



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Instrucciones

DOCUMENTO ANALIZADO

Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Convención sobre Derecho de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

En vigor.

FICHA ELABORADA POR: Fiscalía del Tribunal Supremo. Civil

TEXTO DE LA INSTRUCCIÓN ANALIZADA

INSTRUCCIÓN n.º 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.

1.- El desarrollo legislativo del art. 49 de la Constitución Española respecto de la protección de las personas con discapacidad. 2.- La adecuación de la vigente regulación de los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. 3.- La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. 4.- La adaptación de la actuación del Ministerio Fiscal a los principios de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. 4.1.- La actividad impulsora y vigilante del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre la capacidad de las personas. 4.2.- El contenido mínimo de los escritos de demanda o de contestación formuladas por el Ministerio Fiscal. La necesidad de solicitar el examen Médico Forense de la persona afectada por la discapacidad. 5.- La privación del derecho de sufragio activo de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad. 6.- La vigilancia del Fiscal sobre la situación personal del tutelado y su adaptación a los principios de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. 7.- CONCLUSIONES

1.- El desarrollo legislativo del art. 49 de la Constitución Española respecto de la protección de las personas con discapacidad.

En la Instrucción 4/2008, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces*, la Fiscalía General del Estado expresaba la oportunidad de abordar diversas reformas legislativas para la adecuación del ordenamiento jurídico al *propósito 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* establecido en el art. 1 de la *Convención sobre Derecho de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*, cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

En el Diario de la Unión Europea de fecha 20 de noviembre de 2010 se ha publicado la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, en la que se apoya la aplicación efectiva de la Convención de la ONU por parte de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea.

El legislador español percibiendo la necesidad de diversas reformas legales para adaptar el ordenamiento jurídico español a la superación de cualquier discriminación por razón de la discapacidad y en la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que modifica la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, ha demandado que *el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.*

No obstante, hay que señalar que desde fechas anteriores a dicha Convención, la dinámica legislativa española, en desarrollo de una política de previsión en relación con el tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, que se establece en el art. 49 de la Constitución, ya venía adaptando nuestro sistema a las conveniencias y necesidades de protección de las personas más vulnerables por razón de su edad o situación de discapacidad, con el objeto de procurarles la atención especializada y el amparo necesario para el disfrute de sus derechos fundamentales.

Así, la regulación sustantiva y procesal sobre el régimen jurídico de las personas con discapacidad, en la actualidad contenida básicamente en los arts. 199 y sgtes. CC y arts. 756 y sgtes. LEC., fue modificada mediante la reforma operada en el Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que abandonó el sistema tradicional basado en binomio capacidad o incapacidad, instaurando un sistema proteccionista, en el que se admiten diversas situaciones adaptables a las necesidades de protección del necesitado de la medida. Idéntica orientación siguió la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *de reforma del Código civil en materia de adopción*.

Posteriormente, mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, se ha introducido un nuevo sistema de protección sin declaración de incapacidad, aplicable a personas a las que se refiere el art. 2.2 de dicha Ley.

En el mismo sentido la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, tienen por objeto impulsar las garantías suplementarias que precisan las personas con discapacidad para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también desde fechas pretéritas, viene sosteniendo que la incapacitación únicamente constituye un sistema de protección frente a las limitaciones existenciales del individuo, y que nunca podrán discutirse los derechos fundamentales del sometido a dicho sistema de protección.

2.- La adecuación de la vigente regulación de los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

El sistema de protección que establece la Convención abandona el llamado “*modelo médico o rehabilitador*”, al que se confiere un carácter residual, toda vez que conlleva una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar de aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de toda clase de actos de carácter personal y patrimonial, sustituyéndoles en la toma de las decisiones.

Este sistema es contrario al que se establece en el art. 12 de la Convención que, bajo el título “*igual reconocimiento como persona ante la ley*”, reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, debiéndose asegurar 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. Estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas, 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 independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

El art. 12 de la Convención adopta el modelo denominado “*social de discapacidad*”, mediante el cual las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad, han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se les prive de su capacidad de forma absoluta.

La aplicación de este modelo constituye un reto en el ámbito de la legalidad vigente, pues supone, no sólo la aproximación de los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide en la expresada regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en la figura tradicional de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Ahora se opta por una nueva herramienta que se sustenta en un sistema de apoyos, el cual se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar.

Aunque como se ha indicado *ut supra* dicha forma de abordar la cuestión de la capacidad jurídica efectivamente requiere de diversas modificaciones legislativas, su aplicación no implica la derogación de la regulación vigente en la actualidad, toda vez que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional se orienta a compatibilizar dicha regulación con los postulados y principios informadores de la Convención.

Así, en la STC 174/2002, de 9 de octubre, se expresa 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 LECiv) 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 ji...].*

La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser

siempre revisable.

Como señala la STS 282/2009, de 29 de abril, el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque para adecuar su interpretación a la Convención, habrá de tenerse siempre en cuenta que las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la incapacitación total constituye esencialmente una forma de protección, la cual deberá acordarse únicamente en supuestos excepcionales, cuando resulte estrictamente necesaria.

Por tanto, puede afirmarse que, sin perjuicio de las modificaciones que procedan para su total adaptación, nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.- La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad.

El nuevo modelo supone que las medidas de apoyo se deben acordar por el órgano judicial en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el Juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debe establecer las medidas de apoyo que resulten indicadas conforme al interés de la persona con discapacidad.

El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la actual regulación sobre la capacidad de las personas por otro sistema basado en el apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales e incluso la coexistencia de ambos, situaciones que deberán interpretarse en cada supuesto a la luz de los principios de la Convención, hasta que nuevas soluciones normativas y sociales den cumplimiento en su totalidad a los fines de aquella norma internacional.

Mientras tanto, la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas.

La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.

El curador no supe la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia.

Nada impide que, incluso, de forma similar a la establecida en el art. 223.6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, *del*

libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, la sentencia pueda conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de sus facultades para realizar los demás actos de esta naturaleza por ella misma.

Sin duda, seguirán planteándose situaciones en las que no será posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales resultará necesario tomar una decisión en su nombre, pero la misma habrá de tomarse como consecuencia de la situación concreta, no de la incapacitación genérica.

4.- La adaptación de la actuación del Ministerio Fiscal a los principios de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

La aplicación de los principios y derechos reconocidos en dicha Convención y asumidos como modo de actuación en el marco común europeo a través de la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2010, constituye un importante reto para todas las Instituciones y particularmente para el Ministerio Fiscal, toda vez que, en desarrollo de sus funciones constitucionales, el art. 3.7 del EOMF le atribuye la de *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*.

Sin perjuicio de que una vez realizadas las reformas legislativas anunciadas, la Fiscalía General del Estado pueda abordar mediante una Circular o documento similar el análisis de la amplia problemática que se plantea en relación con la modificación de la capacidad de las personas, en este momento está indicado establecer una serie de pautas de actuación para garantizar la intervención del Ministerio Fiscal con criterios uniformes en la adecuación de la legislación vigente a los indicados principios.

4.1. La actividad impulsora y vigilante del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre la capacidad de las personas.

Los Sres. Fiscales deberán evitar que sus informes u otras formas de intervención procesal se realicen utilizando formulas de carácter genérico o de contenido estereotipado, en las que se prescinda del análisis concreto de la situación de la persona cuya capacidad se cuestiona. Por el contrario, se impulsarán las acciones necesarias para garantizar que las funciones que la legalidad vigente otorga al Ministerio Fiscal en defensa de las personas con discapacidad sean ejercidas en términos de la mayor eficacia. Esta intervención activa también supone que en los supuestos en los que la guarda de las personas con discapacidad sea ostentada por sus familiares, los Sres. Fiscales deban estar vigilantes del adecuado ejercicio de la misma, proporcionándoles, si fuese necesario, la adecuada información en aras a la promoción de la constitución de las instituciones de protección.

4.2. El contenido mínimo de los escritos de demanda o de contestación formuladas por el Ministerio Fiscal. La necesidad de solicitar el examen Médico Forense de la persona afectada por la discapacidad.

Por las razones apuntadas, en las demandas formuladas por los Sres. Fiscales o, en su caso, en los escritos de contestación, se deberá interesar que las resoluciones judiciales relativas a la determinación de la capacidad de las personas concreten no sólo el alcance de la modificación que proceda, sino también la medida de protección o apoyo que consecuentemente deba adoptarse. A dicho fin deben de tomarse en consideración una serie de circunstancias que constituyen las condiciones básicas para el normal desarrollo de la vida de la persona afectada por el procedimiento, cuales son aquellas que resultan imprescindibles para poder ejercer con la máxima plenitud posible su capacidad jurídica.

Para ello, en cada caso concreto, se han de tener en cuenta la capacidad de decisión y de ejercicio acerca de una serie de habilidades vitales que afectan a diversos ámbitos, entre los que pueden señalarse como más importantes los siguientes: a) habilidades para el desarrollo de la vida cotidiana personal e independiente, como asearse, usar medios de comunicación, limpiar, etc. b) habilidades de índole patrimonial, como el control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, gastos cotidianos, etc., c) de índole sanitario, referidas al propio autocuidado y en relación a tratamientos médicos, farmacológicos, rehabilitadores, etc., d) habilidades de índole social, como pasear, decidir el lugar de residencia, etc.

En su virtud, en todos los procesos relativos a la determinación de la capacidad de una persona, los Sres. Fiscales interesarán que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 752 y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de esperar a la celebración de la vista, se reciba el pleito a prueba, proponiendo la pericial consistente en el examen por el Médico Forense de la persona cuya capacidad se cuestiona y/o el informe de los Servicios Sociales que se estimen adecuados, haciendo expresa mención de que en estos procedimientos, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que se pretende no es limitar —*in genere*— la capacidad jurídica de la persona afectada, sino determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, lo que implica, su ineludible concreción en relación con los distintos ámbitos de su vida.

Ello comporta que el informe pericial deberá referirse, al menos, a los extremos que a continuación se describen:

- A) Enfermedad o deficiencia psíquica de la persona a la que se refiere el procedimiento, con indicación de su pronóstico.
- B) Afectación de dicha enfermedad a las capacidades intelectivas y/o volitivas para gobernar la esfera personal y patrimonial.
- C) Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad del afectado para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta, y referidos principalmente a las siguientes áreas:

1. Habilidades de la vida independiente:

—Autocuidado: Aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento, etc.

—Instrumentales cotidianas: Comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonear, respuesta ante la

necesidad de ayuda, etc.

2. Habilidades Económico jurídico-administrativas:

- Conocimiento de su situación económica.
- Capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.
- Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros.
- Capacidad para realizar disposiciones testamentarias.
- Capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.

3. Habilidades sobre la salud:

- Manejo de medicamentos.
- Seguimiento de pautas alimenticias.
- Autocuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc.
- Consentimiento del tratamiento.

4. Habilidades para el transporte y manejo de armas:

- Capacidad para la conducción de vehículos.
- Capacidad para el uso de armas.

5. Habilidades en relación con el propio procedimiento:

- Alcance del conocimiento sobre el objeto del procedimiento.
- Alcance del conocimiento sobre sus consecuencias.

6. Capacidad Contractual:

- Alcance del conocimiento y comprensión de determinados actos, como: préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial.

5.- La privación del derecho de sufragio activo de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad.

El art. 29 de la Convención bajo el epígrafe "*Participación en la vida política y pública*" establece que los Estados garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) *Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:*

i) *La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;*

ii) *La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;*

iii) *La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar (...).*

El derecho a participar en los asuntos públicos directamente mediante el derecho de sufragio es uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española en su art. 23.1 y los requisitos de ciudadanía y edad, precisos para su ejercicio, se definen en el art. 2 de la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, de 19 de junio de 1985 (LOREG), que reconoce el derecho de sufragio activo a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente.

El artículo 3.1 b) de la LOREG establece que *carecen de derecho de sufragio los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*, y el número 2 del mismo precepto, que *los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho del sufragio*.

A tenor del citado precepto y en la medida en que el sufragio tiene el carácter de derecho fundamental y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE, su privación únicamente puede realizarse en virtud de sentencia judicial, siendo preciso que en la misma así se declare expresamente. En consecuencia, para la limitación del derecho de sufragio habrá de acreditarse, mediante la actividad probatoria suficiente, que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo.

La conjunción de estas disposiciones de la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exigen respetar la autonomía de la persona con capacidad modificada en el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general. Únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso

del derecho al sufragio de la persona con discapacidad, lo cual es incompatible con una mera consideración genérica o rutinaria.

Por tanto, el Juez o Tribunal que entienda del procedimiento sobre modificación de la capacidad o internamiento de una persona, deberá pronunciarse expresamente sobre la incapacidad de la misma para el ejercicio del derecho de sufragio, a cuyo tenor resulta evidente que su pérdida no es una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona, de suerte que aún cuando haya sido modificada la capacidad, el afectado puede conservar su derecho de sufragio, salvo que se le prive motivada y expresamente de este derecho.

Para que proceda decretar la pérdida del derecho de sufragio, no basta con acreditar que una persona está impedida para regir su persona y bienes, sino que es preciso probar algo más, es decir, que la persona sometida al proceso de determinación de su capacidad no puede ejercitar su derecho de sufragio, en función de una especial discapacidad para ello. Esta posibilidad debe contemplarse con carácter restrictivo dada la importancia del derecho que se limita, que, además, incide negativamente en la integración social que se pretende respecto de las personas con deficiencias o disminuciones psíquicas.

La determinación de la capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, aún sin desconocer la trascendencia social y política del mismo, únicamente precisa del análisis de la capacidad de la persona para realizar una manifestación de voluntad -el voto- expresiva de su opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, la cual está en función de la formación cultural de cada persona y de sus sentimientos políticos.

Además, el derecho de sufragio es personalísimo e intransmisible, no contemplándose en la legislación vigente otra forma de votación que la personal y directa o por correo, no resulta admisible el voto por sustitución o por poder. Es decir, la manifestación de voluntad ha de ser ejercitada por la persona con discapacidad, sin que pueda ser suplantada por la de otra persona. Cuestión diferente es que al discapacitado se le provean todos los medios y apoyos precisos para que la discapacidad no suponga un límite para el ejercicio del derecho de sufragio, lo cual constituye la garantía a la que se refiere el apartado iii) del art. 29 a) de la Convención, cuando hace referencia a que otra persona *de su elección les preste asistencia para votar*.

6.- La vigilancia del Fiscal sobre la situación personal del tutelado y su adaptación a los principios de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

En la Instrucción n.º 4/2008, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las Tutelas de personas discapaces*, se impartían diversas pautas de actuación a los Sres. Fiscales con el objeto de que estuvieran vigilantes en el cumplimiento de la obligación del tutor establecida en el art. 294.4 CC de *informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado (...)*, así como, en su caso, en relación con el informe extraordinario que el Fiscal o el Juez pueden exigir del tutor *en cualquier momento*, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 232 CC y en el último inciso del art. 233 CC, respectivamente.

En el expresado documento se indicaba a los Sres. Fiscales que debían vigilar que dichos informes fueran expresivos de la situación personal, evolución de la rehabilitación y recuperación de la capacidad,

complementando los mismos, si se estimaba necesario, mediante la incorporación de los informes complementarios de los Servicios Sociales o exámenes de los médicos forenses correspondientes.

En lo sucesivo, a través de los citados informes anual o extraordinario, los Sres. Fiscales también constatarán, mediante la incorporación de la documentación complementaria precisa, la situación actual de las personas cuya capacidad haya sido modificada en procedimientos judiciales previos, ponderando en virtud de su edad, deficiencia, evolución de su situación y demás circunstancias, la necesidad de ejercitar las acciones precisas para adaptar el sistema de protección respecto de la misma, a las pautas contenidas en la presente Instrucción en relación con la especificación de sus habilidades.

7.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- La intervención de los Sres. Fiscales en los procedimientos sobre capacidad de las personas se realizará interpretando la regulación sustantiva y procesal vigente sobre protección de las personas con discapacidad, contenida básicamente en los arts. 199 y sgtes. del Código Civil y en los arts. 756 y sgtes. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de conformidad con los pautas que se expresan en el cuerpo de la presente Instrucción, que se inspiran en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha sido plenamente asumida como modo de actuación en el marco común europeo a través de la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad.

SEGUNDA.- Las medidas de apoyo se deben acordar en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada por la modificación judicial de su capacidad, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debiéndose establecer aquellas medidas de apoyo necesarias conforme al interés de la persona con discapacidad.

TERCERA.- La curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la Convención a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no suople la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma.

CUARTA.- Los Sres. Fiscales observarán en defensa de las personas con discapacidad una actuación impulsora de las acciones necesarias para garantizar que las funciones que la legalidad vigente otorga al Ministerio Fiscal en defensa de las personas con discapacidad sean ejercidas en los términos de mayor eficacia. Dicha intervención activa también supone que en los supuestos en los que la guarda de las personas con discapacidad sea ostentada por sus familiares, los Sres. Fiscales deban estar vigilantes del adecuado ejercicio de la misma proporcionándoles, si fuese necesario, la adecuada información en aras a la promoción de la constitución de las instituciones de protección.

QUINTA.- Tanto en las demandas como en los escritos de contestación formulados por los Sres. Fiscales en los procedimientos sobre capacidad de las personas, deberán solicitar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 752 y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de esperar a la celebración de la vista, se reciba el pleito a prueba, proponiendo la pericial consistente en el examen por el Médico Forense de la persona cuya capacidad se vaya a determinar o modificar y, si se estima adecuado, el informe de los Servicios Sociales correspondientes. Al respecto deberá hacerse expresa mención de que en estos procedimientos, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que se pretende no es limitar —*in genere*— la capacidad jurídica de una persona, sino determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, lo que comporta, su ineludible determinación en los distintos ámbitos de su vida, tal y como se especifican en el apartado 4.2 de la presente Instrucción.

SEXTA.- Los Sres. Fiscales cuidarán especialmente de que la privación del derecho de sufragio únicamente se lleve a efecto cuando resulte necesario en atención a la situación de la persona cuya capacidad se cuestiona. Dicha medida requerirá el pronunciamiento expreso en la sentencia, en la cual deberá razonarse acerca de la valoración de las circunstancias en las que se fundamenta la privación del derecho de sufragio.

SÉPTIMA.- A través de los informes anual o extraordinario previstos en los arts. 269.4, 232 y 233 CC los Sres. Fiscales constatarán, mediante la incorporación de la documentación complementaria precisa, la situación actual de las personas cuya capacidad haya sido modificada en procedimientos judiciales previos, ponderando en virtud de su edad, deficiencia, evolución de su situación y demás circunstancias, la necesidad de ejercitar las acciones precisas para adaptar el sistema de protección respecto de la misma, a las pautas contenidas en la presente Instrucción en relación con la especificación de sus habilidades.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, a 29 de noviembre de 2010

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES

