidad absoluta para toda actividad laboral y que percibe por ello una pensión del INSS, de 703,26 euros mensuales, lo que también merece una especial protección traducida en la extinción de la prestación alimenticia a su cargo pues carece de medios para que, una vez atendidas sus necesidades más perentoria, es decir, aquellas que resultan de la incapacidad permanente absoluta, pueda cumplir con la obligación de pagar la pensión de alimentos fijada en el procedimiento de separación a favor de su hijo, actualmente mayor de edad y en condiciones de desarrollar una actividad laboral retribuida.

V.3. Pensión de alimentos. Régimen de guarda y custodia compartida

La STS (1ª) 28/2018, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2018:42), examina la incidencia del interés de un menor con discapacidad en la determinación de la pensión de alimentos y el régimen de guarda y custodia compartida, como medidas consiguientes al divorcio de los padres:

1. Las especialidades del derecho de familia han llevado a la fijación por esta sala de una doctrina jurisprudencial consolidada que excluye que el

recurso de casación pueda convertirse en una tercera instancia como así lo expresa la sentencia de 29 de marzo de 2016: “(...) Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (...). La razón se encuentra en que “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este” (...). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia(...)”.

Esta doctrina determina que el primer motivo carezca manifiestamente de fundamento. La sentencia –recurrida– en ningún caso incumple el mandato legal de adoptar las medidas que sean más favorables al interés del hijo discapacitado y, en consecuencia, no vulnera la doctrina jurisprudencial al respecto.

Es cierto que en el presente caso la custodia compartida que se pretende es la de un menor, de casi 18 años de edad, con una discapacidad reconocida de un 53%, que cumplida la mayoría de edad podrá prorrogarse o no la patria potestad o fijarse únicamente las medidas de apoyo que sean convenientes a su interés, conforme a la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad.

Ocurre que estos datos han sido tenidos en cuenta tanto en la sentencia dictada en primera instancia como en la recurrida en casación, que la deniegan en base al principio del interés del menor. El Juez constata, dice la sentencia recurrida, “y no se cuestiona que estamos ante una relación conflictiva entre los progenitores, pero lo cierto es que junto a lo anterior, el Juez considera que la guarda y custodia la debe ejercer la madre por ser la progenitora de referencia y como afirma el Ministerio Fiscal, el interés del menor deber primar cuando afirma “nos encontramos ante un menor con una discapacidad del 53%, dependiente de forma definitiva. El padre no es inidóneo para atender al menor, y el menor necesita relacionarse con él para un mejor desarrollo de su personalidad y una vida más plena con la fundamental e insustituible aportación que supone la figura paterna, motivo por el cual se establece un régimen ordinario de visitas y estancias vacacionales que permitan tal relación paterno filial. Ahora bien, distintas son las necesidades cotidianas y de rutinas que necesita un menor discapaz para su vida diaria...”.

Parece acertado, añade la sentencia, “atendiendo a las circunstancias personales del menor, su relación con la hermana mayor y la referencia

materna que se ha mantenido desde las medidas provisionales, encomendar la guarda y custodia a la madre, pues con ello no solo se propicia una estabilidad y referencia para el menor, sino también el mantener al mismo alejado de los conflictos y tensiones entre los progenitores, para de esta manera evitar que los mismo afecte a su estabilidad personal”.

Desde la perspectiva del interés del menor, la guarda y custodia de la madre es lo más beneficioso para aquel, sin que el hecho de que en un determinado momento la madre haya podido interrumpir las actividades extraescolares del menor o que el padre tenga una estabilidad personal en su nuevo entorno, afecten a esta medida. Tampoco resulta relevante a estos efectos la sentencia que se ha incorporado al rollo de esta sala del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Sigüenza- Guadalajara de 2 de agosto de 2017, en la que se decreta la nulidad del matrimonio contraído entre ambos litigantes porque «en el momento del matrimonio, la esposa no era capaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica».

Esta sala no va a revisar el acierto o desacierto de esta resolución que ha servido para declarar la nulidad de un matrimonio contraído en el año 1993, que ha durado más de veinte años. Lo que si constata es que su contenido no permite valorar de una forma distinta el mejor interés del menor-discapacitado. El matrimonio tuvo dos hijos, uno de ellos mayor de edad en estos momentos, y en ningún caso consta que la situación advertida en la sentencia citada haya incidido negativamente en el cuidado y desarrollo de ambos. Hacerlo supondría dejar sin efecto lo resuelto en las sentencias dictadas en esta jurisdicción en lo que hace a la valoración y apreciación de la prueba, para atribuírselo a la citada sentencia dictada en el ámbito que es propio.

Sucedo lo mismo con el otro dato de prueba que, como la anterior, se aporta para «valorar la admisibilidad de la prueba planteada por esta parte y/o, en su defecto, la decisión a tomar en relación al menor-discapacitado, dadas las especiales características del caso, así como del menor y de su progenitora». Se trata de una resolución judicial dictada para resolver sobre la naturaleza de un gasto, como ordinario o extraordinario, que ni es firme ni sirve a estos fines, antes al contrario, demuestran la voluntad de la madre de defender los intereses alimenticios del niño frente a quien debe prestarlos.

V.4. Propiedad horizontal. Acuerdo de la junta de propietarios. Autorización obras para facilitar el acceso de un discapacitado a un elemento común

La STS (1ª) 619/2013, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5301), estima la impugnación de un acuerdo de una comunidad de propietarios

que denegaba la autorización para la instalación de una silla-grúa que permitiría el acceso de un discapacitado a la piscina, elemento común de la casa. Se estima la impugnación en atención a la especial protección que merece la persona con discapacidad y a la ausencia de perjuicio o riesgo de la instalación para el resto de copropietarios.

Los principios que, en relación con el presente caso, deben tenerse en cuenta en el régimen de la propiedad horizontal, se derivan de Código civil, de la Constitución Española y de leyes y convenios internacionales sobre protección del discapacitado.

Del Código civil, el artículo 396 del Código civil parte de los elementos comunes (como es la piscina en el presente caso), como derecho de copropiedad, "para su adecuado uso y disfrute"; elementos comunes que enumera, pero no como numerus clausus (así lo expresa, entre otras, las sentencias del 21 de junio de 2000 2011). Lo que es claro es que los elementos comunes lo son para que todo copropietario los pueda usar y disfrutar.

La Constitución Española en su artículo 49 proclama, si bien se refiere a los poderes públicos pero es válido como principio, la atención especializada y el especial amparo para el disfrute de los derechos por los que llama «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos». Es uno de los principios rectores de la política social y económica que integra la Constitución, pero este principio dogmático ha tenido consecuencias jurídicas, trascendentes e intensas que han ido mucho más allá de su aparente carácter pragmático; esto, expresado por la doctrina científica ha repercutido en la política de integración social que en el ámbito del Derecho del Trabajo se ha incluido en la Directiva 2000/78/CE y se ha manifestado en leyes específicas a que ahora nos referimos.

En relación con la anterior, un tema que no puede ser obviado es la relación de los principios constitucionales con los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 1.4 de Código civil como fuente del derecho (así, sentencias de 12 mayo de 1992, 5 junio de 1292). No se sustituyen unos con otros, sino que es difícilmente imaginable la posibilidad de un principio que no sea derivación de los valores propugnados por la Constitución Española. El principio general del Derecho, al ser recogido por ésta, alcanza su más alto rango y vigencia.

Las leyes específicas de protección del discapacitado tienen una función concreta, pero de las mismas se desprenden los principios en los que se sustenta. Así, la ley 15/1995, que el 30 mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad y la ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades,

no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, no se aplican al presente caso, tal como explica y no se discute, la sentencia de la Juez de primera instancia. Pese a lo cual, sí se desprenden principios que, como no podía ser menos, coinciden con los constitucionales y que se concretan en uno solo, obvio e indiscutible por demás, que es la protección al discapacitado. No se pretende una protección a toda costa y a efectos inalcanzables; el Derecho no ampara situaciones absurdas, pero sí alcanza a la protección al efecto de usar y disfrutar elementos que le pertenecen en copropiedad (elementos comunes en la propiedad horizontal) y que están a su alcance con unas modificaciones que ni siquiera se ha alegado que fueran inalcanzables o sumamente gravosas.

Además de todas las anteriores normas, es imprescindible la cita de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificado por España el 23 noviembre 2007 y publicado en el B.O.E. De 21 abril 2008. La declaración de principios, entre otros muchos, que se enumeran en el preámbulo y que guarda relación con el presente caso, se halla en el mismo con este texto: "Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo".

Y en el articulado del Convenio, también referido al caso como el presente, dispone: "Artículo 9: Accesibilidad: 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo".

De todo ello se desprende que la protección del discapacitado alcanza a múltiples aspectos de la vida cotidiana, entre los cuales se cuenta el acceso a un elemento común -como la piscina- en un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal, no siendo admisible en derecho -aún mayoritario- de la denegación de autorizar una determinada instalación, que no se ha probado -ni siquiera alegado- que pueda perjudicar o dañar a otros miembros de la misma».

[...]

El motivo primero alega la infracción de los artículos 17 y 18 en relación con el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, y con los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución Española, todos ellos sobre el abuso del derecho y la libertad, igualdad de las personas, respecto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y el deber de facilitar la accesibilidad a los elementos -como la piscina comunitaria- de la persona con discapacidad.

De los principios que se han relacionado en el fundamento anterior se deduce la estimación del presente motivo, pero también se estima al aparecer la infracción del artículo 10.2 de la Ley de Propiedad Horizontal que exige a la comunidad realizar las actuaciones y obras -desde luego, incluye la autorización para llevarlas a cabo- para que un discapacitado pueda hacer uso de los elementos comunes, entre los que se incluye la piscina comunitaria. Lo cual está en relación con los artículos de la Constitución Española que exigen la protección del discapacitado y con todos los principios que aquí se han enunciado.

Asimismo, está en relación con el motivo segundo del recurso que viene referido al abuso del derecho que contempla como impugnable el artículo 18.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal y aparece en el presente caso, partiendo de la numerosa jurisprudencia sobre él y de que la sentencia de instancia justifica el acuerdo en que se adoptó por mayoría, lo cual es evidente e intrascendente, ya que de no ser así, no sería un acuerdo de la junta que podría ser objeto de impugnación y que dice que podría perjudicar y constituir un riesgo para los demás copropietarios, sin que se explique el perjuicio o el riesgo, más allá de una mera alusión y menciona que la piscina era anterior, lo cual es intrascendente porque lo que se plantea no es la piscina, sino una solución para que un discapacitado pueda utilizarla en el momento actual.

VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

El Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina sobre las garantías que deben adoptarse para preservar al máximo la libertad de las personas que padecen un trastorno psíquico, para su ingreso en un establecimiento médico. La principal garantía radica en la autorización o ratificación judicial, que debe ser otorgada en el plazo de 72 horas.

VI.1. Internamiento involuntario. Trastorno psíquico. Requisitos de validez. Internamiento urgente

En la **STC 141/2012, de 2 de Julio** (ECLI:ES:TC:2012:141), se contiene una síntesis de la doctrina sobre la medida de internamiento involuntario, desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 17.1 CE, cuando es acordada directamente por la autoridad judicial bien como medida cautelar de un proceso ya iniciado, bien como medida definitiva impuesta en sentencia:

(D)icha situación personal comporta para el afectado una privación de su libertad personal que “ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ... la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo” [SSTC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 24/1993 de 21 de enero, FJ 4, respecto del internamiento como medida de seguridad (penal); STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 2, para internamiento decretado tras Sentencia civil de incapacitación; y STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 3, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del art. 211 del Código civil, regulador entonces del internamiento cautelar en el orden civil].

Conviene tener presente asimismo en esta materia lo dispuesto en tratados y convenios internacionales suscritos por España, habiendo recordado recientemente al respecto que “las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales ... en la medida que ‘pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales’ (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), puedan constituir ‘valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce’ (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3;y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2;

Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6; y en sentido similar, STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), convirtiéndose así en ‘una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional’ [SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5], quien precisará su concreto contenido, entonces, ‘a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas’ (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6)” (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; también, STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4).

Así, el derecho a la libertad personal y a la seguridad personales reconocido en el art. 9.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, con la consiguiente garantía de legalidad en su restricción, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (cuyas resoluciones también hemos considerado fuente interpretativa válida: entre otras, SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4) en el sentido de que tal derecho resulta “aplicable a todas la formas de privación de libertad ... como por ejemplo las enfermedades mentales.”

Considerando por ello su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal ha declarado que “la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE” (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). De ahí que hayamos declarado la inconstitucionalidad, por ausencia del debido rango legal orgánico, de los concretos apartados de la norma en vigor que determinan la decisión del internamiento: así, respecto del ya citado art. 211 del Código civil (STC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 6 y fallo); y en cuanto al art. 763.1 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil — que derogó al anterior— (STC 132/2010, de 2 de diciembre, FJ 3). En ambos casos, no obstante, optamos por un pronunciamiento de inconstitucionalidad sin nulidad de las disposiciones, al no haberse cuestionado su contenido material y atendiendo al vacío no deseable que de otro modo se hubiera creado dentro del ordenamiento. Instamos entonces al legislador a que “a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica” (STC 132/2010, FJ 3), sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo.

Sobre la base de la anterior doctrina, el Tribunal Constitucional analiza los requisitos y garantías previstas en el art. 763 LEC para el inter-

namiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, que también puede adoptarse como medida definitiva en la Sentencia que declare la incapacidad del demandado (art. 760.1 LEC). En ambos casos resulta de aplicación la revisión judicial de la medida cada seis meses, o un plazo inferior si así se fija.

La sentencia se centra en el análisis de las condiciones fijadas para el internamiento urgente:

El legislador permite excepcionalmente y por “razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin:

a. Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la “urgencia” o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad.

b. La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

A continuación, analiza las cuatro exigencias de validez derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) que deben darse en la fase extrajudicial del internamiento urgente:

a. Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b. Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin

conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.2 CE para la detención.

c. Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que “el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida”.

Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.

En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (“Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”).

d. Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física

del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.

Y respecto de la fase de control judicial del internamiento urgente, recuerda que, como consecuencia de los derechos reconocidos en el art. 17.1 CE y el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el propio art. 763 LEC fija un plazo de setenta y dos horas, desde que se produce la comunicación al tribunal competente de que ha tenido lugar la adopción de la medida por el centro, para que aquél practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

Interesa poner de manifiesto que el juicio de ratificación comprende desde luego la consideración del estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), independiente (art. 117.1 CE) e imparcial (art. 24.2 CE) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. Pero segundo, porque si aparecen dudas fundadas acerca de la no necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse a posteriori con el resultado de las pruebas judiciales, deberá dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación —o no— de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla.

Y, finalmente, resalta las garantías propias de esa fase de control judicial, coherentes directamente con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), cuya infracción puede determinar la violación de este derecho fundamental:

a. El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o

su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

b. En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

c. Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).

El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.

Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE.

En fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciabiles ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de habeas corpus ante el Juez de instrucción com-

petente en procura de la necesaria tutela de la libertad (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 3).

VI.2. Internamiento involuntario. Trastorno psíquico. Asistencia letrada

La **STC 22/2016, de 15 de febrero** (ECLI:ES:TC:2016:22), versa sobre el alcance del derecho a la asistencia letrada de una persona afectada por la medida de internamiento involuntario, que durante el acto de la exploración judicial manifiesta su deseo de que se le nombre un abogado para su defensa. La sentencia vuelve a reiterar la doctrina expuesta en la anterior **STC 141/2012, de 2 de julio**, FJ 6 a):

El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

Y concreta con mayor detalle el alcance de esta segunda garantía:

a) El derecho a la asistencia jurídica de la persona internada requiere siempre la actuación, en su nombre, de un representante procesal y un defensor. Así lo reconocimos con carácter general para todos los procesos sobre capacidad de las personas, en nuestra STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 5, por cuanto: "...este tipo de procedimientos se encuadra entre aquéllos en los que la garantía constitucional de la defensa letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que, como también se ha dicho anteriormente, ha llevado a este Tribunal a establecer que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2)".

Y no otra cosa cabe predicar en el procedimiento de internamiento del art. 763 LEC, sea o no urgente, porque así lo impone el apartado tercero del precepto, según se recuerda en la STC 141/2012 ya citada, encontrándonos, como ya se precisó antes, en uno de los procesos sobre capacidad de las personas.

Tal y como además declaramos en la misma STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 6, el art. 763 LEC instrumenta dentro de nuestro sistema de justicia civil, el

procedimiento al que se refiere el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (“[i]n toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando reiteradamente, en aplicación de este precepto, que la persona sometida a una medida de internamiento psiquiátrico debe tener, de un lado, el derecho a ser oída ante la autoridad competente, por sí misma o si carece de la capacidad para ello, a través de algún tipo de representación, pues de lo contrario no se cumpliría con una garantía esencial del procedimiento, para lo que deberán arbitrarse las salvaguardias especiales de orden procesal que permitan la protección de sus intereses. De otro lado, la persona también tiene derecho a contar con un asesor legal, sin que recaiga sobre ella la iniciativa de su designación [entre otras, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp c. Holanda, §§ 60 y 66; 12 de mayo de 1992, asunto Megyeri c. Alemania, § 22, apartados c) y d); 14 de febrero de 2012, asunto D.D. c. Lituania, §§ 163, apartado c), y 166].

b) Para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma ley.

Sin embargo, de ser el Fiscal el promotor de la medida de internamiento no podrá ser designado como su defensor, ordenando en tal supuesto el propio art. 758 LEC que se le designe un defensor judicial para que le represente; en este caso, se entiende, a los únicos efectos del procedimiento de internamiento. Dicho defensor judicial, que puede ser el representante legal del internado (si es menor de edad, quien ejerce la patria potestad; si es persona ya incapacitada por sentencia, su tutor) o sino quien designe el Juzgado, nombrará entonces abogado y procurador o solicitará al Juzgado su designación de entre los profesionales de oficio.

Con este sistema escalonado, en definitiva, se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona (art. 17.1 CE).

VI.3. Internamiento involuntario. Centro asistencial. Enfermedad mental degenerativa

La **STC 34/2016, de 29 de febrero** (ECLI:ES:TC:2016:34), versa sobre el cauce idóneo para la obtención de la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y lleva ya un tiempo prolongado recluida en un centro asistencial.

El Tribunal Constitucional, después de reiterar la doctrina antes expuesta de la STC 141/2012, de 2 de julio, sobre el internamiento involuntario, distingue los cauces más apropiados para materializar el control judicial en función de si se cumplen o no las circunstancias propias del internamiento urgente y si la persona afectada por la discapacidad, por sus características y los visos de larga duración o irreversibilidad, requiere un régimen jurídico de protección más completo, el propio de la modificación de la capacidad:

Se sigue de la doctrina expuesta que, con la excepción de que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente directamente por el centro médico o asistencial (con los controles legales y judiciales que le son inherentes), resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el Juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 LEC y sin el condicionante de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado.

Por el contrario, si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC.

En relación justamente al proceso para la declaración de discapacidad, ya señalamos en la STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 5, que “en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, 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 incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación”.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional lleva a cabo otras valoraciones que merecen ser destacadas.

Por una parte, niega que pueda hablarse de “regulación” de un internamiento involuntario que se ha prolongado durante una larga temporada sin autorización judicial, porque se trata de una vulneración de un derecho fundamental y no de una actuación administrativa susceptible de subsanación:

no es posible hablar de la “regularización” de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3, puede ser el “centro” al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad). No cabe “regularizar” lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE).

Por otra parte, resalta que en estas condiciones interesa optar por el mecanismo procesal civil adecuado para poner fin a esa situación de

privación ilícita de libertad de la persona internada —que no para regularizarla—, teniendo en cuenta la naturaleza del padecimiento psíquico que concurre en ese supuesto. Y al hilo del análisis de las circunstancias concretas que concurrían en ese caso, concluye que podía haberse optado por las medidas cautelares de un proceso de incapacitación del art. 762 CC. A continuación, declara que el proceso de incapacitación no es contrario a la Convención de Nueva York ni tampoco existe una contradicción entre modificación de capacidad e internamiento por razones psíquicas, sino que son en todo caso medidas complementarias:

Y en tercer lugar, pocas dudas ofrece que el proceso de incapacitación resulta el más adecuado desde una perspectiva de protección jurídica integral de la parte demandada en él, en este caso para tutelar la situación de doña M.R.S., pues las medidas que permiten acordarse aquí no conciernen única y exclusivamente a su persona, sino también al aseguramiento de su patrimonio, ámbito cuya importancia por cierto ha destacado la Fiscalía General del Estado en su instrucción núm. 4/2008 “Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces”.

Las invocaciones que formula la demanda de amparo a los convenios internacionales en materia de derechos de personas discapacitadas, a favor de facilitar la igualdad de derechos de éstas con los demás ciudadanos y su mejor integración en la sociedad, junto con la elección de aquel régimen de representación o de asistencia que mejor se adapte a las circunstancias personales de cada afectado (cuestión a la que se refiere por su lado, la instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”), son todos aspectos que no quedan en absoluto descuidados en el proceso de los arts. 756 y siguientes LEC, ni existe motivo fundado para dudar que serían tenidos en consideración por el Juez competente, al que correspondiera conocer de dicho proceso en relación con doña M.R.S.

Tiene razón el Fiscal cuando afirma que no cabe confundir el internamiento con la incapacitación. Pero tal cosa no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones, y esta es una de ellas, no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida.



APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN PENAL

Juan Manuel Fernández Martínez
Magistrado. Vocal del CGPJ.
Presidente del Foro Justicia y Discapacidad.

Carmen Delgado Echevarría
Magistrada. Letrada del CGPJ.
Secretaria del Foro Justicia y Discapacidad.

I. INTRODUCCIÓN

Lo primero que debe destacarse al tratar de la aplicación por los órganos judiciales españoles de la CDPD es que son muy escasos los supuestos en que dicha Convención es objeto de aplicación directa por los órganos de la jurisdicción penal. Ello es así porque la mayoría de las disposiciones de la Convención ha sido debidamente incorporada al ordenamiento jurídico interno de nuestro país, a través de las sucesivas reformas llevadas a cabo en la legislación penal y procesal penal con posterioridad a su ratificación por España.

Por tal motivo, el análisis de la aplicación de la CDPD en el orden penal comenzará con la indicación de las normas y preceptos a través de los cuales se han ido incorporando al ordenamiento jurídico-penal interno los mandatos contenidos en la Convención, para, seguidamente, examinar cómo se vienen aplicando esos preceptos de derecho interno por los órganos jurisdiccionales del orden penal.

El análisis, al igual que se ha hecho en los restantes apartados de esta obra, se estructurará a partir de una serie de voces o materias, de particular relevancia en el orden penal.

II. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

II.1. Concepto en la convención de naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD)

El Artículo 1, párrafo 2º, CDPD ofrece una definición de “*persona con discapacidad*” que se ha incorporado de forma literal al Código Penal Español, a partir de la reforma operada en el mismo por la LO 1/2015, de 3 de marzo.

II.2. Concepto en la legislación penal interna española

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (en adelante Código Penal):

Artículo 25:

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”

II.3. Aplicación jurisprudencial

SAP Barcelona (9ª) 954/2016, de 12 de diciembre de 2016, ECLI:ES:APB:2016:10976:

“El concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección que maneja el art. 148.3, es un concepto normativo, definido con carácter general de acuerdo con un criterio material en el art. 25 del C.P., sin que sea necesario que se haya declarado previamente la incapacidad en la

jurisdicción civil para la aplicación de este tipo agravado; siendo suficiente que el juez considere que la persona no es capaz de gobernar su persona o bienes por sí misma (art. 200 C.C.)”.

III. ADMISIÓN COMO PRUEBA DE CARGO DE LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

III.1. Tratamiento normativo

El artículo 13 de la CDPD impone a los Estados partes la obligación de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a la justicia en condiciones de igualdad en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Las prescripciones que el artículo 13 de la Convención establece en relación con la participación de personas con discapacidad en el procedimiento penal en calidad de víctimas o testigos han quedado incorporadas al derecho interno español a través de las siguientes Leyes:

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante Estatuto de la Víctima del Delito):

Artículo 11: Participación activa en el proceso penal

“Toda víctima tiene derecho:

a) A ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir.

b) A comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos”.

RD de 14 de septiembre por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante Ley de Enjuiciamiento Criminal):

Artículo 410:

“Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”.

Artículo 417:

“No podrán ser obligados a declarar:(...)”

3º. Los incapacitados física o moralmente”

III.2. Aplicación jurisprudencial

La jurisprudencia de los órganos judiciales del orden penal parte de la regla general de la admisibilidad de la declaración de personas con discapacidad como prueba de cargo, incluso como prueba de cargo exclusiva y esencial para enervar la presunción de inocencia y fundar una sentencia de condena.

En tal sentido, la **STS (2ª) 422/2016, de 18 de mayo**, ECLI:ES:TS:2016:2150, analiza de forma genérica la validez del testimonio de personas con discapacidad en el proceso penal, recogiendo la doctrina establecida a lo largo de los años por la propia Sala, y expone:

Particular importancia tiene en la presente causa la habilidad del testimonio de incapaces para enervar el derecho constitucional en el que se fundamenta la impugnación. En el derecho penal procesal, a diferencia del proceso civil, el testimonio de un incapaz no aparece rebajado en su capacidad probatoria bajo una incapacidad natural para declarar (art. 1246 Cc) y ello porque, el niño, el demente, el imbecil, etc, ven, perciben y pueden narrar los hechos que han presenciado. Cuestión distinta será la forma en que debe de realizarse el interrogatorio, qué expresiones deben emplearse para obtener de su testimonio la mayor eficacia acreditativa de los hechos enjuiciados.

Nuestra jurisprudencia ha declarado, por todas STS 6.4.92 que “Como norma general dentro del Derecho procesal, testigo es toda persona física dotada de capacidad de percepción y dar razón de tal percepción. Es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra hechos y no formula valoraciones sobre ellos. De ahí que sea preciso que como primera nota para la atendibilidad de tal prueba sea necesaria una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal civil capacidad natural. Así, la normativa civil en cuanto establece (Art. 1246.3º del Código civil) tal incapacidad natural por razón de edad en el límite inferior a los catorce años ha sido justamente criticada por la más reciente y autorizada doctrina científica española, estimando con razón que este límite de edad no puede considerarse significativo en orden a que quien declare tenga capacidad para transmitir sus percepciones, añadién-

dose que “capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de catorce años y no serlo algunos mayores de esa edad”.

En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: a) No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo. (El art. 417.3º de la Ley de Enjuiciamiento criminal se limita a enunciar que “no podrán ser obligados a declarar como testigos”, lo que es algo distinto). b) El artículo 433 de la misma Ley distingue entre el interrogatorio de un impúber, con terminología absolutamente obsoleta pero significativa, al igual que el artículo 442 de la misma establece un régimen significativo de diferencia con respecto al artículo 658 de la Ley de Enjuiciamiento civil. c) Finalmente, la singular naturaleza de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal -también por lo general y excepto determinados tipos delictivos- basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del tribunal de instancia en base a la inmediación sin que quepa -se insiste- a este tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba”.

En el proceso penal, el testigo se limita a participar al tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo pueda realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y acreditación de unos hechos en función de que lo que haya visto y presenciado lo comunique al tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo.

En el mismo sentido la **SAP Madrid (3ª) 39/2016, de 16 de enero**, ECLI:ES:APM:2016:108 condena por delito continuado de abusos sexuales cometidos sobre una menor que presenta un trastorno del desarrollo por cromosomopatía autosómica de etiología congénita, con un grado de minusvalía del 48%, que fue sometida por el condenado a prácticas sexuales inconscientemente y reiteradas, que incluyen la penetración vaginal y anal.

La sentencia condena sobre la exclusiva base de la declaración de la víctima y afirma:

La valoración de la declaración de Filomena debe realizarse necesariamente desde la perspectiva de la discapacidad que padece, Trastorno del Desa-

rrollo por Cromosomopatía Autosómica de etiología congénita con un grado de minusvalía del 48%. Así se recoge especialmente en el informe de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual UAVDI en cuyas conclusiones se hace constar que para realizar la valoración del testimonio de Filomena es necesario hacerlo teniendo en cuenta las limitaciones que presenta en diferentes competencias cognitivas como son su memoria episódica, memoria semántica, sus limitaciones en el razonamiento y su conocimiento acerca de la sexualidad, teniendo en cuenta también las características de los hechos que se están evaluando, presuntamente ocurridos en varias ocasiones y en un periodo largo del tiempo lo que debe ser tenido en cuenta en este tipo de valoraciones. Se hace constar en el mismo que teniendo en cuenta estos factores fundamentales relativos a sus limitaciones objetivas consideramos que las características y estructura del testimonio de Filomena son compatibles con una narración realizada desde la recuperación de la memoria episódica, sobre todo en aquellos detalles significativos para la propia Filomena, juguetes, y detalles contextuales extraordinarios en los que se diferencian unos episodios de otros. A lo largo del citado informe se reseñan elementos que aumentan la probabilidad acerca de la credibilidad del relato ofrecido por la antes citada tales como las verbalizaciones de temática sexual así como los detalles contextuales del mismo, que no son explicables de otra manera a que no hayan estado presentes como objetos en su realidad, la consistencia de la declaración con respecto a las otras declaraciones en comisaría y juzgado, la inclusión, durante todo el testimonio de manera espontánea de una buena cantidad de detalles, su testimonio cuenta con detalles específicos suficientes que alejan el testimonio de una estructura formal más perteneciente a un relato aprendido, la inclusión espontánea de conversaciones en el testimonio de Filomena sugiere que son acontecimientos que ella ha vivido y no ha inventado y que los niveles de miedo y culpa que muestra son compatibles con emociones clásicamente otorgadas a víctimas de delitos sexuales, la actividad emocional sugiere que la recuperación de estos recuerdos es dolorosa para ella haciendo de su relato un testimonio congruente con la realidad.

La SAP Barcelona (10^a) 251/2016, de 15 de marzo, ECLI:ES:APB:2016:3777 resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 14 de Barcelona, que condenaba a un individuo por dos delitos de abuso sexual, cometidos sobre una mujer que presentaba un grado de discapacidad del 88% derivado de una parálisis cerebral. La condena se funda de manera principal sobre la declaración de la víctima y la representación procesal del condenado argumenta, como fundamento del recurso, la insuficiencia de dicha prueba “*toda vez que la sentencia no analiza expresamente su ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su testimonio y la persistencia en la incriminación*”.

La Audiencia afirma:

“No compartimos dicha afirmación, existe una valoración concreta de la aptitud de este testimonio para operar como elemento probatorio de cargo y si bien es cierto que se resalta su desorganización en su emisión, dadas las características de la víctima, ello no impide que se pueda extraer un relato de hechos suficiente. Declaración que no se efectúa de forma aislada, sino a la vista del informe pericial psicológico y que conjuntamente ponderados, permiten concluir que no existe un solo indicio que permita concluir que la víctima se inventó el relato de hechos. No se identifica animadversión, el relato es disperso pero coherente, es creíble y la testigo no tiene suficiente capacidad para elaborar un relato de hechos que no hayan ocurrido, esto para inventarse el abuso objeto de enjuiciamiento. En palabras del informe - folio 68 vuelto- la víctima no puede efectuar relatos complejos si no ha vivido la experiencia-“.

En este mismo sentido la STS (2ª) 872/2003, de 13 de junio, ECLI:ES:TS:2003:4099; el ATS (2ª) 636/2006, de 28 de febrero, ECLI:ES:TS:2006:1225ª; ATS (2ª) 786/2017, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2017:5489A; ATS (2ª) 1610/2014, de 18 de septiembre, ECLI:ES:TS:2014:9306A; SAP Cáceres (2ª) 415/2010, de 27 de diciembre, ECLI:ES:APCC:2010:1019; SAP Lleida (1ª) 89/2018, de 2 de marzo, ECLI:ES:APL:2018:321; SAP Ciudad Real (1ª) 202/2017, de 22 de diciembre, ECLI:ES:APCR:2017:1331; SAP Ciudad Real (1ª) 9/2012, de 27 de marzo, ECLI:ES:APCR:2012:308; SAP Guadalajara (1ª) 68/2017, de 12 de septiembre, ECLI:ES:APGU:2017:269; SAP Madrid (2ª) 204/2018, de 20 de marzo, ECLI:ES:APM:2018:4778; SAP Madrid (16ª) 724/2015, de 29 de octubre, ECLI:ES:APM:2015:14940; SAP Madrid (15ª) 723/2015, de 20 de octubre, ECLI:ES:APM:2015:14923; SAP Madrid (23ª) 750/2017, de 27 de diciembre, ECLI:ES:APM:2017:17536; SAP Asturias (2ª) 390/2017, de 9 de octubre, ECLI:ES:APO:2017:3522; SAP Pontevedra (2ª) 370/2012, de 14 de diciembre, ECLI:ES:APPO:2012:3301

En cualquier caso, la valoración de la declaración de la víctima es cuestión que debe ser examinada caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes.

En tal sentido, **la STS (2ª) 815/2013, de 5 de noviembre**, ECLI:ES:TS:2013:5437 lleva a cabo un exhaustivo análisis de los requisitos exigidos para que la declaración de una persona pueda constituir una base sólida y suficiente para enervar la presunción de inocencia y fundar una sentencia de condena, para concluir que en el caso analizado la sola declaración de la víctima, una mujer con discapacidad auditiva e intelectual, no reúne tales requisitos.

La Sala, tras analizar con detalle las diversas declaraciones prestadas por la víctima a lo largo del procedimiento penal, llega a la conclusión de que su versión de los hechos “carece de la mínima persistencia, presenta contradicciones muy relevantes y cuya inconsistencia e imprecisión la hace inhábil para poder desvirtuar por sí misma el derecho constitucional a la presunción de inocencia”.

En relación con la posible incidencia de la discapacidad que presenta (trastorno mental orgánico producido por una hipoacusia media y un retraso mental ligero) en la calidad y verosimilitud de sus declaraciones, la Sala argumenta:

El Tribunal sentenciador estima que estas contradicciones pueden deberse a la propia debilidad mental de la joven y a sus dificultades de comunicación por la sordera que padece, por lo que no descarta su veracidad y opta por considerar probado lo que constituye el mínimo común a todas las declaraciones, es decir que la joven mantuvo al menos alguna relación sexual con el acusado.

Pero esta conclusión no puede ser admitida desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva no puede partirse de que la acusación es cierta, el acusado culpable y las contradicciones del único testigo de cargo deben salvarse o explicarse a toda costa, sino que es necesario desvirtuar la inocencia con una declaración firme, consistente y sin fisuras. Es cierto que dicha consistencia es más difícil con personas que padecen una deficiencia física o mental, pero en tal caso es necesaria la concurrencia de otras pruebas que avalen dicha declaración, que en sí misma y por su procedencia suele ser poco consistente, o al menos deben concurrir elementos objetivos de corroboración que compensen el escaso poder de convicción de la declaración de la incapaz.

La falta de persistencia de la acusación y la concurrencia de graves contradicciones en la declaración de la presunta víctima, que proporciona versiones de los hechos imprecisas y vacilantes, con cambios sustanciales que alteran profundamente el relato, no puede resolverse, contra reo, declarando probado algunos de los elementos de la narración por el simple hecho de que, como mínimo común denominador, se encuentren presentes en todas las versiones, pues es éste elemento común el que queda debilitado y desvirtuado por la inconsistencia de los elementos circunstanciales que contextualizan la supuesta acción delictiva y que cambian en cada una de las versiones de los hechos que va proporcionando la supuesta víctima. El derecho constitucional a la presunción de inocencia no puede quedar desvirtuado por una prueba tan débil.

Desde la perspectiva de la credibilidad subjetiva nos encontramos con el mismo problema.

En primer lugar las deficiencias síquicas y físicas de la joven debilitan sustancialmente la validez de su declaración. Ha de recordarse que esta declaración ni siquiera puede ser calificada, en sentido propio, de testimonio de cargo, pues la incapacidad mental de la joven impide la prestación de juramento y la exigencia de decir verdad bajo la intimación de la posible comisión de un delito de falso testimonio, ya que si no se considera a la joven capacitada para consentir relaciones íntimas voluntarias tampoco puede ser penalmente responsable. Se trata, más bien, de una exploración, y no de un testimonio.

Y en segundo lugar, la concurrencia de una limitación física que dificulta gravemente la comunicación con la declarante, la sordera, y de una limitación síquica, que dificulta su comprensión de lo que se le pregunta y de los propios hechos que narra, la debilidad mental, debilita sustancialmente la fuerza probatoria de la declaración. El propio Tribunal sentenciador manifiesta en su sentencia que la joven solo responde mediante monosílabos, gestos o signos, a preguntas concretas, en algunas de las cuales se introducen elementos de difícil comprensión para ella, y destaca la facilidad de influir sobre su testimonio, considerando que sus respuestas pueden depender del modo en que se le hagan las preguntas.

Es cierto que el Tribunal destaca estas limitaciones del testimonio de la joven para restar importancia a sus contradicciones. Pero desde la perspectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que ahora se nos plantea, es claro que estas evidentes limitaciones reducen muy sustancialmente la credibilidad subjetiva de su declaración.

En el mismo sentido la **SAP Girona (4ª) 157/2015, de 19 de marzo**, ECLI:ES:APGI:2015:211 estima que la declaración de una mujer con un grado de discapacidad intelectual del 68%, que denunciaba ser víctima de un delito de agresión sexual con penetración, no cumple las exigencias necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia.

La Sala, tras recoger los criterios jurisprudenciales sobre este particular, señala que:

En este caso, cuando la sola declaración de la víctima debería ser la que soporte la totalidad de la carga inculpativa, creemos que hemos de ser exigentes con la persistencia inculpativa, de suerte y manera que la catalogada incapacidad de la víctima no cubra los defectos del relato. Por ello, el que la víctima tenga una menor capacidad discursiva por su acreditada minusvalía, no puede afectar al derecho del acusado a que la prueba

con la que se pretenda su condena sea suficiente y bastante, conforme a los estándares mínimos con que se bate normalmente la presunción de inocencia, y no una prueba recortada a conveniencia de la víctima.

La **SAP Madrid (4ª) 282/2016, de 26 de julio**, ECLI:ES:APM:2016:10109, parte de los postulados de la STS 518/2013 (que cita expresamente) pero termina dictando sentencia de condena por un delito de abuso sexual con acceso carnal sobre la base de la declaración de la víctima, una mujer que presenta un deterioro cognitivo en grado leve-moderado, derivado de un proceso patológico de etiología infecciosa padecido a corta edad. La audiencia funda su condena en la credibilidad de la versión ofrecida por la víctima, y la corroboración periférica de la misma que ofrecen dos peritos en el plenario. Ahora bien, pese a que lo denunciado eran contactos sexuales in consentidos a lo largo de un dilatado periodo de tiempo, la sentencia condena por un solo delito de abuso sexual y descarta la continuidad delictiva argumentando que:

tal testimonio no permite conocer el contexto y momento en que se producen cada uno de los posibles encuentros sexuales con el acusado, con excepción del último que más adelante se analizará, aunque sí puede declararse probado que ha existido previamente una pluralidad de relaciones sexuales, no puede establecerse si éstas tienen o no lugar antes del año 2012 y la situación de Inmaculada en cuanto a sus capacidades intelectivas y volitivas en el momento concreto.

En relación con **las periciales psicológicas llamadas a corroborar de manera periférica la declaración de víctimas con discapacidad**, nuestros tribunales vienen aplicando las reglas de valoración de la prueba construidas en torno a las periciales emitidas en relación con menores de edad.

Un buen ejemplo lo encontramos en la **SAP Santa Cruz de Tenerife (5ª) 486/2016, de 20 de diciembre**, ECLI:ES:APTF:2016:2754 que resume la postura generalmente mantenida por nuestros tribunales en esta materia, aplicándola a un supuesto de abuso sexual cometido sobre una mujer con discapacidad intelectual. Afirma la sentencia:

“En esta línea, debe traerse a colación la doctrina establecida en la STS 950/2009, de 15 de octubre, en la que se indica que “Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque si podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la

declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).”, añadiendo que “En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.”, concluyendo por ello que “Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002), pero a “sensu contrario” si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.”. Finalmente, en la STS 711/2016, de 21 de septiembre se señala que “Este tipo de pruebas, como pericias que son, consisten en la emisión de pareceres técnicos por parte de quienes tienen una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos a través de la exploración de la menor y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Dado su objeto, constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde, pero no suplen la misma y carecen de efecto corroborador, salvo que constaten la presencia de una sintomatología sugerente de la realidad del hecho objeto de prueba”.

IV. ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO PARA LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN JUICIO Y DEMÁS DILIGENCIAS JUDICIALES EN CALIDAD DE VÍCTIMA Y/O TESTIGO

IV.1. Tratamiento normativo

El artículo 13 de la CDPD impone a los Estados partes la obligación de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a la justicia en condiciones de igualdad, mediante la adopción de los ajustes de procedimiento necesarios para facilitar la participación efectiva de dichas personas, directa o indirecta, incluida la declaración como testigos, en todos

los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Las prescripciones que el artículo 13 de la Convención establece en relación con la participación de personas con discapacidad en el procedimiento penal en calidad de víctimas o testigos han quedado incorporadas al derecho interno español a través de las siguientes leyes:

Estatuto de la Víctima del Delito:

Artículo 4: Derecho a entender y ser entendida.

Toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia.

A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

b) Se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) La víctima podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Artículo 9: Derecho a la traducción e interpretación.

1. Toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate tendrá derecho:

a) A ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda cuando se le reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía, o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral.

Este derecho será también aplicable a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral. (...)

Artículo 23: Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.

1. La determinación de qué medidas de protección, reguladas en los artículos siguientes, deben ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que, de otro modo, pudieran derivar del proceso, se realizará tras una valoración de sus circunstancias particulares. (...)

2. Esta valoración tendrá especialmente en consideración:

a) Las características personales de la víctima y en particular:

1.º Si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito.

2.º Si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad. (...)

Artículo 24: Competencia y procedimiento de evaluación.

(..) 3. En el caso de las víctimas que sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, su evaluación tomará en consideración sus opiniones e intereses. (...)

Artículo 26: Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares. (...)

Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Artículo 433, en la redacción dada al mismo por la Disposición Final 1.11 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

(...) Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

Artículo 448, en la redacción dada al mismo por la Disposición Final 1.12 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Artículo 707, en la redacción dada al mismo por la Disposición Final 1.19 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyendo la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

IV.2. Aplicación jurisprudencial

La regla seguida por nuestros Tribunales con carácter general es la aceptación de la validez y fuerza probatoria plena de la declaración prestada durante la fase de instrucción, con las garantías y condiciones exigidas para la denominada prueba preconstituida, recogidos en la STC, Pleno, 53/2013, de 28 de febrero de 2013.

La STS (2ª) 478/2017, de 27 de junio, ECLI:ES:TS:2017:2578 analiza un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en que se condenaba a un individuo por un delito de abusos sexuales cometido sobre un menor de edad, y otro delito continuado de agresión sexual cometido sobre un menor de edad que presentaba una perturbación de déficit de atención con hiperactividad, síndrome de Touret, autismo en un 38% y trastorno mixto de perso-

nalidad. Uno de los argumentos principales esgrimidos por la parte recurrente es la indefensión del acusado derivada de la negativa de la Audiencia Provincial a que los menores víctimas de los delitos enjuiciados declarasen directamente en el acto del plenario.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de la Víctima, la STS argumenta:

Esta Sala, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, tiene declarado (STS 366/2016 de 28 de abril) que solo son válidas, a los efectos de enervar la presunción de inocencia, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, pero admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. En particular, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de los siguientes aspectos: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral.

De ahí que la cuestión estriba en la necesidad de valorar si concurre causa legítima que desaconseje la intervención del menor víctima de un delito en el juicio oral, y, en consecuencia, que, exceptuando la regla general, permita atribuir validez, como prueba de cargo preconstituida, a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías. Y, en segundo lugar, cuáles son los supuestos y los requisitos exigibles para prescindir de dicha declaración (STS 22-7-2016).

En el caso examinado expresamente el examen psicológico de ambos menores indicaba la improcedencia de someter al interrogatorio del juicio oral a los mismos, señalando la conveniencia de atender a la grabación de sus manifestaciones efectuada en el Juzgado.

Esta misma línea interpretativa acoge la **SAP Lleida 89/2018, de 2 de marzo de 2018**, ECLI:ES:APL:2018:321 en un caso seguido por delito de abuso sexual. La víctima presentaba una discapacidad intelectual del 65%

que le dificultaba entender el significado y el alcance de los contactos sexuales, haciéndole vulnerable a situaciones de manipulación. Durante la fase de instrucción se recibe declaración a la víctima a través de dos especialistas, que se entrevistan con ella en una sala separada (cámara Gesell). La declaración es presenciada desde la sala contigua por el juez de instrucción, el representante del Ministerio Fiscal, la letrada de la administración de justicia, y la letrada del imputado, a la que se permite formular las preguntas que estima convenientes a través de los técnicos especialistas que se encontraban con la víctima. Toda la diligencia se graba por medios audiovisuales. Durante la fase de juicio oral la declaración de la víctima se sustituye por reproducción de la grabación audiovisual de la declaración llevada a cabo durante la fase de instrucción, con el fin de evitar que la víctima tenga que enfrentarse de nuevo al tribunal y prestar una segunda declaración, con el riesgo de victimización secundaria que ello supone.

La Sala admite la plena validez probatoria de cargo de la declaración así reproducida argumentando:

La admisión de las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías ha sido admitida como prueba preconstituida en diversas resoluciones (STS 775/2015, de 19 de enero de 2016, y las que en ella se citan entre otras) cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica, aunque en estos casos debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción siempre y cuando en su desarrollo se hubiera preservado el derecho de la defensa a la hora de formular, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones se estimen necesarias, como así ocurrió en el presente caso.

Asimismo, la STC 57/2013, de 11 de marzo, cuando se trate de menores de edad (o de personas necesitadas de especial protección por su discapacidad) que hubieran sido víctimas de delitos sexuales, admite la posibilidad de modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral, siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado. Esta excepción obedece a la necesidad de proteger los intereses de la víctima puesto que “frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como “una auténtica ordalía”; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento”. De este modo, sigue diciendo aquella resolución, el centro de atención del debate jurídico recae sobre las garantías que han de rodear la

exploración y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. Por lo tanto, todo ello supone la necesidad de conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, lo que a su vez permite llevar a cabo la contradicción. (...)

La prueba básica y esencial sobre la que se articula el relato fáctico de la presente resolución, y a través de la cual se vertebran el resto de las otras pruebas de cargo, viene conformada por la declaración inculpativa de la víctima () que ha merecido a juicio de la Sala plena y absoluta credibilidad tanto por lo que dijo como por el modo en que lo hizo en el curso de la exploración llevada a cabo a través de la prueba preconstituida que tuvo lugar el () y, en especial, tras el visionado en el acto de juicio oral de su contenido íntegro. De este pudo comprobarse que la diligencia de exploración se llevó a cabo en las dependencias del Equip Tecnic d'Assessorament a la Victima (EATAV), dotadas de dos salas contiguas, separadas por una pared con un espejo de visión unidireccional desde la que se permitía la visión de la sala en la que se encontraba la víctima y los dos técnicos encargados de la diligencia, mientras que en la otra sala se encontraba la Juez de Instrucción, el fiscal y la letrada del imputado, así como el letrado de la administración de justicia que extendió la correspondiente acta obrante en el folio ().

En el mismo sentido **la SAP Madrid (3ª) 39/2016, de 26 de enero, ECLI:ES:APM:2016:108**, admite como válida la prueba de cargo consistente en la reproducción en juicio oral de la declaración de una víctima discapacitada llevada a cabo durante la fase de instrucción, con las condiciones y requisitos exigidos para la preconstitución probatoria, practicada con la asistencia directa de dos psicólogos, y por medio de éstos, y la intervención y participación de todas las partes, siendo posteriormente visionada en el plenario. Argumenta la sentencia:

...cuando la víctima es menor de edad, en este caso también discapacitada, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada, siempre que estas cautelas sean compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en STS 19/ 2013 de 9 de enero, 598/15 de 14 de octubre, y 735/15 de 26 de noviembre. Atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los derechos del niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia acogen estas necesidades (arts. 433, 448, 455, 707, 730, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley 4/ 95 del Estatuto de la víctima del delito).

En la **SAP Barcelona (10ª) 251/2016**, de 15 de marzo, **ECLI:ES:APB:2016:3777** se confirma la validez como prueba de cargo de la declaración de la víctima prestada en sede policial, y que no pudo ser ratificada a presencia judicial como consecuencia de la discapacidad del 88% que presentaba, al haber sufrido una parálisis cerebral. Se argumenta en la sentencia:

...su declaración no puede equipararse a la de un testigo que esté en plenas facultades, sino que debe ser valorado en su contexto. Por ello la declaración prestada en comisaría no ha podido ser objeto de ratificación ni en el acto del juicio oral, al que no concurrió la víctima, ni tampoco lo fue en la declaración celebrada, como prueba preconstituída el día 6 de octubre de 2014.

Respecto de dicha prueba su validez, hoy día, es indiscutible a la vista del redactado del artículo 707 Lecrim, que viene a recoger la validez de medidas extraordinarias en la declaración de menores y discapacitados, especialmente en los delitos contra la libertad sexual, en los que aparecen como víctimas.

Dicho precepto viene a recoger aquello que ya había admitido la STS 940/2013 de 13 de diciembre, que vino a dar carta de naturaleza en nuestro proceso penal la posibilidad de la no comparecencia del menor o del discapacitado al acto del juicio oral, que se sustituye por prueba preconstituída practicada a través de expertos, recogiendo lo dicho en la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En consecuencia, la declaración de la víctima, efectuada a través de psicólogos y expertos, tiene pleno valor probatorio, sobre todo cuando estuvo presente el Letrado que defendía los intereses del recurrente, en ese momento y en dicho acto, según consta al folio 54 de las actuaciones, sin que el cambio de defensa posterior pueda suponer un retroceso en el procedimiento y anular las pruebas preconstituídas válidamente desarrolladas. En esta diligencia estuvo presente quien era entonces el letrado del hoy recurrente, y por ello la prueba ha quedado sujeta a la necesaria contradicción. Su valoración conjunta con el informe psicológico, es perfectamente ajustado a las previsiones del artículo 707 Lecrim citado y por tanto no vulnera derecho constitucional alguno.

La **SAP Asturias (2ª) 360/2017, de 9 de octubre**, **ECLI:ES:APO:2017:3522** condena por delito continuado agravado de abuso sexual cometido por un padre sobre su hija discapacitada. En el acto de juicio, la víctima se ratificó en la declaración que había prestado ante el Juzgado

de Instrucción, grabada en soporte audiovisual y practicada con observancia de las previsiones contenidas en el art. 433 de la LECrim (prueba preconstituida), con intervención de un experto y del Ministerio Fiscal, así como los letrados de la acusación particular y de la defensa, que formularon las preguntas a través del psicólogo. El Ministerio Fiscal y los letrados de las partes optaron por no someter a la víctima a nuevos interrogatorios en profundidad durante el plenario con el fin de no causarle mayores perjuicios emocionales, a la vista de las recomendaciones y dictámenes emitidos por los especialistas sobre el daño psicológico que un nuevo interrogatorio podría llegar a causarle, además de las dificultades que presentaba para expresar y narrar lo sucedido. Durante la entrevista con los profesionales, éstos se sirvieron de notas que la víctima escribía para poder expresar sus respuestas, notas que fueron reconocidas por ella durante la fase de plenario.

SAP Tarragona (2ª) 406/2014, de 13 de octubre, ECLI:ES:APT:2014:1186, sobre la base del informe elaborado por el equipo técnico de atención a la víctima (ETAV) y a petición del Ministerio Fiscal, se acordaron las siguientes medidas específicas de protección de la víctima – mujer que presenta una discapacidad del 68% como consecuencia de debilidad mental y retraso psicomotor asociado a sordera severa -: a) evitar la confrontación visual mediante la colocación de un biombo; b) que el técnico de atención a la víctima pueda estar presente en la declaración, dando soporte a la misma; c) que se altere el orden del cuadro probatorio de los testigos en el sentido de que declare como testigo previamente el hermano de la víctima, y así pueda estar presente en la declaración de su hermana.

SAP Santa Cruz de Tenerife (5ª) 486/2016, de 20 de diciembre, ECLI:ES:APTF:2016:2754, declaración de la víctima celebrada a puerta cerrada, y con un biombo a fin de evitar la confrontación visual con el acusado. Partiendo de la regulación contenida en el Estatuto de la Víctima del Delito y en los artículos 681 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la sentencia razona:

Sentado lo anterior, resulta evidente que en este caso, a petición del Ministerio Fiscal y de la acusación particular (si bien, nada hubiera obstado a que el propio tribunal hubiese actuado de oficio sobre este particular), y previa audiencia de las partes y posterior deliberación, este Tribunal acordó que, como excepción a la plena publicidad mediante audiencia pública de la práctica del resto de las pruebas y de las distintas fases del plenario, únicamente la declaración de la víctima, doña (), se practicara a puerta cerrada, con la presencia del Ministerio Fiscal, el procesado, la acusación particular y la defensa. Tal decisión se fundamentó, en primer lugar, en la propia naturaleza de los hechos enjuiciados (un presunto abuso sexual), materia siempre afec-

tante, en cuanto a la víctima, a la dignidad de la persona y a lo más esencial del derecho a la intimidad y a la propia imagen, siendo así que, ya solo por este motivo, se ha estimado en general justificada la adopción de tal medida cuando se trata de delitos contra la indemnidad sexual. No obstante, también se tuvo en cuenta las propias circunstancias personales de la víctima pues, si bien contaba con 25 años en el momento de la celebración del juicio oral, padece una discapacidad psíquica consistente en un retraso mental leve -borderline- que determina que su edad mental -esto es, la real- sea de tan solo entre once o doce años. Se trata pues, como se señaló en el plenario por la perito doña (), de una persona que, pese a su edad adulta física, razona y actúa con la mentalidad de una preadolescente (más adelante, al analizar la prueba practicada, se profundizará sobre esta cuestión), siendo lo cierto que este es un dato que no puede ser obviado a la hora de resolver sobre este particular, apareciendo así la misma como una persona susceptible de una especial protección, debiéndose evitar así, dado su retraso mental y su edad mental real, que no física, la más que previsible afectación que le produciría el declarar en una sala ante un tribunal, en presencia del Ministerio Fiscal, de los letrados de las partes y del propio acusado (finalmente, se autorizó también la presencia de la madre junto a la hija, lógicamente sin intervención alguna de la misma durante la declaración, a fin de otorgarle una cierta tranquilidad a la víctima dada el primer intento fallido de que prestase declaración sola); todos ellos, excepción de este último, personas extrañas ante las que debía relatar un suceso tan íntimo y violento para la misma, buscándose así minimizar el impacto que tal situación, sin duda, podía provocar en la misma (de hecho, su posterior declaración, dado su contenido y la reacción de la misma, justificó aún más la adopción de estas medidas), así como evitar, en la medida de lo posible, la difusión a terceros de datos personales y detalles de los hechos que pudieran, a la postre, facilitar su identificación, con una trascendencia pública innecesaria que pudiera afectar a su dignidad y formación, buscando tales medidas preservar su derecho a la intimidad, así como evitar la confrontación visual, sin duda violenta, con el acusado. Todo lo anterior justificaba sobradamente la adopción del acuerdo ya referido, sin que por la defensa, más allá de argumentar que por las acusaciones no se había fundamentado su petición (lo cual carece de sentido desde el mismo momento en el que las circunstancias concurrentes eran objetivamente conocidas por todas las partes y por el tribunal, el cual, se insiste, aun no habiéndose solicitado, podía de oficio acordar en el sentido en el que lo hizo), se expusiera razón alguna que exigiese, obviando todo lo ya dicho, que la declaración de la perjudicada se efectuase en audiencia pública y sin biombo pues nada se expuso en cuanto a que lo contrario pudiese afectar a su derecho de defensa ni a su derecho a un proceso con todas las garantías.

Especial mención merecen en este apartado las experiencias de “lectura fácil”, que comenzaron a aplicarse en el Principado de Asturias

a raíz de un proyecto piloto desarrollado por el Decano de los Juzgados de Oviedo, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y la entidad Plena Inclusión Asturias. Los resultados de este proyecto piloto fueron aprobados por la Comisión Permanente del CGPJ, que, en su reunión de 3 de julio de 2017, acordó admitir la validez de las traducciones a lectura fácil de determinadas resoluciones judiciales, entendiendo que el documento adaptado a lectura fácil *“no sustituye ni complementa la sentencia, ni modifica su contenido, como tampoco supone la aclaración de la misma en los términos establecidos en el artículo 267.1 LOPJ y 214 LECiv, debiendo limitarse a ser un documento con estricta finalidad informativa”*. Añade la Comisión Permanente en su acuerdo que la traducción o adaptación de la resolución judicial a lectura fácil *“deben considerarse como complementarias de la obligación de redactar las resoluciones judiciales en sí mismas en términos claros, simples y comprensibles, que respondan a las necesidades de las personas discapacitadas y les faciliten la comprensión de su objeto y significado”*.

El 18 de octubre de 2018 fue suscrito Convenio Marco de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y la Confederación Plena Inclusión España con el fin de fijar las bases que permitan la extensión del proyecto de lectura fácil a todo el territorio español, de suerte que todas las resoluciones judiciales que afecten a personas con discapacidad intelectual puedan llegar a tener, en su día, ajuste o adaptación. El objetivo del Convenio, de acuerdo con su cláusula primera es *“realizar acciones tendentes a que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo o personas con dificultades de comprensión puedan conocer el contenido de las resoluciones judiciales que les afectan”*, teniendo los textos adaptados en todo caso un valor meramente informativo, nunca jurídico.

Ejemplo de esta experiencia en el orden penal lo encontramos en la **SAP Madrid (16^a) 517/2018, de 9 de julio**, ÉCLI: ES:APM:2018:10498, que, en un caso de estafa continuada sobre una persona que tiene reconocida una discapacidad del 42% por inteligencia límite y trastorno de la personalidad asociado, acuerda expresamente:

Librese comunicación a la Fundación A la Par, con testimonio de la presente sentencia, a fin de que se lleve a cabo una versión de la misma en modalidad “lectura fácil”, para su posterior notificación al perjudicado (.).

Durante el acto del juicio el tribunal designó además a una persona experta para que acompañase al perjudicado discapacitado durante la vista y le explicase lo que allí estaba sucediendo, ajuste que revistió especial trascendencia en el caso examinado habida cuenta que finalizó con sentencia de conformidad.

V. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FRENTE A LA EXPLOTACIÓN, LA VIOLENCIA Y EL ABUSO: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN FRENTE A ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

V.1. Tratamiento normativo

El artículo 16 de la CDPD exige a los Estados la adopción de las medidas necesarias para proteger a las personas con discapacidad de todas las formas de explotación, violencia y abuso.

Código Penal español:

Son numerosos los preceptos del Código Penal que agravan los tipos básicos de aquellos delitos que castigan conductas de explotación, violencia o abuso para el caso de que la víctima sea una persona con discapacidad. Así sucede con los delitos de homicidio y asesinato (artículo 140.1.1^a), el delito de lesiones (artículo 148.1.3^a), los delitos de malos tratos en el ámbito familiar, en que se extiende el ámbito de posibles víctimas a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivieran con el autor (artículos 153.1 y 173.2), el delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis.4.b), los delitos de agresión sexual (artículo 180.1.3^o) y los delitos de abuso sexual (artículo 181.5).

En otras ocasiones, es el mismo tipo básico el que se construye sobre la base de la discapacidad de la víctima, elevando así a la categoría de delito determinadas conductas de violencia o abuso en atención a la concurrencia de dicha condición en la víctima. Así sucede con el delito de prostitución de menores y discapacitados (artículo 188), los delitos relativos a la pornografía (artículo 189), los delitos relativos a la mendicidad (artículo 232) y los delitos de genocidio o lesa humanidad (artículo 607 y 607 bis)

V.2. Aplicación jurisprudencial

V.2.a) Subtipos agravados por razón de la discapacidad de la víctima:

Encontramos en la jurisprudencia de nuestros tribunales numerosos ejemplos de aplicación de estos subtipos agravados:

La SAP Santa Cruz de Tenerife (2^a) 212/2006, de 21 de abril, ECLI:ES:APTF:2006:850 condena por delito de asesinato, en lugar de hacerlo por delito de homicidio, apreciando la concurrencia de alevosía en atención a la discapacidad física severa de la víctima, argumentando:

Por último, no puede olvidarse que la muerte ocasionada viene acompañada de dos de las circunstancias de que habla el art. 139 del Código Penal, concretamente, la alevosía y el ensañamiento y que conducen necesariamente por la senda de la consideración de dichos hechos como delito de asesinato. En primer lugar, en cuanto a la alevosía, la mera narración fáctica lleva directamente hacia su apreciación, sin que quepa algún tipo de cuestionamiento al respecto, y de ahí que si la alevosía viene definida continuamente por la jurisprudencia como el aseguramiento de la muerte de un tercero, sin riesgo para su autor (STS de 27 de septiembre de 2001) o, en otras palabras, su consideración exige “que el delincuente haya elegido convenientemente los medios disponibles, representándose un modus operandi en el que quede totalmente suprimido cualquier riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, de tal forma que, para la estimación de la referida agravante, es menester apreciar, al lado de la antijuridicidad (elemento objetivo), el correspondiente plus de culpabilidad (elemento subjetivo)” como señala la STS de 30 de septiembre de 1999, no puede quedar duda alguna de que tal circunstancia está presente en los hechos que se juzgan en este procedimiento y, por tanto, debe estimarse la petición de las acusaciones en este sentido. La edad de la víctima, su endeble constitución física (lo dicen los médicos al referirse a minusvalía física importante e incapacidad absoluta, y lo reconocen los propios procesados que siempre han dicho que tenían que ayudarla en todo), empeorada por la situación en que vivía, y la imposibilidad de una mínima defensa en esas condiciones avalan la referida concurrencia de la citada alevosía en su particular apreciación del aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento en la forma en que ha sido modelada en innumerables ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La SAP Barcelona (9ª) 954/2016, de 12 de diciembre, ECLI:ES:APB:2016:10976 contempla, por su parte, un supuesto de agravación del delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.3 CP en atención a la discapacidad física de la víctima. Expone la sentencia:

Ni que decir tiene que la aplicación del citado subtipo agravado del art. 148.3 del C.Penal, se justifica por la mayor desvaloración que reciben las agresiones contra personas incapaces, no sólo por su mayor indefensión, sino también por las consecuencias psíquicas sobre las mismas. (...)

...el citado precepto contiene una agravación potestativa dejada al arbitrio judicial, y por ello necesitada de una cautelosa aplicación, en el sentido de no dar pie a una aplicación automática.

En realidad, los parámetros que pueden utilizarse para decidir si estamos o no ante la posibilidad de agravación de la conducta del agente están re-

señados en la propia ley y no son otros que el “resultado causado” o el “riesgo producido” (párrafo primero, inciso final, del art. 148 CP).

Pues bien, en el supuesto examinado, la tesis planteada por la defensa del recurrente no puede acogerse, dado que como se razona en la calendada sentencia y se recoge de forma expresa en el factum probatorio, lo cierto es que el acusado supo, tenía conocimiento de la discapacidad de la víctima, afecto, entre otros, de trastorno de coordinación y equilibrio y hemiparesia izquierda, con una calificación del grado de disminución del 77% y las palabras malsonantes proferidas antes de acometer al discapacitado le delatan, al denotar y connotar el conocimiento de esa realidad que fue aprovechada, al agarrar con fuerza de cuello y propinar un fuerte empujón a la víctima, haciéndola caer al suelo, causándole las heridas que se describen en el relato histórico de la sentencia y que fueron objetivadas por el informe facultativo de asistencia y por el dictamen médico forense, y, precisamente, en atención al resultado causado y al riesgo inherente a tal acción de acometimiento, ya lo fuere a título de dolo directo o de dolo eventual, se justifica la aplicación del subtipo agravado, por el mayor desvalor, por el incremento, el plus de la antijuricidad.

La **SAP A Coruña (2ª) 473/2016, de 29 de julio**, ECLI: ES:APC:2016:1948 recoge condenas por delitos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y tratos degradantes, cometidos sobre tres varones que presentaban discapacidad física y psíquica, de la que se aprovecharon los autores para la comisión de los delitos examinados.

Ahora bien, son los **delitos contra la libertad sexual** cometidos sobre personas con discapacidad intelectual los que mayor número de cuestiones han suscitado ante los tribunales, tanto por la cantidad de resoluciones dictadas en la materia como por la complejidad de las cuestiones examinadas. De ahí que esta categoría particular de ofensas criminales merezca una referencia asimismo especial y detallada en esta obra.

Son en concreto dos las cuestiones más frecuentemente examinadas por nuestros órganos judiciales penales en relación con los delitos de naturaleza sexual cometidos sobre personas con discapacidad: 1º) El papel que la discapacidad de la víctima juega a efectos de la calificación de conductas posiblemente atentatorias contra la libertad sexual; y 2º) Condiciones exigibles para la aplicación de los subtipos agravados de los delitos de agresión sexual y de abuso sexual, contemplados en el artículo 180.1, 3ª y en el apartado 5º del artículo 181 CP.

V.2.b) Incidencia de la discapacidad de la víctima en la calificación de conductas atentatorias contra la libertad sexual

En cuanto al **papel que la discapacidad de la víctima juega a efectos de la calificación** de conductas posiblemente atentatorias contra la libertad sexual, la **STS (2ª) 612/2015, de 2 de octubre**, ECLI:ES:TS:2015:4415 examina el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenaba a un individuo por delito de abuso sexual cometido sobre una mujer que tenía reconocida una discapacidad del 87%, con retraso mental leve, coeficiente intelectual de 65 y una edad mental situada entre los 10 y los 12 años. Como primer motivo de casación se alegaba la aplicación indebida de los artículos 181.1 y 2 y 74.1 del CP habida cuenta que las relaciones mantenidas por el acusado con la víctima fueron en todo momento consentidas por ambos, y ni del certificado de minusvalía del año 1991, ni de la sentencia de incapacitación se desprendía directamente que la víctima no pudiera tener auto-determinación sexual que le permitiese mantener una relación sentimental.

La Sala resuelve:

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 411/2014, de 26 de mayo, que no toda relación sexual con persona que sufre una debilidad mental es constitutiva de delito, ya que la ley penal no puede impedir a estas personas ejercer su sexualidad conminando a su pareja en todo caso con pena de prisión. Es una materia en la que confluyen diversos derechos fundamentales y en la que la prudencia se impone. Por ello el Legislador, con buen criterio, no considera delictiva toda relación sexual con personas que sufran trastorno mental (entre las que la doctrina jurisprudencial ha incluido la debilidad mental), sino exclusivamente los supuestos de abuso. Y para valorar este abuso ha de tomarse en consideración la naturaleza de la relación entre ambos, en concreto la diferencia de edad y condición, que es la que configura la relación sexual como manifiestamente abusiva.

Y ese abuso puede afirmarse en el presente caso dados los hechos que se declaran probados, en cuanto se describe que el acusado abusó del retraso mental de la víctima para mantener, durante un periodo superior a cinco meses, actos de contenido sexual, consistentes en tocamientos en el pecho y en el sexo, en una ocasión le introdujo el dedo en la vagina, reiteradamente el pene en la boca e intentó la penetración vaginal y anal sin conseguirlo.

La **SAP Santa Cruz de Tenerife (5ª) 486/2016, de 20 de diciembre**, ECLI:ES:APTF:2016:2754 examina de manera minuciosa un caso de abuso sexual con penetración cometido por un varón sobre una mujer con discapacidad psíquica consistente en retraso mental leve, con un CI de 80

y una edad mental de entre 11 y 12 años, retraso que era fácilmente apreciable para terceros. La sentencia aprecia la existencia de un delito de abusos sexuales con acceso carnal del artículo 181.1, 3 y 4 del CP, que el acusado cometió prevaleándose de su relación de superioridad respecto de la víctima, aprovechándose de su retraso mental y de la relación de pareja que mantenía con la madre de la víctima. La sentencia realiza una minuciosa y concentrada delimitación de los tipos penales de las agresiones y los abusos sexuales, razonando, en cuanto a la incidencia de la discapacidad intelectual de la víctima en la apreciación del delito de abusos sexuales:

Por su parte el artículo 181.2 del Código Penal en su redacción posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, establece que “A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare”, y el artículo 181.3 “La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”. Tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales este tipo penal es de aplicación cuando la víctima por razón de su estado patológico, transitorio o no, carece de la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de la autodeterminación sexual (STS 331/00, de 3 de marzo). Ahora bien, resulta también patente que la expresión “trastorno mental” que se emplea por la norma -quizás no demasiado afortunada- no reduce su ámbito de aplicación a la persona que padece genuinas enfermedades mentales, sino que debe ser interpretada en el sentido de que tienen cabida en la misma, todos aquellos supuestos en lo que las deficiencias psíquicas permitan deducir razonablemente que quien la padece se encuentra impedido de prestar un consentimiento consciente y libre a aquello que se le propone (STS 545/00, de 27 de marzo). Y en la sentencia 802/2000, de 16 de mayo, se indica que el trastorno mental debe entenderse como perturbación de facultades mentales que puede eliminar algunos de los elementos que caracterizan el consentimiento eficaz (STS 1484/2005, de 1 de diciembre). Si bien, desde el punto de vista de la tipicidad penal la existencia de un delito de abuso sexual, cuando se está ante personas que presentan un retraso mental, precisa no solo la objetiva constancia de dicho retraso, sino que será necesario comprobar que aquel se manifieste externamente de forma perceptible para el sujeto activo, especialmente cuando se trata de un profano, no siendo bastante para integrar el tipo el mero conocimiento del retraso, debiendo comprobarse que el agente abusó de dicho trastorno. Es decir no toda relación sexual habida como una persona que tiene un retraso mental conlleva la presunción de falta de consentimiento, sino solo aquella en la que cabe advertir un elemento de “abuso” (STS 344/05, de 18 de marzo; y 1308/05, de 30 de octubre). Por ello ha de ponerse el acento en la circunstancia de que

la persona retrasada mental tenga o no capacidad de autodeterminación en el ámbito de su sexualidad, sin duda para no colocar una barrera inhumana infranqueable respecto de estas personas al goce o satisfacción sexual. En definitiva, con una preocupación que responde a inquietudes sociales muy generalizadas, el legislador quiere buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas igualmente rechazables: que un enajenado jamás pueda tener relaciones sexuales con personas que gocen de una normal imputabilidad ya que, al hacerlo, se cometería un delito, por una parte, y, por otra, que cualquier persona puede impunemente aprovecharse de esta situación de anormalidad psíquica con olvido de la protección que tales personas merecen, precisamente para garantizar que su limitada esfera de libertad se pueda ejercer con profundo respeto a su personalidad dentro de su propia patología (STS 344/05, de 18 de marzo ; y 1308/05, de 30 de octubre).

En este punto, es de señalar que en el retraso o deficiencia mental se diferencian grados distintos, de los que se hace eco la Organización Mundial de la Salud al distinguir la subnormalidad mental ligera (cociente intelectual entre 50 y 70), moderada (entre 35 y 50), severa (de 20 a 35), y profunda (inferior al 20%). Por encima del 70% se sitúan inmediatamente los "borderline", es decir, las personas cuyo coeficiente intelectual se encuentra en la frontera de la normalidad, tratándose en general - como dice la Sentencia de 12 de marzo de 1999 - de individuos que adolecen de un cierto y relativo retraso, frecuentemente no más severo que la torpeza mental, pero de los que no puede predicarse como norma un déficit de inteligencia que les impida conocer y valorar sus actos y las repercusiones y consecuencias de éstos (STS 331/00, de 3 de marzo; y 1484/2005, de 1 de diciembre). Así, con relación a los supuestos de víctimas con retraso mental "leve" debe recordarse que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha descartado la apreciación de la ausencia de consentimiento en los supuestos de debilidad mental moderada o leve (SSTS 30/5/87, 9/2/93, 24/1/94, 28/3/94, 17/2/95), por estimar que en estos casos no se encuentra anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, no pudiendo hablarse de una pérdida o inhibición de las facultades cognoscitivas o volitivas en la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencias y trascendencia ética o social, siendo consciente de lo que implica el acto sexual con las limitaciones propias del déficit intelectual que padece, pero ello ha sido advirtiendo en torno a la necesidad de apreciar las circunstancias específicas concurrentes en cada caso concreto (STS 1308/05, de 30 de octubre). Conclusión, la anterior, ya recogida previamente en la STS 331/00, de 3 de marzo, en la que se indicaba que en los supuestos de deficiencia mental leve o moderada, también denominada debilidad mental, no se anulaba la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, citándose la Sentencia de 9 de abril de 1999, en la que se rechaza el trastorno mental a los efectos del artículo 181.2.2º del Código Penal de 1995 (en su redacción originaria, actual artículo 181.2 del Código Penal) en un supuesto de cociente intelectual del 69

%, en el límite de la torpeza mental, y la de 14 de julio de 1997, que hace lo propio en un supuesto "borderline" con coeficiente del 84%, admitiéndose en tales casos la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual, rechazándose por igual razón en el caso en la misma analizado ya que la víctima tenía, según el relato de hechos probados, un coeficiente intelectual de 80 a 89 %, situándose, pues, por encima de los límites de la deficiencia leve, dentro de la simple torpeza mental, insuficiente para apreciar la exigencia del tipo del artículo 429.2° del Código Penal (de 1973) relativa al abuso de la "enajenación" del sujeto pasivo. Ahora bien, como también se razonaba a continuación en la STS 331/00, de 3 de marzo, cuestión distinta es que esa limitación ligera de su capacidad mental restrinja o coarte en el sujeto la formación de una voluntad absoluta o enteramente libre como pueda hacerlo quien está en la plena normalidad mental. En tal sentido existe una situación objetiva de superioridad del sujeto activo respecto al torpe mental a la hora de convenir entre ambos una relación sexual consentida; superioridad que si se aprovecha conscientemente por el sujeto para el logro de sus propósitos puede originar el estupro de prevalimiento del artículo 434 del Código Penal de 1973 (coincidente con el actual artículo 181.3 del Código Penal vigente). Al respecto, es también de citar la STS 456/2000, de 21 de marzo, a cuyo tenor, tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales, el tipo penal del artículo 181.2° es aplicable cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual. El tipo penal del artículo 181.3° será en cambio apreciable si el trastorno mental padecido no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodomínio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal que de ello se prevale o aprovecha (Sentencia de 9 de abril de 1999). En tal sentido, en dicha STS 456/2000, de 21 de marzo, se recuerda que una constante doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene declarando que el prevalimiento consiste en una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el pasivo (SSTS de 11/3/81; 6/10/82; 18/4/94), y es apreciable en los supuestos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (SSTS de 22/6/84 y 5/3/85).

Por lo que se refiere al consentimiento obtenido por prevalimiento del artículo 181.3 del Código Penal, se aprecia cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, supuesto éste en el que el consentimiento nace condicionado por una situación de inferioridad experimentada por el sujeto en términos que, sin eliminarla, restringe su libertad, en cuanto que reduce las posibilidades reales de la decisión, y de lo cual se aprovecha el sujeto

activo prevaleciendo de su superioridad (STS 35/2009, de 5 de enero). En este abuso sexual, de menor gravedad que el regulado en el artículo 181.1 y 2, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga limitada o restringida (SSTS 1015/2003, de 11 de julio; 740/2005, de 13 de junio; y 1312/2005, de 7 de noviembre), por lo que puede existir un consentimiento expreso o tácito en las relaciones sexuales por parte de la víctima, pero ese consentimiento se denota no libre al estar viciado por esa situación de superioridad del agente comisario (STS 25/2004, de 17 de junio). Ahora bien, como ha indicado el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta (SSTS 170/2000, de 14 de febrero; 868/2002, de 17 de mayo; 1710/2002, de 18 de octubre; 1974/2002, de 28 de noviembre; 1149/2003, de 8 de septiembre; 1287/2003, de 10 de octubre; 140/2004, de 9 de febrero; 658/2004, de 24 de junio; 1308/2005, de 30 de octubre; 1312/2005, de 7 de noviembre; 1469/2005, de 24 de noviembre; y 568/2006, de 19 de mayo). De esta forma, la edad de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada (STS 868/2002, de 17 de mayo; 1149/2003, de 8 de septiembre; y 1287/2003, de 10 de octubre). Por todo ello los requisitos de este tipo de abusos sexuales de prevalimiento son los siguientes: 1º Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2º Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima; y 3º Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 568/2006, de 19 de mayo).

Esta misma línea argumentativa sigue la **STS (2ª) 558/2015, de 30 de septiembre**, ECLI:ES:TS:2015:4168, que, tras confirmar el pleno valor probatorio de cargo de la declaración de la víctima de un delito continuado de abusos sexuales, afirma:

Precisamente, el carácter errático de las declaraciones de (), a la vista de la acreditada y severa minusvalía psíquica que padece, lejos de constituir

un argumento para debilitar su testimonio, lo refuerza en clave acusatoria a la vista de su incapacidad para autodeterminarse libre y conscientemente en clave sexual --y en los demás aspectos de su vida—.

Argumenta, en cuanto a la incidencia de la discapacidad de la víctima en la apreciación del delito de abuso sexual:

A todo lo expuesto, hay que añadir que está fuera de toda duda que las personas con discapacidad necesitadas de protección especial mantienen el instinto y apetito sexual, por ello, ya desde la perspectiva penal hay que deslindar aquellos casos en los que la relación sexual con una persona con discapacidad --como es el caso de autos-- se ha tenido sin aprovechamiento de tal discapacidad por la otra persona, de aquellas otras situaciones en las que el agente con conocimiento de tal discapacidad la ha instrumentalizado en su favor como en el caso actual en el que el recurrente --de 55 años y en pleno uso de sus facultades-- trabajaba como voluntario en la Asociación donde () era cuidada, por lo que la conocía y se ganó su confianza, siendo de este modo torticero como pudo tener relaciones sexuales con ella.

La misma línea siguen la SAP Islas Baleares (2ª) 167/2018, de 10 de abril, ECLI:ES:APIB:2018:802 para condenar por un delito continuado de abusos sexuales mediante prevalimiento; la SAP Lleida (1ª) 40/2016, de 10 de febrero, ECLI:ES:APL:2016:69; la SAP Madrid (15ª) 269/2018, de 8 de mayo, ECLI:ES:APM:2018:6258; y la **SAP Tarragona (2ª) 406/2014, de 13 de octubre**, ECLI:ES:APT:2014:1186 para condenar por delito de abuso sexual inconsciente del artículo 181.1 y 2 CP. En cuanto a la extensión del dolo a la circunstancia de discapacidad de la víctima de esta clase de delitos, la última sentencia citada afirma:

No existe duda para el Tribunal de la grave discapacidad física e intelectual que padece (), la cual presenta un coeficiente de inteligencia del 78% así como hipoacusia y distonia. Esta debilidad mental es apreciable de forma notoria por cualquier persona, máxime cuando los propios movimientos de Flora se ven afectados por la distonia que padece además de una severa sordera casi de ambos oídos, extremo este que ya le comportó en su infancia déficit educativo. Consta así mismo en el folio 152 un informe del Institut () donde indica que la Sra. () fue atendida en dicho centro por primera vez el 09/10/06, que la orientación diagnóstica fue de retraso mental y varios desarrollos paranoides. Que se le pautaron visitas de apoyo y tratamiento farmacológico específico para su enfermedad, siendo su asistencia irregular hasta marzo del 2.009 y luego dejó de acudir.

No cabe duda además que si el acusado no se representó que era incapaz para otorgar el consentimiento, fue porque no le interesaba en absoluto

considerar tal posibilidad, colocándose en una situación de dolo de indiferencia que excluye la posibilidad de apreciar error en cuanto a la capacidad de la víctima (STS 342/2013, de 17 de abril).

La STS (2ª) 568/2006, de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2006:2968 casa y revoca una sentencia de condena por delito continuado de abusos sexuales de prevalimiento, cometido sobre una mujer con discapacidad intelectual, argumentando lo siguiente:

Como ha señalado la doctrina de esta Sala (SS. 170/2000, de 14 de febrero, 658/2004, de 24 de junio) el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del Código Penal de 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta (...).

En esta dirección la STS 1015/2003, de 11 de julio, recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los arts. 181 y 182 atentando contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración,

que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga limitada o restringida. (...)

La Sala sentenciadora de instancia ante la tesis de la aplicación del apartado segundo o tercero del art. 181 del Código penal, se inclinó por el tercero, es decir, no un abuso sexual llevado a cabo “sobre persona de cuyo trastorno mental se abusare”, sino cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Y razonó que tal prevalimiento lo deducía en base a la diferencia de edad entre el acusado y la víctima (ésta última de 33 años de edad), y no en su grado autodeterminación sexual, que a los jueces “a quibus” les parecía completa, y así lo dieron por probado en el “factum”, sino en la sugestionabilidad o carácter influenciado de aquélla (...).

Como dice la STS 781/2004, de 23 de junio, en este ámbito debe tenerse en cuenta que el art. 181.3º Código Penal exige que el consentimiento que franquea el acceso al contacto sexual se hubiera obtenido «prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Donde -en el contexto que se considera- «coartar» equivale a obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse, en un marco de relaciones que tienen por objeto alguna forma de ejercicio de la sexualidad. Y si bien es cierto que en casos de sujetos aquejados de patente incapacidad para decidir en el plano sexual podría imponerse una valoración en abstracto de este dato; en otros, como el examinado, en los que la presencia de total capacidad para conducirse en tal terreno plantea una situación que impide efectuar la subsunción jurídica que ha llevado a cabo el Tribunal de instancia. En el mismo sentido, la STS 1064/2004, de 24 de septiembre.

En suma, la Sala sentenciadora de instancia ha dado por probado que la víctima “tenía conocimientos básicos suficientes sobre el contenido de las relaciones sexuales y su eventual proyección procreadora y no consta que careciera de capacidad de autodeterminación en materia sexual hasta el punto que le impidiera prestar su consentimiento o negarse al mantenimiento de relaciones sexuales”, si bien era una persona sumamente sugestionable o influenciado. Con este cuadro psicológico, la desigualdad o desequilibrio debe medirse con extrema cautela para no extender el tipo penal, de por sí muy grave en sus consecuencias penológicas, a supuestos no queridos por el legislador. El propio Tribunal que dicta la sentencia recurrida se da cuenta de este particular, y tras condenar en la instancia al recurrente, solicita o se presta a informar favorablemente para él, un indulto parcial, teniendo en cuenta la edad del autor, cuando este dato es decisivo para dicho Tribunal a efectos de calificar los hechos.

En consecuencia, considerando que el consentimiento prestado por Erica, lo fue voluntariamente, y que su leve retraso mental, no la impedía autodeterminarse sexualmente, con pleno conocimiento de sus consecuencias biológicas, como dieron por sentado los jueces “a quibus”, los hechos no puede ser típicos, al no prevalecer el acusado de una notoria o manifiesta superioridad que coarte la libertad de la víctima. Obsérvese que el relato fáctico declara incluso que aquélla no solamente contaba con tal capacidad de autodeterminación en materia sexual, sino que lo tenía al punto de que no le impedía prestar su consentimiento o negarse al mantenimiento de relaciones sexuales.

V.2.c) Condiciones exigidas para la apreciación de los subtipos agravados de los artículos 180.1.3º y 181.5 CP

En relación con la segunda cuestión expuesta, **las condiciones exigidas para la apreciación de los subtipos agravados de los artículos 180.1.3ª y 181.5 CP**, la regla general seguida por nuestros tribunales es que la circunstancia de discapacidad de la víctima sólo podrá ser tomada en consideración para la apreciación del subtipo agravado cuando no se haya tomado en consideración para la construcción del tipo básico del delito que constituye objeto de la condena, a fin de no infringir el principio de “*non bin in idem*”.

La **SAP Santa Cruz de Tenerife (5ª) 486/2016, de 20 de diciembre**, ECLI:ES:APTF:2016:2754 realiza un completo resumen de la doctrina jurisprudencial en esta materia:

En cuanto a la posible apreciación y aplicación del subtipo agravado previsto en el artículo 181.4 con relación al artículo 180.1.3ª del Código Penal, lo cierto es que, sustentando las acusaciones tal petición agravatoria al entender que en el presente caso la especial vulnerabilidad de la víctima es consecuencia de la “enfermedad” o “discapacidad” que la misma padece como consecuencia del retraso mental que presenta, se entiende que la agravación del artículo 180.1.3ª no es aplicable dado que esa “enfermedad” o “discapacidad” ya ha sido tenida en cuenta, no en sí misma considerada para apreciar la primera alternativa típica del artículo 182.1 en relación con el artículo 181.2, que también era objeto de acusación, sino para calificar los hechos como abuso sexual del artículo 181.1 y 3 del Código Penal, al haberse obtenido el consentimiento de la víctima, siquiera tácito, mediante el prevalimiento o abuso de superioridad ya referido, el cual se configuraba, principalmente, por el retraso mental leve de la víctima, que si bien no permitía integrar el concepto de “trastorno mental” del artículo 181.2 del Código Penal, sí permitía integrar el tipo penal descrito en el artículo 181.4 del Código Penal de abuso sexual por prevalimiento. En efecto, como se deriva

de la STS 2132/2002, de 23 de diciembre, si la enfermedad de la ofendida ha sido tenida en cuenta como ingrediente de hecho consustancial al prevalimiento o abuso de superioridad, porque ha determinado una reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual, solo podrá concurrir la agravante específica del artículo 180.1.3ª si la persona resulta especialmente vulnerable por la concurrencia de otras circunstancias que no hayan sido tenidas en cuenta para valorar el prevalimiento, pero no, como es el caso de autos, cuando haya constituido ingrediente fáctico para apreciar el mismo, pues lo contrario equivaldría a valorar doblemente los mismos hechos. Se trata en realidad de aplicar la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 Código Penal, cuyo fundamento está en el principio non bis in idem, que proscribe la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (SSTS de 12/02/98, 19/05/99, 05/04/00, 07/11/01, 25/01/02 y 01/07/02). En igual sentido, cabe citar la STS 801/2003, de 28 de mayo, en la que se analizó un supuesto en el que el acusado se prevaleció de su condición de médico para abusar de una cliente suya, introduciéndole su pene en la boca de ésta, y se aprovechó de la situación especialmente vulnerable de la víctima por su retraso mental calificado de leve-moderado, todo lo cual configuraba una "situación de superioridad manifiesta" que coartó la libertad de la víctima, lo cual permitiría la aplicación del artículo 181.3 en relación con el artículo 182.1 (acceso carnal con abuso de superioridad), pero no era aplicable el artículo 182.2 con el artículo 180.1.3ª porque vulneraba el principio non bis in idem.

Esta misma postura interpretativa es seguida por la STS (2ª) 240/2010, de 24 de marzo, ECLI: ES:TS:2010:1469; la SAP Ciudad Real (1ª) 9/2012, de 27 de marzo, ECLI:ES:APCR:2012:308; la SAP Sevilla (3ª) 471/2007, de 17 de octubre; la SAP Islas Baleares (2ª) 167/2018, de 10 de abril, ECLI:ES:APIB:2018:802; la SAP Guadalajara (1ª) 68/2017, de 12 de septiembre, ECLI:ES:APGU:2017:269; y la SAP Lleida (1ª) 40/2016, de 10 de febrero, ECLI: ES:APL:2016:69.

El ATS (2ª) 1483/2016, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:9723A, argumenta:

En relación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad hemos dicho que, mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo 3º del art. 180.1, opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. La edad es uno de esos factores previstos y como tal puede constituir un dato determinante de la vulnerabilidad, si no ha sido ya valorado para integrar, en el tipo básico de agresión

sexual, la eficacia de la violencia o la intimidación como medios comisivos dirigidos a vencer la voluntad de una víctima que se opone. Pero junto a la edad, el art. 180.1º, 3º del Código Penal también contempla que la vulnerabilidad resulte de “la situación”, lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción (STS 1397/2009 de 29 de diciembre).

Para confirmar seguidamente la aplicación de la agravante en un caso de agresiones sexuales de los artículos 178 y 179, cometidas contra una mujer con discapacidad intelectual.

La **STS (2ª) 1058/2009, de 29 de octubre**, ECLI:ES:TS:2009:6975, casa y revoca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por no haber aplicado la agravante prevista por el artículo 180.1.3º en un delito de violación en tentativa, cometido sobre una mujer con retraso mental moderado y edad mental en torno a los 13 años. La Sala, en contra del criterio mantenido por la Audiencia Provincial, argumenta:

En síntesis, lo que dice la sentencia es que como existió violencia, la misma fue suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, y por ello ese medio comisivo fue ajeno a las condiciones personales de Herminia, fue suficiente en esa concreta situación.

Tal argumentación olvida la especial facilidad que tuvo el recurrente para doblegar la voluntad de la víctima, pues aprovechándose de su incapacidad, le bastó una mínima violencia/intimidación, con lo que es patente que operó aquella especial vulnerabilidad derivada de la enfermedad de Herminia en favor del recurrente, al que le bastó una muy menor violencia, con lo que queda sin respuesta el plus de culpabilidad que ofrece la acción del recurrente en esta situación, así como el mayor contenido del injusto, pues hay una patente situación de superioridad y una paralela indefensión mayor de la víctima, ya que, en definitiva es patente la proximidad de esta agravante con la del abuso de superioridad y la de alevosía.

Por lo demás, el argumento de la sentencia llevaría, en la práctica, a la práctica inaplicación de tal agravante específica.

La circunstancia agravante del artículo 180.1.3ª es aplicada también en un supuesto de agresión sexual por la SAP Pontevedra (2ª) 370/2012, de 14 de diciembre, ECLI:ES:APPO:2012:3301.

VI. PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

VI.1. Tratamiento normativo

La protección penal del patrimonio de las personas con discapacidad puede enmarcarse dentro de la obligación genérica que el artículo 12.5 CDPD impone a los Estados partes de adoptar todas las “*medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*”

Código Penal Español:

La protección penal del patrimonio de las personas en general, y de las personas con discapacidad en particular, se lleva a cabo a través del Título XIII, Libro II, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

VI.2. Aplicación jurisprudencial

De todos los delitos tipificados en el referido Título XIII, ha sido **el delito de estafa (artículos 248 y ss)** el que mayores cuestiones interpretativas ha suscitado en relación con la incidencia que la discapacidad intelectual de la víctima puede tener a la hora de apreciar la existencia o no del delito.

La STS (2ª) 397/2015, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2015:2768, analiza con gran claridad la doctrina elaborada por la Sala en torno a la posible existencia del “engaño bastante” cuando la víctima es una persona con discapacidad intelectual. Expone la sentencia:

“Lo que sustentó la incertidumbre de la Sala de instancia respecto a los hechos, fue precisamente que existiera engaño. Es decir, que todos los actos de desposesión que se han descrito, que exigieron de la intervención D. Carlos Ramón y que dejaron su patrimonio prácticamente reducido a la nada, se llevaran a cabo aprovechando que el mismo no se encontraba en pleno uso de sus facultades.

Esta cuestión, como recuerda la STS 833/2013 de 15 de octubre, nos remite a un tema que ha suscitado cierta polémica en la doctrina, la estafa respec-

to de víctimas incapaces. En el derecho comparado existen ordenamientos en los que, al considerar que el incapaz no está capacitado para disponer y por ello no puede configurarse la estafa como un acto de disposición fruto de un engaño, se establecen tipos especiales de abuso de incapaces, como sucede en el sistema penal italiano o en el francés.

En nuestra jurisprudencia, ya desde la clásica STS de 4 de abril de 1992, recordada recientemente en la STS 1185/2009, de 2 de diciembre, se afirma que “... queda subsistente el hurto si se actúa sobre una incapaz total y la estafa si la acción recae sobre incapaces parciales”.

La jurisprudencia de esta Sala, en los casos de incapaces parciales, es decir cuando no concurre una incapacidad formal, legalmente declarada, ha incardinado los hechos en el delito de estafa, precisamente por tratarse de personas a las que se debe convencer acerca de la necesidad de desplegar un comportamiento, efecto del error, que les induzca a disponer en su perjuicio. En este sentido se pronuncian sentencias tales como la ya citada, de 2 de diciembre de 2009, la STS núm. 1128/2000, de 26 de junio, en un supuesto de fragilidad mental del engañado o la núm. 1469/2000 de 29 de septiembre, que contemplaba la hipótesis de un anciano enfermo y mentalmente incapacitado.

En el mismo sentido se aplica el delito de estafa en la STS 1038/2003 de 16 de julio, en el que la víctimas eran una persona de avanzada edad, y su hijo, que tenía severamente limitadas sus facultades mentales, ambos ingresados en la residencia de ancianos dirigida por la acusada, y en esta Sentencia se toman en consideración, para valorar la suficiencia del engaño, las circunstancias personales de las víctimas, que tenían sus facultades mentales muy deterioradas.

O en la ya citada 833/2013 en la que la acusada y su hija, aprovecharon la situación de deterioro que padecía su pariente, anciana y senil, la engañaron para proporcionarse un poder notarial y una autorización para disponer de sus cuentas, con el fin de apropiarse de su relevante patrimonio.

La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, entre otras) considera como engaño “bastante” a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

De este tema se ocupa también la STS (2ª) 328/2015, de 2 de junio, ECLI:ES:TS:2015:2592, que señala:

Esta Sala en supuestos de discapacidad que ofrecen dudas sobre aptitud de raciocinio o entendimiento de la víctima, ha considerado que, cuando ésta se halla legalmente en condiciones de ejercitar actos dispositivos con eficacia, es susceptible de ser engañada. En nuestro caso, aunque la sentencia de incapacitación se dictó el 23 de julio de 2012, se ha de partir o bien de la fecha en que por auto judicial se designó provisionalmente al hijo tutor de su padre, concretamente el 24 de mayo de ese año, o bien desde que la demanda de incapacitación se interpuso si al final fue reconocida la incapacidad del perjudicado en sentencia de 23 de julio de 2012 (véase, para todas, S.T.S. 833/2013 de 28 de octubre). Los hechos, por los que es condenada la recurrente, sucedieron antes de esa fecha. Pero aun en el supuesto teórico de computar la deficiencia psíquica desde la interposición de la demanda de incapacitación del sujeto, acompañada de dictamen pericial médico, que describía las graves limitaciones intelectuales, por mucho que se pretendiera anticipar la incapacidad a dicha fecha la solicitud de absolución no podía prosperar por cuanto los hechos constituirían si no una estafa, sí un delito de hurto con abuso de las condiciones personales de la víctima (art. 235.4º C.P.), sin que existieran problemas de una posible infracción del principio acusatorio, lo que implicaría una punición similar a la que se va a imponer en la segunda sentencia que ahora se dicte.

La STS (2ª) 568/2013, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3614, revoca una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, recurrida en casación por el Instituto Tutelar de Vizcaya, en la que se absolvía al acusado de un delito de estafa por considerar que no se puede estafar a un tonto o a un demente, siendo que la víctima de los hechos presentaba una esquizofrenia de tratamiento irregular, que le provocaba una alteración de la conciencia de la realidad, motivo por el cual había sido incapacitada judicialmente. La Sala argumenta:

El argumento principal (del recurrente) reside en la consideración de la Audiencia de que no se puede estafar a un “tonto o a un demente” lo que a su juicio ataca a los más elementales principios de la Convención de Nueva York, a la que está adherida España. Ello está indicando, según la teoría del recurrente, que si se hubiera tratado de una persona “normal” sí podría haberse cometido una estafa. Cita la jurisprudencia de esta Sala en la que, hallándose ante un perjudicado absolutamente incapaz, el posible delito cometido sería un hurto, ya que no existe ninguna autodefensa que pueda impedir el expolio. Pero si la incapacidad de entender y comprender no es total sería posible articular una estafa. (...)

A la incapaz perjudicada no se le niega por la Audiencia protección penal, pues los elementos típicos que deben concurrir en la conducta del autor del hecho son los que la ley penal tiene en cuenta. La incapacidad o limitación de obrar del alguien que interviene en una relación comercial constituirá un elemento de hecho a valorar por el Tribunal para determinar la existencia del engaño. Los actos fraudulentos frente a una incapaz se castigan igual que si se cometiera contra otra persona normal. Ahora bien, para determinar la eficacia del engaño (“bastante”) pueden jugar otros factores que la Sala de instancia ha de valorar.

El problema planteado en nuestro caso es otro. La Audiencia ha entendido y así se desprende de los hechos probados, que la “utilización” de la incapaz lo fue para engañar a terceros, entidades comerciales, crediticias o bancarias con las que contrató la recurrente, celebrando un contrato nulo.

Consiguientemente si el apoderamiento fraudulento se hubiere obtenido del patrimonio de la incapaz los hechos podrían constituir un delito de estafa o hurto, posibilidad que analizaremos a continuación; luego, la protección dispensada es igual al de otras personas. Así, los perjudicados, en este caso los engañados según la recurrida, a través del error, creyendo que celebraban un contrato serio con un cliente llevaron a cabo un acto de disposición en su perjuicio y en beneficio de los terceros, haciéndose acompañar de la incapaz. (...)

Es cierto que el acusado y los acompañantes desconocidos se prestaron a engañar a establecimientos comerciales y entidades crediticias, a cuyo efecto utilizaron a () como instrumento, pero probablemente y con carácter previo desplegaron una actividad engañosa frente a la incapaz, que surtió efecto, produciéndole un perjuicio.

Sin alterar los hechos probados, en su redactado se describe un delito de estafa frente a la incapacitada, pues conocen la situación, actúan con ánimo de lucro o apropiativo de las cosas que aquella adquirió y a ésta según el verbo inducir utilizado en el factum se le induce a celebrar estos contratos en el sentido de constreñirle o persuadirle a hacerlo, ocultándole el propósito de hacer propias las cosas así adquiridas, cargando el precio en su cuenta del BBVA, que se constituyó con un crédito del Santander Consumer. Los hechos le produjeron un perjuicio por importe de 973Ž78 euros. (...)

El art. 248 no introduce un trato discriminado cuando el ofendido es incapaz, ya que se vale de conceptos como “engaño bastante” que constituye un elemento del delito y que en garantía del presunto delincuente debe concurrir en la conducta que se le atribuye. Dentro de ese término normativo el juzgador, apreciará el nivel de dicha intensidad o características de la es-

tratagemas, supercherías o falacias utilizadas para engañar al tercero a efectos de la calificación de “bastante” es decir, de suficiente y apto para provocar un error, valorando las circunstancias concurrentes, y entre ellas la inferioridad del incapaz a la hora de autoprotgerse.

La sentencia de la Sala revoca la de la Audiencia Provincial y condena al acusado por el delito de estafa cometido sobre la mujer discapacitada.

En otro orden de cosas, es interesante la **SAP Granada (1ª) 637/2012, de 7 de diciembre**, ECLI:ES:APGR:2012:1675, en que se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que condenaba al recurrente como autor responsable de un delito de robo con violencia o intimidación cometido sobre dos personas con discapacidad física. El recurrente alegó como motivo del recurso la aplicación indebida de los artículos 237 y 242, al no haberse acreditado acto alguno de violencia o intimidación, y solicitó que la calificación de los hechos se rebajase a hurto o al menos al subtipo atenuado del robo.

La Audiencia Provincial desestimó el motivo, manteniendo la calificación de los hechos como robo con violencia o intimidación, argumentando:

El delito de robo se define, con carácter genérico, por el empleo de fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o por el empleo de violencia o intimidación. Esta violencia o intimidación definitoria de esta especial modalidad del robo, se configura desde el momento en que el sujeto pasivo se ve atacado en su integridad física o simplemente se siente atemorizado y atemorizado por la actitud violenta del sujeto activo, que puede ser o no acompañada del uso de armas o instrumentos peligrosos. Como dice la Sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 2000, la intimidación no exige ni necesita una actuación física sobre el cuerpo de la víctima siendo suficiente con la producción del impacto anímico que sirve para compeler su libertad al hacerle surgir temor sobre su seguridad. Son muchas y muy variadas las formas de conseguir un efecto intimidante sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúan el efecto psicológico de indefensión y desamparo.

La violencia supone el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido. En la intimidación se amenaza con un mal inmediato que atemoriza a la víctima, quien para evitarlo entrega la cosa. En cualquier caso la relevancia vendrá determinada por su suficiencia o idoneidad instrumental como medio comisivo del apoderamiento. Pero la intimidación puede causarse tanto por amenazas verbales como por un comportamiento violento suficientemente expresivo de la agresividad del

sujeto y capaz de infundir temor en la víctima a una agresión mayor (SSTS de 30 de enero de 1999 y 4 de marzo de 2002).

En este caso, no pueden desconocerse las características concretas de las víctimas del delito, acertadamente valoradas por el Juez a quo, puesto que consta que () padece esclerosis por lo que precisa desplazarse en silla de ruedas teniendo, obviamente, su movilidad drásticamente reducida; por su parte, () tiene un problema de crecimiento y su estatura es notablemente inferior a la media lo que también, de forma evidente, reduce su capacidad de reacción ante el ataque haciéndola más vulnerable.

Por ello, en este caso, tal y como afirma el Juez a quo, la conducta del imputado es especialmente reprochable y su actitud que, en otras circunstancias daría lugar a una calificación jurídica más benévola, es este caso no es procedente puesto que utilizó la intimidación adecuada para conseguir sus fines y amedrentar a sus víctimas. Por ello no procede la calificación como hurto ni es merecedor de la aplicación del subtipo atenuado, tal y como se solicita en el último motivo del recurso.

VII. ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

VII.1. Tratamiento normativo

El artículo 23 de la CDPD presta especial atención a la protección de los derechos familiares y reproductivos de las personas con discapacidad, imponiendo expresamente a los Estados partes la obligación de adoptar medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

Código Penal español:

La protección penal de los derechos reproductivos de las personas en general se lleva a cabo a través de los artículos 144 y ss, relativos al delito de aborto, que no presentan especialidades en atención a la discapacidad de la víctima, y a través de los siguientes artículos, enmarcados en el Título III del Libro II, dedicado al delito de lesiones:

Artículo 149:

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impo-

tencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.”

Artículo 156.2 (esterilización de personas con discapacidad):

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

Disposición Adicional primera LO 1/2015, de reforma del Código Penal: *Autorización judicial de esterilización*

La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un Juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

VII.2. Aplicación jurisprudencial

La STC (Pleno) 215/1994, de 14 de julio, recurso 1415/1992 resuelve en sentido desestimatorio la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal de 1973, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, señalando como garantías de obligado cumplimiento para la constitucionalidad de tal medida las siguientes:

Lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apunta el Auto, es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto solo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad, reúne no solo las mayores garantías consti-

tucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás.

La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto: «cuando aquélla --la autorización-- haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz». Por tanto, sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse judicialmente de no existir la solicitud mencionada. Añádase que la «petición del representante legal» de que habla el art. 428 del C.P. en el inciso cuestionado presupone lógicamente --tratándose como se trata de deficientes psíquicos mayores de edad, que son los únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante semejante petición-- una previa incapacitación de los mismos declarada jurisdiccionalmente en otro proceso. Esta incapacitación judicial previa se da por supuesta en el Auto de planteamiento cuando duda si debiera corresponder a ese mismo Juez otorgar la autorización controvertida. En suma, pues, la necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos; la autorización del Juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes.

En tercer lugar, la solicitud deducida por el representante legal del deficiente, aunque presupuesto inexcusable de la decisión del Juez, carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta. La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia «grave» y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve. La grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no solo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto sino también por la propia exploración judicial del incapaz.

Finalmente, el procedimiento en el que ha de resolverse el otorgamiento o denegación de la autorización solicitada cuenta con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, quien, como es obvio, debe pronunciarse acerca de la concurrencia o no de los requisitos formales (previa declaración judicial de incapacidad y nombramiento de representante legal, fehaciencia de la petición de esterilización formulada por el mismo, emisión de los dictámenes de los especialistas y exploración del incapaz por el Juez) y materiales que antes se han indicado.

Pues bien, prevista en el precepto la inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del incapaz; del Juez mediante su autorización que puede o no otorgar y que está precedida de la exploración del enfermo y de una previa declaración de incapacidad también judicialmente acordada; de los especialistas que habrán de informar sobre la gravedad de la enfermedad psíquica del incapaz y sobre las consecuencias que para su salud física y mental podrá producir la esterilización y, finalmente, la intervención del Ministerio Fiscal sobre el cumplimiento de todas y cada una de las garantías previstas en la norma, permite afirmar que tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida.

Podrá entenderse que a dichas garantías debieran añadirse otras que, como el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz o que la esterilización se lleve a efecto mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible, garantizaran mejor la grave medida cuya autorización se encomienda a la autoridad judicial, pero lo cierto es que ni el precepto impide que tales circunstancias u otras posibles se tengan en cuenta por el Juez como motivos de su decisión, bien para otorgarla o bien para denegarla; ni corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces. Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado, no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar como ha de interpretarse judicialmente el precepto. Nos basta con determinar, en este último aspecto, que la norma, por la importancia del supuesto que contempla, no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales.

La SAP Gerona (2ª) 235/2009, de 19 de junio, ECLI: ES:AP-GI:2009:1253 examina la concurrencia de estas garantías en un caso concreto, en que el padre custodio de una mujer con discapacidad solicita autorización judicial para su esterilización química en contra del criterio de la madre, que no ostenta la guarda y custodia. Ante la denegación en la instancia de la esterilización quirúrgica, por considerar que se trata de una actuación agresiva físicamente para la incapaz, el padre y el Ministerio Fiscal recurren a la Audiencia Provincial alegando que los actuales avances médicos hacen innecesario el recurso a la vía quirúrgica, al existir sistemas de esterilización hormonal que proporcionan similares resultados anticonceptivos. Los recurrentes consideran medida solicitada proporcionada y justificada, ante la imposibilidad de asumir las exigencias éticas y jurídicas que se derivan de la condición de madre; la inconveniencia de un embarazo no deseado; la imposibilidad de una vigilancia

permanente del progenitor y/o progenitora cuando la incapaz desarrolla actividad fuera del domicilio; la protección del derecho de la incapaz a disfrutar de la sexualidad sin riesgo de una puntual procreación.

La Audiencia estima el recurso afirmando:

El resultado del informe emitido por tres Médicos forenses, uno de ellos además especialista en ginecología y obstetricia, lo cual refuerza más si cabe las razones de ciencia de su dictamen, es concluyente al referirse tanto a la situación psíquica, con un retraso importante que llevó a que fuese declarada oficialmente como persona incapaz, por Sentencia ya referida; que tiene una considerable dificultad para entender y comprender los aspectos básicos de la trascendencia de una relación sexual y de las posibilidades de una concepción, que es incapaz de desarrollar de forma coherente el ejercicio de la maternidad responsable y que no podría educar y cuidar de sus hijos de forma socialmente deseable.

En cuanto a las técnicas de esterilización concluye "... sense cap mena de dubtes tenim que aconsellar la lligadura de trompes", señalando que, la esterilización quirúrgica (ligadura de trompas), se trata de una técnica que incluso se puede hacer por laparoscopia, es decir, con un mínimo riesgo quirúrgico y que solo se ha de hacer una vez. Además esta técnica quirúrgica puede hacerse de forma reversible, es decir sin sección de las trompas, únicamente con ligadura.

Por el contrario las otras técnicas serían farmacológicas, basadas en tratamientos hormonales que tienen que permanecer activos durante todo el tiempo de fertilidad hasta que se llega a la menopausia; y no lo consideran indicado porque los tratamientos hormonales prolongados no están exentos de riesgo y contraindicaciones, En otros procedimientos similares y como consecuencia de los informes de especialistas hacía constar la Sala como efectos secundarios de tratamientos hormonales anticonceptivos de larga duración, desde cefaleas y trastornos de peso, a otros menos frecuentes como dolor mamario, acné, alopecia, cambios emocionales....etc, unido a las contraindicaciones de su uso, en caso de trastornos tromboembólicos, tumores hormono-dependientes, alteraciones hepáticas graves, etc... (...)

Si a ello añadimos la dificultad de un control personal de la planificación imposibilitada por la deficiencia psíquica que aqueja a la incapaz, la apreciación objetiva, real y desapasionada de la situación, conduce a considerar como más adecuada la esterilización quirúrgica mediante ligadura de trompas, sin seccionamiento de las mismas para poder mantener, a ser posible la reversibilidad, que en la actualidad se puede llevar a cabo por laparoscopia, con reducido riesgo físico y mínima agresividad corporal,

que no presenta contraindicaciones, ni efectos secundarios, ni requiere de supervisión personal para el mantenimiento de su eficacia, ni de control temporal de terceros para ajustes o renovación de tratamientos.

Todo ello diluye cualquier duda sobre una posible afectación de la normalidad física de la incapaz por una injustificada agresividad física de la medida, que sin duda se muestra en términos generales como más indicada atendiendo al interés y a la protección de los derechos de la incapaz, que los tratamientos anticonceptivos hormonales, a la larga más nocivos, dificultosos e inefectivos por el problema de su mantenimiento prolongado por parte de una persona incapaz con las deficiencias cognitivas ya relatadas.

La Declaración de Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Diciembre de 1991 proclama el disfrute del retrasado hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos, lo que hace necesario encontrar una solución que permita a la incapacitada gozar de un mayor grado de autonomía y el medio más eficaz posible es la esterilización quirúrgica mediante ligadura de trompas, tal y como solicitan el padre custodio y el Ministerio Fiscal, por lo que deben ser estimados sus recursos y revocada la Sentencia de primera instancia.

VIII. INCIDENCIA DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL DEL ACUSADO EN EL ÁMBITO PENAL.

Especial relevancia en el ámbito penal reviste el artículo 14 de la CDPD, orientado a proteger el derecho de las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso a gozar de idénticas garantías que las demás, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.”

Código Penal español:

Artículo 20:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

3º) El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. (...).

Artículo 21:

“Son circunstancias atenuantes:

1º) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.(...)

7º) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Artículo 101:

“1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º) del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Artículo 103:

1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º) del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. *El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.*

3. *En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.*

Artículo 104:

1. *En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.*

2. *Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el Juez o Tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.*

Artículo 95:

1. *Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:*

1ª) *Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

2ª) *Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

2. *Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3.*

Artículo 96:

1. *Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.*

2. *Son medidas privativas de libertad:*

- 1ª) *El internamiento en centro psiquiátrico.*
- 2ª) *El internamiento en centro de deshabitación.*
- 3ª) *El internamiento en centro educativo especial.*

3. *Son medidas no privativas de libertad:*

- 1ª) *La inhabilitación profesional.*
- 2ª) *La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.*
- 3ª) *La libertad vigilada*
 - 4ª) *La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.*
- 5ª) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
- 6ª) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

Artículo 97:

Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- a) *Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- b) *Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*
- c) *Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.*
- d) *Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el*

máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

Artículo 98:

1. A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.

Artículo 99:

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Artículo 381:

Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título.

Artículo 503:

1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos:

1º) Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2º) Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3º) Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º) de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º) y 2º) del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1º) del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Artículo 504:

“1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

Si fuere condenado el investigado o encausado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3º.b) del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses.

No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

VIII.2. Aplicación jurisprudencial

VIII.2.a) Ajustes procedimentales adecuados a la discapacidad del acusado

En relación con los ajustes procedimentales que deben llevarse a cabo en el caso de que sea el investigado/procesado/acusado quien presenta una discapacidad, resulta de particular interés la **STC (1ª) 77/2014, de 22 de mayo, recurso 2818/2012.**

La sentencia examina el recurso de amparo interpuesto por una persona con discapacidad intelectual, condenada por delito intentado de robo con

fuerza en las cosas a pena de nueve meses de prisión, que alega infracción de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías habida cuenta que el acto del juicio oral fue celebrado en ausencia, estimando el recurrente en amparo que su presencia en dicho acto era necesaria para poder ejercitar adecuadamente su defensa, prestando declaración sobre los hechos a fin de poder dar su versión de los mismos, y que la decisión de celebrar el juicio sin dicha presencia, basada en una presunción de voluntariedad de la incomparecencia, no fue correcta por cuanto no tuvo en cuenta la circunstancia de que padecía una acreditada discapacidad psíquica, de suerte que su falta de comparecencia no fue debida a desidia, dejadez o negligencia sino a su falta de comprensión y entendimiento.

Los antecedentes de hecho del supuesto examinado se transcriben por su interés:

a) El demandante de amparo fue detenido el 19 de octubre de 2009 como posible autor de un delito de robo con fuerza en las cosas y puesto a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 5 de A Coruña, que acordó por auto de 20 de octubre de 2009 la incoación de las diligencias previas núm. 5410-2009 y tomar declaración al detenido con instrucción de sus derechos. El recurrente fue requerido para que designara un domicilio en España en que se harían las notificaciones, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio permitiría la celebración del juicio en su ausencia, si la pena solicitada no excede de dos años de privación de libertad, designando a dichos efectos la pensión en la que vivía y un número de teléfono móvil. En su declaración se ratificó en lo afirmado ante la policía de que estaba acompañado de otra persona que era quien había fracturado el ventanal del local y le había obligado mediante amenazas a recoger todas las cosas que había en el escaparate. Igualmente, declaró que paga una pensión a su ex mujer, está en tratamiento de depresión desde hace veinticinco años, tiene problemas de alcohol desde su separación. A preguntas de su letrado afirmó que para completar sus ingresos también arregla pequeños electrodomésticos y tiene una minusvalía reconocida por la Xunta de Galicia del 68 por 100.

b) El Juzgado de Instrucción núm. 4 de A Coruña acordó por auto de 30 de octubre de 2009 incoar diligencias previas núm. 5757-2009, en cuyo marco se acordó oír al perjudicado y hacerle ofrecimiento de acciones lo que se llevó a efecto el 16 de noviembre de 2009. Este mismo Juzgado, por auto de 15 de enero de 2010, acordó incoar diligencias previas núm. 6707-2009, en relación con estos mismos hechos tras recibir un segundo Auto de inhibición. En el marco de estas diligencias previas acordó oír al perjudicado y hacerle ofrecimiento de acciones, lo que volvió a verificarse el 5 de febrero de 2010, y citar de comparecencia al recurrente el 9 de febrero de 2010, a fin de recibirle declaración como imputado con la asistencia de letrado. La cédula de ci-

tación fue notificada el 2 de febrero de 2010 en la persona del dueño de la pensión en la que residía el recurrente. El recurrente acudió a esta citación y el secretario judicial hizo constar mediante diligencia que no pudo celebrarse la declaración al no poder ser asistido por el letrado del turno de oficio por haber recibido la asistencia por un letrado distinto del turno de oficio en la declaración policial y no poder ser localizado en ese acto. Con ese motivo se dictó providencia de 9 de febrero de 2010 para nueva citación el 2 de marzo de 2010, con apercibimiento de que en caso de no comparecer se podrá acordar su detención y presentación en el Juzgado, lo que fue notificado personalmente al recurrente. Por Auto de 2 de marzo de 2010 se acordó que las diligencias previas núm. 6707-2009 se acumularan a las núm. 5757-2009, sin que conste que el recurrente compareciera a su citación para ser oído como imputado ni que fuera citado en ningún otro momento.

Ya en el marco de las diligencias previas núm. 5757-2009, por providencia de 18 de marzo de 2010, se acordó librar oficio al Instituto de Medicina Legal de Galicia para que señalaran día y hora para el reconocimiento psiquiátrico del recurrente sobre su imputabilidad. Por providencia de 4 de mayo de 2010 se acordó citar al recurrente por medio de su letrada para que compareciera el 14 de mayo de 2010 ante el Instituto de Medicina Legal de Galicia para ser reconocido sobre su imputabilidad. La Letrada del recurrente, mediante escrito registrado el 5 de mayo de 2010, comunicó que había entrado en contacto telefónico con su cliente para notificarle la citación. Por providencia de 14 de junio de 2010, ante la incomparecencia del recurrente, se acordó establecer como nueva fecha de comparecencia el 24 de septiembre de 2010 para que fuera notificada por medio de la letrada con apercibimiento de acordarse su detención y conducción. Esta, mediante escrito registrado el 23 de septiembre de 2010, comunicó que se había puesto en contacto telefónico con el recurrente para recordarle la citación, advirtiéndole de que en caso de no acudir sería detenido tal como se señalaba en la providencia. Por oficio del Instituto de Medicina Legal de Galicia de 21 de diciembre de 2010 se comunicó que el recurrente no había acudido a la cita para la emisión del informe y no consta que volviera a ser citado.

c) Por Auto de 19 de enero de 2011 se acordó continuar las diligencias previas por el trámite del procedimiento abreviado. Por Auto 8 de febrero de 2011 se acordó la apertura del juicio oral, teniendo por formulada una acusación por delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa con una petición de pena de nueve meses de prisión. Este Auto fue notificado personalmente al recurrente en la sede del Juzgado. En el escrito de defensa se solicitó como prueba documental que se tuviera por aportada copia de la certificación emitida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia que reconoce al recurrente un grado de minusvalía del 68 por 100 desde el 14 de mayo de 2001 por "Hernia discal L5-S1. Retraso mental leve". El Juzgado de lo Penal núm. 5 de A

Coruña acordó por Auto de 31 de marzo de 2011 declarar pertinente la prueba propuesta por las partes para su práctica en el acto de juicio oral. Por diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2011 se señaló para el comienzo de las sesiones del juicio oral el 20 de junio de 2011 con citación de las partes personadas y el acusado. La cédula de citación fue notificada personalmente al recurrente el 11 de abril de 2011 haciendo constar en negritas que de no comparecer “dada la pena solicitada, podrá celebrarse el juicio en su ausencia”. El recurrente no compareció en el juicio oral. El Ministerio Fiscal interesó la celebración en ausencia, oponiéndose la defensa. El juzgado acordó continuar la celebración del juicio en ausencia del recurrente, dado que existía una citación personal y que la pena de prisión solicitada era inferior a los dos años.

d) El recurrente fue condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de A Coruña núm. 206/2011, de 21 de junio, como autor de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de nueve meses de prisión con accesorias y costas.”

La sentencia del Juzgado de lo Penal fue recurrida ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso de apelación, manteniendo todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo, declara vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva, anula la decisión del Juzgado de lo Penal de celebrar el acto del juicio oral en ausencia del recurrente, así como las sentencias dictadas en primera instancia y apelación, y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la primera decisión. Como fundamento de esta decisión el Tribunal argumenta:

El deber de realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de personas con discapacidad mental en el proceso penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad. Así:

(a) El art. 49 CE establece que los poderes públicos deben amparar a los disminuidos psíquicos para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentran los derechos a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE).

(b) La STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, declara que, desde la perspectiva del art. 10.2 CE, cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que parte como principio de “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” [preámbulo, letra j)]. El art. 2 de esta Convención prohíbe todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas “la denegación de ajustes razonables”, entendiendo por estos “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Respecto del derecho de acceso a la justicia, el artículo 13.1 de la Convención establece que “[l]os Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

En conclusión, en los supuestos de posibilidad legal de celebración de un juicio oral por ausencia injustificada del acusado, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad de comprensión y, por tanto, de la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia, impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto. (...)

En atención a lo expuesto, debe concluirse, tal como también ha sostenido el Ministerio Fiscal, que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) del recurrente, por las siguientes razones:

(a) En el procedimiento existían indicios respecto de la existencia de una discapacidad mental en el recurrente. Estos indicios radican en sus propias manifestaciones ante la policía, en la ratificación ante el Juez, y en el hecho de que en un informe emitido hacía más de diez años por la Xunta de Galicia aparecía diagnosticado, a los efectos de la declaración legal de incapacidad, con un retraso mental leve.

(b) El Juzgado de Instrucción, que pudo valorar las circunstancias del recurrente y las del hecho delictivo, entonces presunto, ciertamente singulares [antecedente 2 d)], consideró necesaria la obtención de un informe forense específico sobre su imputabilidad, que ordenó con especial rigor, pues se

hizo una advertencia de detención al recurrente si no se presentaba, como efectivamente no hizo, a pesar de lo cual la advertencia no se cumplió, y no consta explicación alguna de ello. Esto es revelador de que durante la instrucción se apreciaban indicios relevantes de que el acusado podía sufrir algún tipo de anomalía o alteración que, en los términos del art. 20.1 del Código penal, le podía impedir comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Por otra parte, no aparece explicación alguna de las razones por las que se prescindió del dictamen forense, que hubiera sido fácil promover o practicar con ocasión de la comparecencia del recurrente en el Juzgado, hay que suponer que voluntaria, para recibir la notificación del auto de apertura del juicio oral.

(c) Esas dudas apreciadas por el órgano judicial de instrucción sobre un eventual déficit de comprensión del recurrente respecto de la ilicitud del hecho determinan que el Juzgado de lo Penal, que no pudo apreciar personalmente sus circunstancias, no podía soslayar las dudas que se habían suscitado en el Juez de instrucción sobre un eventual déficit de comprensión, las cuales, en ese momento procesal, se traducían en dudas razonables sobre las consecuencias de todo tipo que podía suponer para el recurrente la incomparecencia en el juicio oral en el que el examen de su persona y su declaración podían resultar relevantes.

El deber positivo impuesto por el art. 24.1 CE de velar por evitar la indefensión que pudiera derivarse para el recurrente de celebrar un juicio oral sin su presencia exigía que el órgano judicial desarrollara las diligencias complementarias que considerara adecuadas. Estas diligencias deberían haber estado orientadas (i) a verificar que esa cierta discapacidad no era un obstáculo para que el acusado comprendiera la relevancia de la citación a juicio y de la advertencia de que podría ser juzgado en su ausencia o (ii) a asegurar su presencia en el juicio oral, especialmente tomando en consideración que había sostenido durante la instrucción haber cometido el hecho bajo la amenaza de un tercero y que la discapacidad mental que le afectaba podría tener una eventual influencia sobre su imputabilidad. En otros términos, la mera notificación personal al recurrente de la citación a juicio y de la advertencia de que podría celebrarse en su ausencia cumplía formalmente los mandatos de la ley, pero no era suficiente para despejar las dudas surgidas en la instrucción acerca de la discapacidad del recurrente y, por tanto, acerca de si la incomparecencia era resultado de una decisión plenamente voluntaria e informada y no necesitada del apoyo a que tienen derecho las personas discapacitadas.

La SAP Islas Baleares 30/2018, de 22 de febrero de 2018, ECLI:ES:APIB:2018:385 resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de condena dictada en juicio por delito leve contra

una mujer que tenía reconocida una discapacidad del 41% por inteligencia límite y escoliosis. El recurso solicita la nulidad del juicio alegando vulneración de lo establecido en el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas y en el Estatuto de la Víctima en cuanto a la obligación de los Estados de asegurar el acceso a la justicia a las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que las demás personas, mediante el ajuste de procedimiento, ajuste que no se produjo en el caso sometido a examen ya que no se permitió la presencia, durante la declaración en juicio de la persona con discapacidad, de la trabajadora social de AMADIP, que había acudido al Juzgado a tal fin, lo que motivó que la persona discapacitada incurriera en contradicciones debido al nerviosismo.

La Audiencia rechaza la petición de nulidad argumentando:

Es cierto que el Estatuto de la Víctima del delito aprobado por ley 4/15, recoge una serie de medidas de protección concretas para aquellos colectivos que carecen de una legislación especial y, concretamente, para los menores, víctimas de delito de naturaleza sexual, víctimas de trata de seres humanos y, en lo que aquí interesa, a los discapacitados. Dicha Ley dispone (art.4) que las comunicaciones con la víctima deberán hacerse de manera que se tengan en cuenta sus características personales y, en especial, las necesidades de personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Se establece que se les facilitará la asistencia y apoyos necesarios para hacerse entender con ellas, incluyendo la interpretación en lenguas de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas o con discapacidad auditiva y sordociegas. Qué duda cabe que estos mismos derechos también los tienen reconocidos las personas discapacitadas que ostentan la condición procesal del investigado o acusado.(...)

Ahora bien, en el presente caso no nos consta que la capacidad de expresión y de defensa de la recurrente se haya visto dificultada o mermada por el hecho de que no hubiera contado con algún tipo de asistencia durante el juicio. Resulta indudable, a la vista de la documentación aportada relativa a (), que ésta tiene reconocido un grado de discapacidad del 41% al presentar una inteligencia límite. Pero ello no quiere decir que la recurrente tuviera algún tipo de problema en el acto de juicio a la hora de explicar lo sucedido. Revisada la grabación del mismo, la Sala, en su composición unipersonal, ha podido comprobar cómo la denunciada se expresó con total normalidad en el juicio, mantuvo un relato claro y coherente a la hora de exponer su versión de los hechos, sin que para ello precisara ayuda de ninguna persona, y sin que conste que no entendiera lo que se le estaba preguntando.

VIII.2.b) Incidencia de la discapacidad sobre la responsabilidad penal de la persona

En cuanto a la incidencia de la discapacidad sobre la responsabilidad penal de las personas, no es posible recoger en esta obra toda la jurisprudencia emanada de los órganos judiciales del orden penal en relación con los requisitos y condiciones exigidos para la apreciación de las eximentes (completas o incompletas) contempladas por el artículo 20, apartados 1º y 3º CP, y la correspondiente aplicación de las medidas de seguridad reguladas en los arts. 95 y ss CP, dado que la extensión de semejante análisis excedería con creces del objeto y finalidad de este estudio.

Por tal motivo, limitaremos el objeto de este apartado a realizar una breve exposición de las sentencias más recientes dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con los requisitos exigidos para la apreciación de las eximentes contempladas por los apartados 1º y 3º del art. 20 CP, y para la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad, lo que se completará con las resoluciones más relevantes dictadas por nuestro Tribunal Constitucional en estas materias.

Sobre los requisitos exigidos para la apreciación de la eximente de anomalía psíquica, la **STS (2ª) 271/18, de 6 de junio**, ECLI: ES:TS:2018:2094 resume:

“La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1170/2006 de 24 de noviembre; 455/2007 de 19 de mayo; 258/2007 de 19 de julio; 939/2008 de 26 de diciembre; 90/2009, de 3 de febrero; 983/2009, de 21 de septiembre; 914/2009 de 24 de septiembre; 29/2012 de 18 de enero o 473/2017 de 26 de junio entre otras) tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el sistema del Código Penal vigente exige no sólo un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico- normativo). La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (STS 51/2003 de 20 de enero y STS 251/2004, de 26 de febrero).

En la práctica se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico, se establece el grado y la intensidad del padecimiento psíquico, y después se extrae operando con tal base biopatológica la conclusión pertinente sobre si el autor de la conducta delictiva actuó en el caso concreto comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas (SSTS 914/2009, de 24 de septiembre ; 983/2009 de 21 de septiembre ; 90/2009 de 3 de febrero ; 649/2005 de 23 de mayo ; 314/2005 de 9 de marzo; 1144/2004 de 11 de octubre; 1041/2004 de 17 de septiembre; y 1599/2003 de 24 de noviembre, entre otras muchas). Esta conclusión -expresada con una nueva dicción legal que viene a sustituir a lo que antes, con menor rigor técnico, se cifraba en la merma o anulación de las facultades intelectivas o volitivas- suele estar en relación simétrica directa con el grado de limitación psíquica del sujeto.

La STS (2ª) 206/2017, de 28 de marzo, ECLI: ES:TS:2017:1176 examina un supuesto de apreciación de la eximente incompleta de anomalía psíquica, y señala:

“Como se recoge en la sentencia núm. 696/2004, 27 de mayo, citada entre otras por la 342/2013, de 17 de abril, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido en general que los trastornos de la personalidad o psicopatías, valorables conforme al artículo 20.1ª en cuanto que constituyen auténticas anomalías psíquicas, “son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto.

En general, la jurisprudencia ha entendido que los trastornos de la personalidad que deban influir en la responsabilidad criminal, son acreedores de la estimación de la atenuante analógica, resultando la eximente incompleta cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está asociado a otras patologías relevantes como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus grados iniciales, la toxicomanía... (SSTS. 544/2016, de 21 de junio; 607/2015, de 9 de octubre; y 879/2005 de 4 de julio, entre otras).

En autos, el propio recurrente, afirma parámetros muy alejados de una completa anulación volitiva, mientras que no resulta afectada la capacidad cognitiva o lo era en grado leve pues no se detectaba claramente en los diversos in-

formas psiquiátricas; es decir, mantenía en su totalidad o en grado notable, las facultades de comprensión de la ilicitud y meramente resultaba limitada la capacidad de autodeterminar la conducta con arreglo a ese conocimiento; limitación o merma que ni siquiera se califica de grave, por lo que ordinariamente solo conllevaría la estimación de una atenuante analógica a la de anomalía o alteración psíquica (vd. STS núm. 544/2016, de 21 de junio y las que allí se citan). Sólo la adición de un incierto retraso intelectual o cognitivo sin cuantificar y la concurrencia de las especiales circunstancias no recogidas en la narración de hechos probados, de abandono de la medicación, el desarraigo familiar y el uso de sustancias psicoactivas, pero adicionadas por la Audiencia en la fundamentación, permitieron la estimación de una eximente incompleta.

No obstante, conviene precisar la incidencia del incierto retraso intelectual. Ciertamente, frente a una jurisprudencia muy reiterada, que exige que las circunstancias eximentes y atenuantes estén tan acreditadas como el hecho delictivo, se abre paso, una posición que conlleva la erradicación del concepto mismo de carga de prueba en el proceso penal; así la STS 69/2017, de 8 de febrero, o la 639/2016, de 14 de julio, resolución esta que señala: En el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad. No ha de ser diverso el alcance de la garantía si de lo que se duda es de la participación causa de responsabilidad que si de lo que se duda es de la existencia de la enajenación de la que depende la inocencia del acusado.

Pero en autos, la falta de cuantificación del incierto retraso, solo contenida en la fundamentación, no ha sido descartada por la Audiencia, sino que ha sido efectivamente ponderada en su fundamento cuarto para estimar y alcanzar la eximente incompleta.

La STS 678/2017, de 28 de octubre, ECLI: ES:TS:2017:3644, examina la posible apreciación de la eximente de alteración psíquica en casos de trastorno de la personalidad, afirmando:

Desde el punto de vista de la posible alteración mental del recurrente y puesto que lo único que la sentencia admite es un “trastorno de la personalidad con déficit de control de impulsos”, no resulta admisible la eximente completa ni incompleta, ya que la jurisprudencia de esta Sala rechaza casi sistemáticamente la eximente en supuestos variados de trastorno de la personalidad no asociado a otras patologías, máxime si no guarda relación con el delito de que se trate (SSTS 188/2008, de 18 de abril, 149/2012, de 22 de febrero, 527/2014, de 1 de julio, 856/2014, de 26 de diciembre, 54/2015, de 11 de febrero, 467/2015, de 20 de julio, 544/2016, de 21 de junio...) porque el trastorno de personalidad no especificado se integra por patrones carac-

terísticos del pensamiento, los sentimientos y las relaciones personales, pero no integra en principio enfermedad mental que afecte a la capacidad de culpabilidad, que sólo se ve afectada si concurren otras patologías.

Pese a ello, son muchas las sentencias de esta Sala que, como la de instancia aprecian una atenuante analógica, cuando al trastorno de la personalidad se caracteriza por un déficit de control de los impulsos y se une la politoxicomanía que ha determinado un historial de tratamientos interrumpidos o fracasados.

Interpretando el concepto de enajenación en un sentido biológico-psicológico y estimando insuficiente el diagnóstico de una enfermedad mental para la apreciación de la eximente, se ha exigido la presencia de unos determinados efectos en la capacidad de entender y querer. Por una parte, se rechaza que los trastornos de la personalidad sean verdaderas enfermedades y por otra, se requiere una falta o un sensible déficit -según se propusiese la apreciación de la eximente o de la semieximente- de inteligencia y voluntariedad que el trastorno de la personalidad no siempre comporta, se admite únicamente que puedan servir de base a la atenuante analógica, lo que equivale a dar por supuesto que la relación entre los trastornos de la personalidad y los estados morbosos de la mente es sólo de analogía.

Acreditado el trastorno de personalidad con déficit de control de impulsos y la afección leve de facultades mentales del recurrente -abuso de drogas, consumo de alcohol, tratamientos con psicofármacos, - resulta indiscutible, que concurre una "anomalía o alteración psíquica". Este sólo dato no es suficiente, sin embargo, para que pueda ser apreciada dicha eximente, ni completa ni incompleta, puesto que, como ya hemos adelantado, la mera presencia de una anomalía o alteración psíquica puede ser irrelevante para la determinación de la imputabilidad de quien la padece y, en consecuencia, de su responsabilidad penal.

Sería preciso además que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pudiera comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, es decir, es preciso que la anomalía o alteración se interponga entre el sujeto y la norma que establece la ilicitud del hecho, de forma que no pueda ser motivado por aquélla o que, pudiendo percibir el mandato o la prohibición contenidos en la norma, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque el mismo se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa. Y en el supuesto de que la incapacidad para ser motivado por el precepto, o el bloqueo que en la motivación creada por el mismo determinen otras causas, sea sólo parcial, nacerá el presupuesto fáctico para la apreciación de la eximente incompleta.

En el caso de autos, el Tribunal de instancia ha considerado probado que el acusado tenía “ afectadas de manera leve sus facultades volitivas en el momento de realizarse el hecho”, por lo que la solución de la atenuante por analogía sigue siendo la más idónea.

La STS (2ª) 728/2016, de 30 de septiembre, ECLI: ES:TS:2016:4191 entra a examinar los requisitos y condiciones exigidos para la adopción de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico respecto de una persona declarada exenta de responsabilidad criminal por un delito de asesinato intentado, al declararse probado que se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio, y que ha cursado con brotes psicóticos en tres ocasiones anteriores que han provocado internamientos involuntarios, estando a la fecha de los hechos sin medicar, de suerte que el acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante, careciendo además de capacidad de control de sus actos. La sentencia sustituye las medidas de sometimiento a custodia familiar y libertad vigilada que le habían sido inicialmente impuestas por una medida de internamiento en centro psiquiátrico, razonando la modificación de la siguiente forma:

Como ya se ha destacado en reiteradas resoluciones de esta Sala, la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, pues no sólo contemplan la imposición de una pena en supuestos de perpetración de una infracción penal, sino que prevén la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales cuando el sujeto activo del delito presenta determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad de reiteración y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales (SSTS 345/2007, de 24-4, 1019/2010, de 2-11 o 124/2012, de 6-3). Unas medidas de seguridad que «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito » (art. 6.1 del Código Penal), pero con sujeción en todo caso, al principio de legalidad, en la medida en que el artículo 1.2 del texto punitivo dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente en la ley».

La jurisprudencia de esta Sala (STS 603/2009, de 11 de junio, entre otras) ha destacado también que el respeto de la previsión legal impone la concurrencia de tres exigencias ineludibles para la imposición de una medida de seguridad, más concretamente: A) La comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 Código Penal); B) La condición de inimputable (arts. 101.1, 102.1, 103.1 y 105 Párrafo 1) o semi-imputable (art. 99 y 104) de su autor y

C) La acreditación de una probabilidad de comisión de nuevos delitos por el mismo, es decir, la apreciación de una objetiva peligrosidad delictiva del autor, que -como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo - resulta oportuno evaluar desde un doble juicio: i) el diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado (art. 6.1 del Código Penal), pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido y ii) el pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2º del Código Penal.

No obstante, para la concreta imposición de la medida de seguridad de internamiento, por su naturaleza privativa de libertad, viene a añadirse la exigencia de que el delito cometido tenga asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1) y que se justifique tal privación. Una justificación que exige el mayor compromiso valorativo del Juez, considerando la constante doctrina constitucional que impone un deber reforzado de motivación en todos aquellos supuestos en los que el pronunciamiento judicial afecte a derechos fundamentales (SSTC 86/1995, 128/1995, 62/1996, 170/1996, 175/1997 ó 200/1997 entre muchas otras) o cuando la resolución atañe “de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico” (STC 81/1997, con cita STC 2/1997).

Debe destacarse también que esta valoración ha de realizarse desde la ponderación de los dos elementos que pueden constitucionalmente legitimar la adopción de la medida de internamiento que se analiza, esto es, la existencia de una recomendación terapéutica o educativa que muestre la mejor validez del internamiento para la búsqueda de la salud, la rehabilitación o la reinserción social del delincuente por un lado y, por otro, la necesidad fundada de su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social, en atención a la propia peligrosidad del autor del delito (SSTS 345/2007, de 24-4 y 124/2012, de 6-3). Ambas razones son contempladas en el texto punitivo (art. 101.1, 102.1, 103.1 CP) al facultar el internamiento de incapaces o semi-incapaces, cuando “fuera necesario”, habiendo declarado el TEDH (sentencia TEDH de 24 de octubre de 1979 - caso Winterwerp -, reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 - caso X contra Reino Unido - y de 23 de febrero de 1984 - caso Luberti -) que la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e del CEDH, siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988, 129/1999, de 5-7), que se concretan en: a) Haberse probado de manera convincente la

enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y c) Dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

Es evidente que la legitimación del internamiento pasa así por la evaluación judicial de cada caso concreto, lo que entraña apreciar si concurren motivos que justifiquen la privación de libertad y si coexisten con circunstancias que muestren la conveniencia de su adopción. Y si la justificación terapéutica del internamiento descansa en la mayor parte de las ocasiones en que el internamiento facilite, en mejor medida que una atención ambulatoria, una actuación médico-asistencial que favorezcan la curación o la reinserción del enfermo o que prevenga la realización por su parte de actos autolesivos, la justificación preventivo general no sólo precisa que el padecimiento psíquico haya sido determinante en la comisión de la acción delictiva ya perpetrada (diagnóstico), sino la realidad de un pronóstico que debe conjugar, tanto la probabilidad de reiteración de crisis semejantes, como el riesgo de que confluyan de nuevo en graves ataques a bienes jurídicos de singular valor y protección. En todo caso, una justificación del internamiento así analizada, debe además venir acompañada de una ponderación de necesidad, entendida como la adecuada correspondencia entre la limitación del derecho a la libertad que va a imponerse al afectado por un lado y la potenciación que puede lograrse de los beneficios que justifican el internamiento, en confrontación con la satisfacción de estos beneficios que se obtendría dispensando un tratamiento psiquiátrico de un modo menos lesivo para los derechos individuales de enfermo.

Ciertamente, en el caso enjuiciado, no es la indicación terapéutica la que sirve de justificación para el necesario internamiento que el recurso sostiene, pues el relato fáctico de la sentencia de instancia -que ha de ser respetado en virtud del cauce casacional elegido- describe que “ Encarna se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio”; lo que el Tribunal de instancia complementa con su juicio valorativo de los informes periciales (FJ 5), indicando que tales dictámenes “ no permiten afirmar de forma tajante que con medicación la ideación paranoide desaparezca, que realmente no se sabe si es así, o simplemente con dicha medicación el enfermo lo que controla son sus impulsos logrando inhibir un comportamiento que en el caso de la acusada han llegado a ser violentos”.

Tampoco descansa la decisión de internamiento es la necesidad de prestar protección a la acusada respecto de sus propios comportamientos. Los brotes psicóticos que sufre no conducen a conductas autolesivas, sino peligrosas para terceros; lo que el Tribunal plasma en sus hechos probados indicando que la enfermedad entraña “ interpretaciones delirantes de perjuicio” y que “ El acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante...”. El convencimiento se alcanza desde la consideración del informe pericial de los doctores Srs. Jesús y Leovigildo, que dictaminaron que los delirios son de contenido persecutorio, referencial y de perjuicio (como sufrir envenenamiento, difamación, insultos, amenazas, violación o suplantación) y de la psiquiatra penitenciaria, que sostiene no sólo una realidad psicótica “con contenido de perjuicio por parte de los demás “, sino que añade que se conduce como una “ angustia por sentirse amenazada que le lleva a conductas de riesgo “.

Es pues una razón preventivo general, o de protección colectiva, la que reclamaría -y así lo sostiene el recurso- que deba adoptarse la medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico adecuado al tratamiento de la acusada y que deba anularse la decisión del Tribunal de instancia que optó por someterla a un tratamiento ambulatorio con control trimestral y a la medida de seguridad añadida de custodia familiar.

Y la pretensión debe ser acogida por la Sala, pues por más que la opción entre las medidas de seguridad corresponda al Tribunal de instancia, la decisión ha de ajustarse a los criterios rectores de la discrecionalidad judicial a los que se ha hecho referencia, pudiendo la casación revisar el pronunciamiento, no sólo cuando se haya adoptado una medida de seguridad inadmisibles o manifiestamente arbitraria, sino además en todos aquellos casos en los que se hayan tenido en consideración factores de la individualización incorrectos.

La STS (2ª) 705/2017, de 25 de octubre, ECLI: ES:TS:2017:3867 expone, por su parte:

En respuesta a las alegaciones impugnativas de la parte recurrente lo primero que conviene aclarar es que, al haber sido absuelto el acusado por apreciarse una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal: la de alteración psíquica (art. 20.1º del C. Penal), no puede ser considerado culpable de los hechos delictivos. Ello determina la imposibilidad de una condena a pena alguna dada su falta de culpabilidad, sino a lo sumo a una medida de seguridad, tal como se prevé en el art. 101 del C. Penal, debiendo así excluirse la imposición de penas en el fallo, en el que sólo procede hablar de la imposición de medidas de seguridad acordes al grado de peli-

grosidad del autor de los hechos delictivos, y no al grado de una culpabilidad que no concurre (art 6.1 CP).

Aclarado lo anterior, es importante ahora reseñar que el cálculo de la pena sólo servirá aquí para fijar el límite máximo de la medida de seguridad de internamiento, toda vez que el art. 6.2 del C. Penal dispone que «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Mientras que el art. 101.1 del mismo texto legal preceptúa que «Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo».

VIII.2.c) Condiciones para la adopción y cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico

Especial relevancia reviste, en relación con las condiciones de adopción y cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico la **STC (2ª) 124/2010, de 29 de noviembre, recurso 3278/2006**.

Se recurre ante el Tribunal Constitucional la STS (2ª) 63/2006, de 31 de enero, que estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que condenaba a un individuo por un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso con un delito de incendio, con la concurrencia de una eximente incompleta de anomalía psíquica por esquizofrenia paranoide, a la pena de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico por igual tiempo. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estima que concurren en el caso examinado los presupuestos legal y jurisprudencialmente exigibles para la apreciación de la eximente completa del artículo 20.1 CP, y, en consecuencia, casa y revoca la sentencia de instancia, y dicta nueva sentencia en que absuelve al acusado por apreciación de dicha eximente, y le aplica una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo de veinte años, declarando de manera específica que la medida no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

La sentencia de la Sala Segunda TS es recurrida en amparo por la representación procesal del acusado absuelto, que alega infracción de los artículos 17, 24 y 25 de la Constitución, por entender que la extensión de la duración de la medida de seguridad de 7 años (fijados en la sentencia de la instancia) a 20 años (fijados en la STS) constituye un supuesto de *reformatio in peius* contrario al principio acusatorio, al derecho a una tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; y que la prohibición de revisión de la medida en un plazo de 8 años contradice las garantías que la protección del derecho fundamental a la libertad exige en los supuestos de internamiento en establecimiento psiquiátrico, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que garantizan, todos ellos, que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental, apreciada por la comisión de un hecho que la ley sanciona como delito; así como el derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y la reinserción social.

El Tribunal Constitucional comienza recordando las condiciones mínimas exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que el internamiento de un “enajenado” pueda considerarse ajustado a la legalidad vigente:

En la STC 112/1988, de 8 de junio, este Tribunal, al analizar el art. 8.1 CP, en su redacción anterior a la reforma introducida por Ley Orgánica 10/1995 y con motivo de un internamiento judicial en establecimiento psiquiátrico dispuesto en Sentencia penal, recogió las condiciones mínimas que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de cumplir la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, y que son; la existencia de una perturbación mental real; que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y que, dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos; es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo, Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp), cuya doctrina fue extendida con posterioridad a condenas judiciales que determinaron la reclusión de delincuentes enajenados en hospitales psiquiátricos, Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti contra Italia), condi-

ciones que como afirma la Sentencia citada de este Tribunal, garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada; por lo que resulta obligado el cese del internamiento cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad, juicio que corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento.

Rechaza seguidamente que exista infracción del derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución derivada de una *reformatio in peius* argumentando:

...la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el demandante, único recurrente, absolviéndole de los delitos por los que había sido condenado en la instancia al ser declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo al art. 20.1 CP, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, que apreció la concurrencia de la eximente incompleta del art. 21 CP y le condenó a la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo con aplicación de lo dispuesto en el art. 99 CP, todo lo cual evidencia que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento, finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito dictado con fundamento en la prevención de la peligrosidad del demandante y no como sanción por el hecho realizado, pronunciamiento consecuente con la estimación que se hizo de la petición realizada por el demandante en su recurso de casación de aplicación del art. 101 CP, aplicación que lleva implícita la previsión contenida sobre límite de duración del internamiento que «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo», previsión en la que se encuentra el límite de veinte años fijado por la Sentencia respecto del delito de asesinato imputado, art. 139 CP. (...) el Tribunal sentenciador en modo alguno ha comprometido su imparcialidad, al no haber asumido funciones acusatorias y sí de prevención respecto la conducta futura del demandante absuelto, consecuencia jurídica congruente con lo solicitado por el demandante en el recurso de casación interpuesto, lo que excluye la vulneración denunciada.

Estima, sin embargo, la objeción del recurrente relativa a la prohibición de revisión de la medida de seguridad impuesta en un plazo de 8

años, por considerarla contraria a los artículos 17 y 25 de la Constitución. Argumenta la STC:

Sobre el control y revisión de la medida de internamiento se pronunció la STC 24/1993, de 21 de enero, en cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 8.1 CP, en términos coincidentes con lo ya dicho: «En consecuencia, resulta obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin (STC 112/1988). De otra parte, es preciso reiterar que la nueva redacción del art. 8.1 del Código Penal hace posible, como antes se dijo, adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas que se estimen más adecuadas al estado mental del interesado. Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos --como los controles periódicos, antes mencionados--, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. Sin embargo, la redacción actual del precepto es suficiente garantía, ya que impone claramente a los órganos judiciales la eliminación de esas medidas en el momento en que dejan de ser necesarias» (FJ 5). Alude la Sentencia a la realización por el Tribunal penal de controles sucesivos que permitan tener constancia de la curación o de la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el internamiento, al no poder prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. (...)

Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal que, en desarrollo del motivo, se imputa a la Sentencia recurrida al imponer una prohibición de revisión de la medida durante ocho años contraria a la previsión legal de revisión anual establecida por el art. 97 CP, infracción de precepto penal que tiene su encaje en el art. 25.1 CE, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de libertad del art. 96.2 CP, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regulación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución.

El precepto citado por la Sentencia recurrida en justificación de la medida impuesta, art. 101 CP, remite en su número dos al art. 97 CP, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual a la que se hizo refe-

rencia en el anterior fundamento jurídico, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, art. 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, STC 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el art. 97 CP.

VIII.2.d) Prisión provisional de personas con discapacidad psíquica.

La discapacidad ha recibido especial atención de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la figura de **la prisión provisional**, analizada en la STC (2ª) 191/2004, de 2 de noviembre, recurso 6674/2002, y la STC (Pleno) 217/2015, de 22 de octubre, recurso 5843/2014.

La **STC (2ª) 191/2004, de 2 de noviembre, recurso 6674/2002** examina los recursos de amparo interpuestos por la representación procesal de un individuo con una esquizofrenia paranoide, de severidad suficiente como para justificar tanto una incapacitación total en vía civil, como una inimputabilidad penal al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1 CP. El recurrente fue detenido el 27 de octubre de 1999, en virtud de una orden internacional de detención interesada por Estados Unidos, por la supuesta comisión, en dicho país, de dos hechos de tentativa de asesinato con resultado de lesiones. Por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de octubre de 1999, la detención fue elevada a prisión provisional, iniciándose al propio tiempo el procedimiento de extradición del recurrente en amparo. La situación de prisión provisional se mantuvo hasta que, por auto de 30 de enero de 2000, el juzgado acordó la puesta en libertad del actor por haber transcurrido el plazo para la presentación en forma debida de la solicitud de extradición por el Estado reclamante, siendo nuevamente decretado su ingreso en prisión provisional por auto de 9 de febrero de 2000, una vez recibida dicha solicitud y en atención, exclusivamente, al posible riesgo de fuga. En dicha situación se le mantuvo hasta que, por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 7 de abril de 2000, fue puesto en libertad al no apreciarse riesgo de fuga a la vista de que tenía domicilio conocido, estaba recibiendo tratamiento médico, había comparecido ante diversos organismos oficiales para regularizar su situación en España y carecía de autonomía para efectuar desplazamientos a larga distancia. Finalmente, la extradición solicitada por Estados Unidos fue denegada por autos de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2000 y del Pleno de esa misma Sala de 17 de enero de 2001, por motivo de: 1) la grave enfermedad men-

tal que aquejaba al recurrente; 2) su arraigo familiar en España; 3) haber sido declarado plenamente inimputable; y 4) haber promovido el Ministerio Fiscal su incapacitación civil.

El demandante de amparo fue, en efecto, declarado incapaz por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valencia, de 18 de junio de 2001, en procedimiento promovido por el Ministerio Fiscal en el que, previo informe del médico forense, se constató su «enfermedad psíquica persistente e irreversible en el tiempo». Por auto del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Valencia fue remitido al centro específico para enfermos mentales crónicos «Eulen» de dicha ciudad, en el que se encontraba internado cuando se decretó de nuevo su ingreso en prisión provisional por auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2002, dictándose seguidamente contra el auto de procesamiento, con fecha de 29 de mayo de 2002, en el que se ordenaba que permaneciera en el indicado centro en calidad de preso. El acuerdo de prisión fue adoptado sin practicar la previa y preceptiva comparecencia del art. 504 bis.2 LECrim, no teniendo ésta lugar hasta el 11 de junio de 2002.

Por auto de 31 de mayo de 2002 el juzgado acordó el ingreso del demandante de amparo en prisión provisional mediante su internamiento, en calidad de preso, en el Centro Penitenciario Psiquiátrico de Alicante, al que fue trasladado ese mismo día, y con fecha de 11 de junio de 2002, el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional dictó un auto en el que acordaba el mantenimiento de la situación de prisión provisional comunicada e incondicional en la que se encontraba el demandante de amparo.

Presentados recursos de reforma y de apelación frente a la anterior resolución, fueron sucesivamente desestimados por la Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Todos los autos pronunciados en instancia, reforma y apelación son recurridos ante el Tribunal Constitucional por infracción de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 17 y 24 de la Constitución habida cuenta:

a) En relación con la infracción del artículo 17, que los autos que acuerdan y mantienen la situación de prisión preventiva fundamentan tal decisión en finalidades aparentemente legítimas (riesgo de fuga y peligro de reiteración delictiva) pero sin valorar cuáles eran sus circunstancias personales en ese momento, considerando el recurrente que no existía un fundamento real para decretar la prisión provisional, y su consiguiente traslado a un establecimiento psiquiátrico penitenciario, ni tampoco para mantenerle en dicha situación una vez solicitada su puesta en libertad, toda vez que no existía riesgo de fuga, ni de desaparición de los medios de prueba, ni alarma social, de manera que la imposición de tan excepcional medida resultó a todas luces desproporcionada. A mayor abunda-

miento se señala que ya había estado sometido a prisión provisional en el anterior procedimiento de extradición hasta que, por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 7 de abril de 2000, fue puesto en libertad precisamente por no apreciarse riesgo de fuga a la vista de que tenía domicilio conocido, estaba recibiendo tratamiento médico, había comparecido ante diversos organismos oficiales para regularizar su situación en España y carecía de autonomía para disponer desplazamientos de larga distancia. Se consideró que la enfermedad psiquiátrica que presentaba el recurrente suponía un riesgo de comisión de delitos graves en el futuro, sin apoyo alguno en la opinión de expertos en psiquiatría, y sin considerar la posibilidad de que ese supuesto riesgo pudiera quedar conjurado mediante la permanencia del recurrente en el centro psiquiátrico privado en que se hallaba ingresado ya cuando se acordó la prisión provisional por tercera vez.

b) En conexión con el derecho del artículo 24 de la Constitución, se aduce que la comparecencia, legalmente prevista como necesaria al efecto de su ingreso en prisión provisional, no se celebró sino después de once días de haberse decretado dicho ingreso, y que se procedió a la apertura de juicio oral sin haberse tomado al recurrente declaración indagatoria.

El Tribunal rechaza el recurso por infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución, y argumenta, en cuanto a la apertura de juicio oral sin haberse recibido declaración indagatoria previa al imputado:

En la demanda de amparo se reconoce que la prestación de tal declaración no resultaba posible, dada la incapacidad del imputado para prestarla, de manera que el argumento esgrimido únicamente podría conducir a la conclusión de carácter general, efectivamente alcanzada por la representación del demandante de amparo, de que en ningún caso cabe abrir juicio oral contra un inimputable, debiendo procederse, una vez comprobada su inimputabilidad penal, al sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones (art. 637.3 LECrim.).

Distinto es, sin embargo, el punto de vista desarrollado a este respecto en las resoluciones combatidas, especialmente en uno de los dos Autos dictados en apelación por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha de 3 de diciembre de 2002. En dicha resolución se mantiene, por el contrario, el criterio de que, si bien constaba en autos la inimputabilidad del acusado y en consecuencia resultaba de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 637.3 LECrim, el Instructor carecía de competencia, al tratarse de un sumario, para acordar el sobreseimiento libre de la causa, ya que dicha resolución únicamente correspondía a la Sala competente para el enjuiciamiento, por lo que aquél únicamente estaba autorizado a concluir el sumario y remitir las actuaciones a la Sala para que por ésta última se

dictara Auto de sobreseimiento, adoptándose en ese momento las medidas que procedieren en orden a la situación personal del procesado.

Es cierto que el art. 383.1 LECrim --en el que parece apoyarse la postura procesal mantenida en el Auto de 3 de diciembre de 2002-- se refiere a supuestos de inimputabilidad sobrevenida después de la comisión del delito, lo que no sería aquí el caso, respecto de los que la Ley manifiesta claramente su voluntad de que no impidan la terminación del sumario debido, entre otras razones, a que el carácter sobrevenido de esta causa de exención de la responsabilidad penal la haría aparecer como un elemento nuevo y, como tal, procesalmente insuficiente para dejar el sumario inconcluso. Nada se dice, en cambio, en dicho precepto acerca de cuál ha de ser la actuación procesal cuando la inimputabilidad no es una circunstancia sobrevenida sino preexistente, lo que no obsta para que pueda entenderse que lo en él dispuesto también resulta aplicable a tal supuesto.

La aplicabilidad del mencionado precepto a aquellos casos en los que se atribuya la comisión de un delito a un imputable que ya lo era en el momento en que tuvieron lugar los hechos que se le imputan conduce naturalmente a la conclusión de que ningún reproche de naturaleza constitucional cabe oponer a los órganos judiciales, de instancia y de apelación, por no haber procedido a decretar el sobreseimiento libre de la causa hasta tanto no estuviera concluso el sumario y hubieran sido elevadas las actuaciones al Tribunal competente sobre el fondo para que éste, sin necesidad de apertura del juicio oral ni de Sentencia, procediera a dictar un Auto en ese sentido, de conformidad con lo establecido en el art. 637.3 LECrim. Ha de darse, por consiguiente, la razón el Ministerio Fiscal cuando aduce que el sistema propio de la ordenación del proceso sumarial en cada una de sus fases fue determinante de que no se procediera a dictar, con carácter inmediato, un Auto de sobreseimiento; así como cuando concluye que, no habiéndose privado al recurrente de ningún acto de alegación y defensa en orden a la acreditación, por otra parte notoria, de una causa de exención de la responsabilidad penal, ni obstaculizado en modo alguno el dictado de un Auto de sobreseimiento y archivo de la causa, ninguna indefensión o merma de su derecho a la defensa puede estimarse producida.

Descarta también el Tribunal que se haya producido vulneración del derecho de defensa por el hecho de que fuera decretada la prisión provisional sin celebración de la comparecencia prevista en el artículo 504. bis.2 LECrim habida cuenta que:

Tal omisión fue debida, según se hace constar expresamente en el Auto de ese mismo Juzgado de 31 de mayo de 2002, a la propia «situación del procesado en cuanto a la anomalía psíquica que padece, lo que le impide una

mínima capacidad de discernimiento y declaración», por lo que, a propuesta del Ministerio Fiscal, se dispuso en esta última resolución que la comparecencia fuera efectuada con el Letrado del procesado, lo que así se hizo finalmente con fecha de 11 de junio de 2002. De manera que ha de concluirse que, subsanado así el indicado defecto y garantizadas en toda su extensión las posibilidades de defensa del recurrente, esa inicial omisión de comparecencia --por lo demás suficientemente motivada-- carecería por sí sola de relevancia constitucional, siendo constitutiva de una mera irregularidad procesal que no sería lesiva de derecho fundamental alguno (AATC 179/1996, de 26 de junio, y 277/1997, de 16 de julio; STC 305/2000, de 11 de diciembre).

En cuanto a la aducida infracción del artículo 17 de la Constitución, el Tribunal, tras recordar que la prisión preventiva es una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede convertirse en una pena anticipada, que tan solo está justificada su adopción cuando se trata de alcanzar con ella fines constitucionalmente legítimos (conjurar el riesgo de fuga, de obstrucción de la investigación penal o de reiteración delictiva), que la alarma social no es un fin constitucionalmente válido para fundar una medida de prisión provisional, y que, como toda restricción del derecho a la libertad personal, es una medida que únicamente debe ser impuesta cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que no se cuente con otras medidas menos gravosas para alcanzar los mismos fines que se intentan conseguir, llega a la conclusión de que:

...todas las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho del recurrente a la libertad personal, reconocido en el art. 17.1 CE, al decretar sucesivamente su ingreso en prisión provisional, su traslado a un centro psiquiátrico penitenciario en calidad de preso y su mantenimiento en dicha situación sin que concurriera ninguna de las finalidades constitucionalmente justificantes de la adopción de tan excepcional medida, sin que se motivara suficientemente su necesidad a la vista de las circunstancias personales del afectado por ella y sin que fuera sometida, una vez impuesta, al preceptivo control judicial.

En relación con el riesgo de fuga invocado en los autos recurridos, se razona:

...el riesgo de desaparición de pruebas y de fuga ya había quedado descartado en el curso del previo procedimiento de extradición seguido en contra del demandante de amparo, al haber pasado la mayor parte del tiempo que duró dicho procedimiento en libertad, así como en los trece meses anteriores a su procesamiento, en los que estuvo primero en libertad y más tarde

internado en un centro privado de atención psiquiátrica en el que había comenzado a disfrutar de permisos domiciliarios terapéuticos con resultados satisfactorios, según se hace constar en los informes aportados por dicho centro de fechas muy cercanas (11 de abril y 22 de mayo de 2002) a su ingreso en prisión provisional.

En relación con el riesgo de reiteración delictiva se afirma:

Desde luego no puede descartarse que un enfermo mental que ya ha intentado atacar contra la vida de las personas vuelva a cometer otro delito de esa misma índole o de cualquier otra. Precisamente por ello el Código penal dispone, en su art. 101.1, que al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad penal por causa de padecer una anomalía o alteración psíquica que le impide conocer la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión «se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie». Pero obsérvese que ni dicho internamiento es en todo caso obligado, pues para decretarlo resulta indispensable la previa emisión de un juicio de peligrosidad criminal suficientemente motivado, ni el citado precepto impone que necesariamente haya de tener lugar en un establecimiento psiquiátrico penitenciario.

En contraste con esta falta de determinación legal del tipo de establecimiento en el que, en su caso, ha de internarse al declarado exento de responsabilidad criminal por motivo de enfermedad mental, el art. 184 b) del Reglamento penitenciario de 1996 (RP) dispone que dicho internamiento habrá de efectuarse en «establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias», definidas en su art. 183 como «aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes». Además de en este supuesto, cuyo punto de partida es la existencia de un pronunciamiento judicial acerca de la exención de responsabilidad penal del inimputable y la consiguiente posibilidad de imponerle una medida de seguridad postdelictual cuya duración máxima ha de fijarse en la Sentencia (art. 101.1 CP), y del supuesto constituido por los ya penados a los que aqueja una enfermedad mental sobrevenida [art. 184 b) RP], el art. 184 a) RP también dispone el ingreso en un establecimiento de este tipo de «los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda».

A la vista de los artículos del Código penal y del Reglamento penitenciario que acaban de citarse cabe concluir que no procedía en este caso el ingreso del recurrente en prisión provisional en un establecimiento psiquiátrico penitenciario sino que lo procedente era su mantenimiento en el centro psiquiátrico privado en el que se encontraba interno en el momento del dictado del primero de los Autos impugnados, y ello porque no se trataba de una persona que ya hubiera sido declarada exenta de responsabilidad penal por resolución judicial en la que se hicieran explícitas las razones por las que el órgano judicial juzgaba necesario el internamiento a la vista de la peligrosidad inherente a su condición de enfermo mental, ni tampoco se trataba de una persona que hubiera de ser ingresada en esa clase de centro al efecto de observación y emisión del correspondiente informe médico, ya que la enfermedad mental del demandante de amparo había quedado suficientemente acreditada con carácter previo.

La STC (Pleno) 217/2015, de 22 de octubre, recurso 5843/2014 se refiere a la posibilidad de acordar o mantener una medida de prisión provisional para el asegurar la ejecución de medidas de seguridad de internamiento impuestas por sentencia. En esta ocasión el recurso de amparo se interpone contra la resolución que denegaba el cese de la medida de prisión provisional impuesta al recurrente durante la tramitación de la causa penal seguida contra el mismo, una vez dictada la sentencia, en la que se le absolvía del delito de incendio enjuiciado y se le imponía una medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico penitenciario, por apreciación de una eximente completa de alteración psíquica del artículo 20.1 CP. El demandante de amparo anuncia la interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y solicita el cese de la medida de prisión provisional que tenía impuesta en ese momento. El recurso de casación se tiene por preparado y se deniega la petición de libertad. Contra la denegación de la libertad se interpone recurso de súplica, que es desestimado. El recurrente considera que tanto el auto de la Audiencia Provincial que deniega el cese de la prisión provisional como la resolución que desestima la súplica han vulnerado su derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE). Señala el actor que el art. 504.2 LECrim no puede servir de sustento a la prórroga de la prisión provisional ya que (i) sólo puede aplicarse a un “condenado” y no a un acusado que ha resultado absuelto, y (ii) el precepto establece, como alcance temporal máximo de la medida cautelar, “el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia”, siendo evidente, en su opinión, que, en el caso planteado, no se ha impuesto pena alguna sino medida de seguridad. En definitiva, afirma el recurrente que la ley procesal vigente no regula el internamiento cautelar de personas que, sin ser criminalmente responsables, estén sujetas al proceso penal a efectos de la imposición eventual de una medida de se-

guridad, y que esa omisión no puede ser suplida por vía de la interpretación analógica de los preceptos aplicables.

El Tribunal da la razón al recurrente y argumenta:

En definitiva, una vez llegados a este punto, hemos de constatar, de una parte, que el art. 504.2 in fine LECrim, que fue el precepto aplicado por la Audiencia Provincial, no contempla la prórroga de la prisión provisional para el supuesto de hecho planteado; y, de otro lado, resulta patente, también, que los diversos preceptos que hemos analizado carecen de la entidad necesaria para sustituir la omisión que se aprecia en aquél precepto, a los efectos de dar cobertura legal directa a la medida cautelar privativa de libertad acordada, por lo que necesariamente hemos de concluir que la medida cautelar de prisión provisional prorrogada que establece el art. 504.2 último párrafo LECrim no proporciona cobertura legal al internamiento cautelar que la Audiencia Provincial había decidido aplicar al ahora demandante de amparo hasta tanto fuera resuelto el recurso de casación formalizado por éste y hasta que la medida seguridad privativa de libertad impuesta en la sentencia hubiere alcanzado, en su caso, la firmeza. Lo que no obsta a la aplicación, en su caso, de otras previsiones contempladas en el ordenamiento procesal que habiliten al órgano judicial para adoptar una medida de internamiento cautelar y no voluntario de una persona por razón de su trastorno psíquico, como la previsión recogida en el art. 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, u otras que el legislador, en su caso, establezca en cumplimiento de nuestra STC 132/2010, de 2 de diciembre.