

EL RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA DISCAPACITADA COMO MANIFESTACIÓN DE SU DERECHO A LA DIGNIDAD PERSONAL¹

The respect for the will, wishes and preferences of the disabled person as a manifestation of their right to personal dignity

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS
Universidad de Valladolid
blanca.sanchez-calero@uva.es

Cómo citar/Citation

Sánchez-Calero Arribas, B. (2024).

El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada como manifestación de su derecho a la dignidad personal.

Derecho Privado y Constitución, 44, 13-50.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.44.01>

(Recepción: 02/11/2023; aceptación tras revisión: 10/04/2024; publicación: 21/06/2024)

Resumen

El presente trabajo se centra en el estudio del principio del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada, uno de los pilares básicos de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que está dirigido a promover la autonomía de las personas con discapacidad, es decir, a promover el ejercicio de su capacidad jurídica en situación de igualdad, indispensable para garantizar la dignidad de estas y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Se analizará su alcance en las distintas facetas en las que puede manifestarse la voluntad del discapacitado (medidas de apoyo voluntarias, proceso de toma de decisiones, decisiones adoptadas

¹ Esta obra se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas» (ref. PID 2019-107296GB-I00), cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Andrés Domínguez Luelmo.

por representación y adopción de medidas judiciales de apoyo), pues se plantean un gran número de problemas, sobre todo en relación con la posibilidad de apartarse de dicha voluntad.

Palabras clave

Discapacidad; medidas de apoyo; autonomía de la voluntad; dignidad de la persona; libre desarrollo de la personalidad.

Abstract

The present work focuses on the study of the principle of respect for the will, wishes and preferences of the disabled person, one of the basic pillars of the reform operated by Law 8/2021, of June 2, which is aimed at promoting the autonomy of people with disabilities, that is, to promote the exercise of their legal capacity in a situation of equality, essential to guarantee their dignity and the free development of their personality (art. 10.1 CE). Its scope will be analyzed in the different facets in which the will of the disabled can be expressed (voluntary support measures, decision-making process, decisions adopted by representation and adoption of judicial support measures), since a large number of problems, especially in relation to the possibility of deviating from said will.

Keywords

Disability; support measures; autonomy of the will; dignity of the person; free development of personality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN DE LA CUESTIÓN: 1. La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. 2. La posición del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. III. LA SUSTITUCIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL DISCAPACITADO POR EL DE LA ATENCIÓN A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES. IV. DISTINTOS ASPECTOS DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO: 1. Voluntad manifestada por el discapacitado: las medidas de apoyo de carácter voluntario. 2. El proceso de toma de decisiones: el llamado derecho a equivocarse. 3. El papel de la voluntad del discapacitado en las decisiones tomadas mediante representación. 4. La voluntad del discapacitado en la adopción de las medidas judiciales de apoyo: 4.1. La autotutela. 4.2. La oposición del discapacitado. Especial referencia a la STS de 8 de septiembre de 2021. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha reformado en profundidad las tradicionales instituciones de protección de incapacitados²; da nueva redacción, entre otras modificaciones, a los títulos IX, X, XI y XII del libro I del Código Civil, estableciendo la exposición de motivos lo siguiente:

[...] el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que [...] es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo

² Para un análisis de las novedades que la reforma ha introducido y del necesario cambio social de la visión de la discapacidad que ello supone, *vid.* Martínez Sanchíz (2023).

no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones.

Cuestión importante es el ámbito subjetivo de las medidas de apoyo, porque se habla de persona con discapacidad o de discapacitado, sin tener en cuenta que hay distintos tipos de discapacidad (sensorial, física, psíquica). Parece que el Código Civil da por hecho que ha de tratarse de una discapacidad psíquica, pues solo esta influye en el proceso de toma de decisiones (Martínez de Aguirre Aldaz, 2021: 4-5).

Los apoyos a los que se refiere la reforma, si bien pueden tener origen judicial (curatela y nombramiento de un defensor judicial), no necesariamente han de ser así, pues hay medidas de apoyo de naturaleza voluntaria establecidas por la propia persona con discapacidad y medidas de apoyo de origen legal, como la guarda de hecho, a las cuales la ley otorga un carácter preferente respecto a las de origen judicial, de manera que, en supuestos en los que la persona con discapacidad esté debidamente asistida, no tendría sentido la solicitud de medidas de apoyo de carácter judicial.

Todas estas medidas, dice el párrafo 1.º del art. 249 del Código Civil, «tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

Como reconoce la exposición de motivos, la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra *curatela* —cuidado— revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrán atribuirse al curador funciones representativas³.

Del principio de intervención mínima que inspira la Ley 8/2021, se derivan, a su vez, otros principios o criterios considerados pilares de la reforma: el de necesidad, el de proporcionalidad, el de subsidiariedad de las medidas de

³ *Vid.*, sobre esta figura, Berrocal Lanzarot (2022: 426-497) y Donado Vara (2022: 119-148).

La tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

apoyo judicial y, por último, el del respeto a la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado (*vid.* art. 249 CC). Todos ellos van dirigidos a promover la autonomía de las personas con discapacidad, es decir, a promover el ejercicio de su capacidad jurídica en situación de igualdad, indispensable para garantizar su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

La necesidad de atender a la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado es utilizada por el legislador en reiteradas ocasiones, tanto en materia de adopción de medidas de apoyo como en relación con la actuación del que ejercite dichas medidas (p. ej., arts. 249, 268 y 282 CC), convirtiéndose en el eje central de la reforma y en la principal manifestación del respeto a la dignidad de la persona con discapacidad y al libre desarrollo de su personalidad.

No obstante, este criterio puede plantear algunas cuestiones, tales como qué ha de entenderse por voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o cuál es su alcance, es decir, si, por ejemplo, en algunos casos podría adoptarse una decisión constando la oposición de la persona con discapacidad. A estas cuestiones nos vamos a referir en las páginas siguientes.

II. ORIGEN DE LA CUESTIÓN

1. LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 8/2021 se promulga para adaptar la normativa española en materia de discapacidad a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y que forma parte del ordenamiento jurídico español desde el 3 de mayo de 2008⁴.

El art. 3 de la citada Convención recoge, en su apartado a), como uno de los principios generales de esta «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, y la independencia de las personas».

Como complemento al precepto anterior, cabe destacar lo dispuesto en el art. 12, titulado «Igual reconocimiento como persona ante la ley», que obliga a los Estados parte, fundamentalmente, a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con

⁴ *Vid.* Instrumento de Ratificación publicado en el *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 a 20659 (ref. BOE-A-2008-6963).

las demás en todos los aspectos de la vida, a adoptar medidas que les permitan el acceso a los apoyos que necesiten y a que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se adopten salvaguardias para evitar abusos. Estas salvaguardias, dice el art. 12.4:

[...] 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.

Como puede observarse, la CDPD hace referencia a que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (es decir, las medidas de apoyo) «respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona». No obstante, ha de advertirse una notable diferencia, sobre la que luego volveremos, entre la previsión de la CDPD y la del Código Civil: la alusión a «los derechos» de la persona con discapacidad, que no aparece en el articulado reformado por la Ley 8/2021.

2. LA POSICIÓN DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El 19 de mayo de 2014, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el 11.º período de sesiones (del 31 de marzo a 11 de abril de 2014), dictó su observación general n.º 1, en la cual dicho comité:

[...] observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas. El objetivo de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los diversos componentes del artículo 12.

El contenido de la observación general n.º 1 se basa, fundamentalmente, en tres ideas⁵.

⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* Martínez de Aguirre Aldaz (2019: 255-256).

En primer lugar, parte de la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad mental, haciendo, a partir de ahí, dos afirmaciones relevantes: por un lado, que los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica, y, por otro, que la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas, que desempeñan un papel predominante en su evaluación, concluyendo que la prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental.

En segundo lugar, insiste reiteradamente en que «el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas», imponiendo una serie de obligaciones a los Estados parte, de las que destacamos la de examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, suprimiendo los primeros y elaborando alternativas para los segundos, ya que crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas no basta para cumplir con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención.

Por último, opta claramente por sustituir el criterio del interés superior de la persona con discapacidad por el de su voluntad y preferencias para que disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

La posición del Comité ha sido duramente criticada por la doctrina, que la ha calificado de radical y de suponer un peligro para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Se acusa al Comité de incluir, bajo una supuesta interpretación del art. 12 de la CDPD, cosas que esta no dice⁶.

Ciertamente, a mi modo de ver, hay dos afirmaciones fundamentales que, de ningún modo, pueden desprenderse del citado art. 12 de la CDPD: la eliminación de las decisiones sustitutivas, y, en consecuencia, de los regímenes en las que estas pueden adoptarse, y la sustitución del interés superior del discapacitado por el del respeto a su voluntad y preferencias.

En primer lugar, el art. 12.4 de la CDPD dice, como vimos anteriormente, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica han de

⁶ *Vid.* Canimas (2016: 13-31), Pereña Vicente (2016: 141-173), Alemany (2018: 201-222) y Martínez de Aguirre Aldaz (2019: 253-270), entre otros.

ser «proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona», lo cual es lógico porque la situación en la que puede encontrarse la persona con discapacidad puede ser muy variada. En algunos casos, una medida de apoyo que implique la toma de decisiones sustitutivas puede ser totalmente desproporcionada atendiendo a las circunstancias de la persona, pero, en otros casos especialmente graves, la decisión sustitutiva o por representación puede ser imprescindible para proteger los derechos de la persona, de manera que, si no se toman decisiones por sustitución, no se protegen los derechos de la persona, y, si no se protegen los derechos de la persona, estamos contraviniendo, claramente, lo dispuesto en el articulado de la CDPD⁷.

En segundo lugar, en ningún momento la Convención alude expresamente a la supresión del principio del interés superior de la persona con discapacidad, ni esta puede deducirse de ninguno de sus artículos, es más, el art. 12 de la CDPD dice que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar «los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona», o sea, se incluye el criterio del respeto a los derechos de la persona con discapacidad junto con el de su voluntad y preferencias y, como veremos en el apartado siguiente, el respeto a los derechos de esta implica tener en cuenta su mayor interés.

Pero lo que más sorprende de la interpretación de la Convención que hace el Comité es que justifique las dos afirmaciones expuestas en el principio de no discriminación del discapacitado. Para el Comité, la supresión de las decisiones sustitutivas y del principio del interés superior de la persona con discapacidad es imprescindible para que esta disfrute «del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás», conclusión inaceptable.

El objetivo principal de la CDPD es evitar la discriminación de las personas con discapacidad, pero, como señala la doctrina, debe aplicarse la regla de justicia formal de que «se debe tratar de forma semejante a los casos semejantes y de forma diferente a los casos diferentes».

Si analizamos la normativa relativa a la patria potestad o a la tutela, no nos cuestionamos la validez de las limitaciones a la libertad de decidir de los menores, ni de las decisiones adoptadas por los padres o por los tutores en sustitución de sus hijos o de sus pupilos, pues, por debajo de cierta edad,

⁷ Según Pereña Vicente (2016: 145) que algo sea «pertinente», en este caso, las medidas, significa, según la definición de la RAE, «correspondiente a algo», es decir, que las medidas se correspondan con la realidad de la persona con discapacidad o, en palabras de la propia CDPD, «con las circunstancias de la persona». En definitiva, tan contrario a la CDPD es abusar del sistema de representación como no recurrir a este cuando sea necesario.

la persona no está en condiciones, de forma general, de tomar decisiones autónomas, no por el hecho de ser menor, sino por sus concretas circunstancias. Del mismo modo, si un adulto se encontrara, por su discapacidad, en la misma situación a la hora de la toma de decisiones que un menor, por ejemplo, una persona de avanzada edad con una demencia grave⁸, la respuesta del ordenamiento jurídico habría de ser la misma.

En estos casos, no puede hablarse de discriminación, porque las personas con discapacidad psíquica son tratadas del mismo modo que cualquier otra que está afectada de forma permanente por una falta en su capacidad natural de conocer y querer: típicamente, los menores de edad. El establecimiento de mecanismos permanentes de apoyo debe ser precedido por una evaluación formal de la capacidad natural realizada por una instancia independiente, para garantizar que nadie va a ver limitadas legalmente sus posibilidades de actuación más allá de lo que ya lo estarían por aplicación de las reglas generales sobre validez e invalidez de las declaraciones de voluntad (Martínez de Aguirre Aldaz, 2019: 262-263).

Además, podemos encontrar múltiples casos en los que, precisamente, es una decisión sustitutiva o mediante representación tomada en interés de la persona con discapacidad lo que hace que esta pueda ejercitar su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Tal es el caso de la STC 311/2000, de 18 de diciembre, que admite la legitimación activa de la madre, tutora de su hija incapacitada, para ejercitar la acción de separación en nombre de esta, o la STS 21 de septiembre de 2011, en un caso similar pero referido a la acción de divorcio. Esta última resolvió aplicando la CDPD.

III. LA SUSTITUCIÓN DEL CRITERIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL DISCAPACITADO POR EL DE LA ATENCIÓN A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES

El principio del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad es uno de los pilares de la reforma operada por la Ley 8/2021 y está dirigido a promover la autonomía como persona del discapacitado.

⁸ En este sentido, Alemany (2018: 203) pone como ejemplo de personas que han de ser tratadas «paternalistamente» a las personas adultas con demencia, pues, «de acuerdo con la DSM-IV, la demencia se caracteriza por múltiples déficits cognitivos (afasia, apraxia, agnosia y alteraciones de la capacidad) entre los cuales es predominante la pérdida de memoria, la cual lleva a que el demente, en fases avanzadas, pueda olvidar su propio nombre».

La expresión «respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad» es utilizada reiteradamente por el Código Civil y por la jurisprudencia tras la publicación de la Ley 8/2021, sin establecer en qué consiste dicha expresión ni determinar si hay alguna diferencia entre los términos que se utilizan. En realidad, parece que se trata de una expresión estereotipada cuya pretensión es enfatizar la importancia del respeto a lo que la persona con discapacidad quiere o desea, porque, a fin de cuentas, querer, desear o preferir son términos que se relacionan con uno solo: la voluntad⁹.

La importancia de este principio es innegable, pero entender¹⁰ que sustituye al principio o criterio del interés superior de la persona con discapacidad es un grave error, toda vez que el recurso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad es, en algunos casos, claramente insuficiente, aparte de que no se deduce de ningún precepto de la CDPD.

La voluntad de la persona juega un papel diferente según la situación en la que esta se encuentre¹¹.

Cuando se trate de decisiones expresadas por la propia persona en vivo o a través de instrucciones previas y sean decisiones libres y responsables por haberse tomado, bien antes de la situación de discapacidad, bien constante esta, pero con los apoyos que sean necesarios y posibles, es claro que debe respetarse la decisión así adoptada. Ahora bien, no ocurre así cuando, necesitando de medidas de apoyo, no se han prestado, o cuando, a pesar del apoyo, la persona no tiene el discernimiento necesario para tomar la decisión.

Si se trata de una discapacidad sobrevenida, y la persona no puede manifestar una voluntad libre y responsable, ni siquiera con apoyos, ha de tomarse la decisión que se considere que la persona habría tomado si no estuviera en la situación de discapacidad. Son las llamadas decisiones presuntas o hipotéticas de la persona: son decisiones reconstruidas de forma objetiva por terceras personas a partir de la información de que se dispone sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, y juicios sobre situaciones parecidas expresados antes de la situación de discapacidad actual de la persona afectada. En estos casos, también es posible aplicar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

⁹ Según el diccionario de la RAE, «voluntad» significa, aparte de «facultad de decidir y ordenar la propia conducta», «gana o deseo de hacer algo», de manera que los deseos se incluyen en la voluntad. Por otro lado, «preferencia» se define como «elección de alguien o algo entre varias personas o cosas», lo cual se relaciona directamente con el primero de los significados expuestos de la palabra «voluntad».

¹⁰ Así lo hacen, por ejemplo, García Rubio y Torres Costas (2022: 216).

¹¹ Para un análisis de los tipos de decisiones sobre cuestiones que afectan a la propia persona, *vid.* Canimas (2016: 18-19).

Pero, si se trata de situaciones en que la persona no puede manifestar una voluntad consciente y libre, y no es posible tampoco adoptar una decisión hipotética porque no es una discapacidad sobrevenida o porque, siéndolo, no hay información fidedigna sobre lo que hubiese querido la persona, habrá que recurrir a las decisiones sustitutivas, decisiones necesarias que toman terceras personas en nombre de la persona con discapacidad. En estos casos, el recurso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no puede servir de base para tomar la decisión, siendo necesario el recurso al criterio del mayor interés de la persona con discapacidad.

Si una de las finalidades de la curatela (o, más genéricamente, de las medidas de apoyo) es la de evitar que la persona con discapacidad psíquica tome decisiones que le sean perjudiciales, es claro que el curador representativo tiene que poder adoptar decisiones que diverjan e incluso contradigan la voluntad actual (insuficientemente formada como consecuencia de la discapacidad) de la persona sujeta a curatela, y tomarlas no en función de la voluntad de dicha persona (porque eso sería tanto como perpetuar el problema), sino de su interés o beneficio: ello conduce a incluir el principio de interés superior de la persona con discapacidad como criterio rector de la actuación del curador representativo, en algunos casos (no necesariamente excepcionales) aun contra la voluntad actual (insuficientemente formada como consecuencia de la discapacidad) del propio discapacitado; ello es así, con toda claridad, cuando el discapacitado nunca ha sido capaz de formar una voluntad determinada en ningún sentido: en este supuesto, eliminar toda referencia al interés superior de la persona con discapacidad, y limitar la guía del curador (representativo o no) a una voluntad o preferencias pretéritas, por hipótesis inexistentes, es claramente insuficiente (Martínez de Aguirre Aldaz, 2019: 267-268).

En definitiva, en materia de discapacidad, se debe contemplar tanto el criterio de la adopción de decisiones atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (*vid.* art. 268 CC), fundamental para adoptar decisiones en aquellos casos en los que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad o en los de incapacidad sobrevenida (por ejemplo, un accidente o enfermedades ligadas a la edad avanzada), como el principio del mayor interés del discapacitado, imprescindible en los supuestos en los que este no puede expresar su voluntad y no existe una trayectoria vital que permita presumir cuál es su voluntad, o sus deseos y preferencias.

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que el interés superior o el mayor interés de la persona con discapacidad es un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción dependerá, en muchas ocasiones, de las circunstancias del caso concreto, pues lo que es beneficioso para una persona puede no serlo para otra. Además, desde el momento en que, a pesar de no poder conocer la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapa-

cidad, se intenta decidir basándose en lo que hipotéticamente se considera que esa persona hubiese deseado, estamos decidiendo atendiendo a su mayor interés, que es lo que ella, supuestamente, hubiese querido.

El propio legislador acoge, indirectamente, en algunas cuestiones, el mayor interés del discapacitado; por ejemplo, cuando se dispone la necesidad de establecer salvaguardias para evitar el conflicto de intereses e impedir abusos e influencias indebidas en la persona con discapacidad, en cuyo caso, el que ejerza la medida de apoyo habrá de actuar conforme a lo que considere más conveniente¹².

La STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3610) afirma que el interés superior del discapacitado:

[...] impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo *mortis causa* a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad.

El art. 12 de la CDPD exige que las medidas, además de respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, respeten, también, sus derechos. En aquellas situaciones en las que la persona con discapacidad no pueda manifestar una voluntad consciente y libre, ni tampoco pueda apreciarse cuál sería, hipotéticamente, su voluntad, la decisión habrá de tomarse atendiendo a la protección de sus derechos, porque el respeto a sus derechos es lo que se entiende que le proporciona mayor interés, y hemos de suponer que la persona con discapacidad desearía que se protegiesen sus derechos. En mi opinión, la Ley 8/2021 tendría que haber acogido el mismo criterio de la CDPD y no haber omitido la referencia al respeto a los derechos de la persona con discapacidad.

¹² Para Bellido González del Campo (2022: 12), resulta un tanto chocante que el legislador no haya tenido ningún reparo en seguir manteniendo en el Código Civil todas las reseñas en beneficio del tutelado, que ahora solo puede ser un menor de edad, y haya hecho desaparecer cualquier mención al interés superior de la persona con discapacidad; así pues, concluye, «estamos de acuerdo con las críticas de la doctrina a la eliminación del citado principio del interés de la persona con discapacidad, así como de que el curador, tanto asistencial como representativo, estén obligados en todo caso a tener en cuenta la voluntad o preferencias, actuales o pretéritas del incapaz».

La referencia al respeto de los derechos de la persona con discapacidad en el nuevo articulado del Código Civil haría que la regulación fuese mucho más coherente con la CDPD; además, el recurso al respeto de los derechos de la persona con discapacidad justificaría la introducción de no pocos supuestos en los cuales es posible que el que presta la medida de apoyo o el juez puedan apartarse de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad¹³. No pudiendo acudir a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, es obvio que uno de los criterios fundamentales que se van a seguir para adoptar la decisión sustitutiva es el respeto a los derechos del discapacitado.

No ofrece duda, por tanto, el hecho de que es posible tomar decisiones que no se basen en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en cuyo caso debe recurrirse al criterio del mayor interés o interés superior de la persona con discapacidad.

Dicho esto, me parece interesante traer aquí a colación la opinión de De Verda y Beamonte (2022: 15), para quien, en los casos en que haya que tomar decisiones que contraríen la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en vez de recurrir al principio de mayor interés de la persona con discapacidad, «que categoriza a una clase de personas, las que sufren discapacidad, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad».

No creo que atender a su interés sea un criterio que categorice a las personas con discapacidad de una manera distinta a como se categoriza, en ciertas situaciones, a otras personas. Entiendo que las leyes se dictan, dependiendo de la materia a las que se refieren, en interés de las personas a las que van dirigidas; así, las leyes sobre menores de edad, en interés o beneficio de estos, las leyes sobre consumidores, en interés o beneficio del consumidor, las leyes en el ámbito de la salud, en interés o beneficio del paciente, etc., y las actuaciones que en dichas leyes se prevén intentan proteger el mayor interés o beneficio de sus destinatarios.

En definitiva, se trata de intentar establecer un equilibrio entre la necesidad de protección de las personas con discapacidad, imprescindible por

¹³ Tales serían, por ejemplo, los supuestos de autorización al guardador de hecho para realizar actuaciones representativas (art. 263.2 CC), la reorganización del funcionamiento de la curatela (art. 283 CC), el nombramiento de defensor judicial (art. 295 CC), la fijación de la retribución del curador (art. 48 LJV) o la remoción de este (art. 49 LJV), en los cuales el juez es el que decide, pudiéndose apartar de la voluntad expresada por la persona con discapacidad (Martínez de Aguirre Aldaz, 2019: 267-268).

la especial situación en la que se encuentran, y las necesidades relacionadas con su propia autonomía, indispensable para promover el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), dado que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de las personas con discapacidad es promover su autonomía como sujetos, con el fin de que puedan tomar conocimiento y control de su situación personal y de su proyección de futuro.

La medida de apoyo, si respeta los principios de necesidad, proporcionalidad y respeto a la voluntad, deseos y preferencias (también los derechos) de las personas con discapacidad, y se establecen las salvaguardias para impedir abusos e influencias indebidas, crea un «entorno protegido» en el que se puede desarrollar con mayor intensidad la autonomía¹⁴.

Si se pretende que la persona con discapacidad ejerza su capacidad jurídica en situación de igualdad a las personas que no sufren discapacidad, tendremos que establecer mecanismos para compensar dicha discapacidad, y esos mecanismos no son otros que las medidas de apoyo. Ese apoyo tendrá una intensidad variable, que dependerá de la situación de la persona con discapacidad: el apoyo se moverá en un amplio arco de posibilidades, desde una ayuda a la persona para comprender los hechos o las cuestiones sobre las que ha de adoptarse la decisión, la cual tomará por sí misma, hasta la toma de una decisión sustitutiva, es decir, que la decisión la tome la persona que presta el apoyo, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, aunque sea la voluntad que supuestamente hubiera manifestado la persona con discapacidad de poder hacerlo y, a falta de ella, actuando en su beneficio e intentando proteger en mayor medida sus derechos.

IV. DISTINTOS ASPECTOS DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO

1. VOLUNTAD MANIFESTADA POR EL DISCAPACITADO: LAS MEDIDAS DE APOYO DE CARÁCTER VOLUNTARIO

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la propia persona con discapacidad. En ellas se designa quién debe prestar apoyo y con qué alcance. Estas medidas son de aplicación preferente, ya que, según dispone el art. 249 del Código Civil, las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

Según el art. 255 del Código Civil, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión o apreciación de la concurrencia de circuns-

¹⁴ Así lo expresa Pereña Vicente (2016: 164).

tancias que puedan dificultarle el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, puede prever o acordar, en escritura pública, medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, pudiendo, igualmente, establecer el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que preste el apoyo, la forma de ejercicio de este y las medidas u órganos de control que estime oportunos, las salvaguardas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida, y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

A continuación, el Código Civil prevé la figura de los poderes y mandatos preventivos, los cuales deben otorgarse en escritura pública (art. 260 CC), pudiendo configurarse de dos maneras: puede otorgarse un poder con eficacia actual en el que se incluya una cláusula de subsistencia para el caso de que en el futuro el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC), o bien un poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo para el ejercicio de su capacidad (art. 257 CC), el cual será eficaz, únicamente, si la situación de discapacidad se produce. En ambos casos, el poderdante podrá precisar las facultades que otorga y las condiciones e instrucciones para su ejercicio, las medidas u órganos de control que estime oportunos, las salvaguardas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida, y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias (art. 258.3 CC).

Aunque el Código Civil no lo diga expresamente, se entiende que la persona que establece la previsión de apoyos para sí deberá tener una plena posibilidad de ejercicio de su capacidad (o al menos la suficiente para ello) en el momento del otorgamiento de las medidas voluntarias, pues la nueva regulación se refiere a discapacidades limitativas futuras (o que ya se están iniciando); así, el art. 255 del Código Civil habla de «previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica», y el 256 se refiere a cláusulas de subsistencia de poderes «si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad» (lo mismo el 257 respecto de los poderes preventivos)¹⁵.

En la regulación de estas medidas voluntarias se hace referencia, en varias ocasiones, a la necesidad de garantizar el respeto a la voluntad, deseos y

¹⁵ En este sentido se manifiesta Jiménez Muñoz (2022: 157). Sin embargo, Cortada Cortijo (2022: 4) entiende que, atendiendo al modelo recogido en la Convención, debería permitirse, contando con los debidos apoyos, que «cualquier sujeto en cualquier momento y al margen de su capacidad mental otorgara poderes en previsión de una mayor discapacidad» (igualmente, Castro-Girona Martínez, 2022: 261).

preferencias de la persona discapacitada que otorga la escritura pública o los poderes preventivos. Ahora bien, cabe preguntarse si sería posible apartarse de las instrucciones dadas por la persona con discapacidad en el supuesto de que, a la hora de adoptar la decisión, el discapacitado no tenga posibilidad de manifestar su voluntad al respecto y se considerase que el seguimiento de las citadas instrucciones no es conveniente.

Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona no discapacitada que, para el supuesto de que llegase a no poder decidir por sí misma (por sufrir demencia senil o cualquier enfermedad neurodegenerativa), hubiese dispuesto expresamente su oposición a un futuro internamiento en una residencia geriátrica, y su voluntad de ser atendida en su domicilio. Llegado el caso, si por las circunstancias en las que se encuentra el discapacitado se considerase conveniente el internamiento, ¿se podría solicitar y obtener la autorización judicial prevista en el art. 763 de la LEC para internarlo en una residencia geriátrica? Lógicamente, el juez habrá de tener en cuenta los deseos de la persona afectada, debiendo motivar una solución contraria a dichos deseos¹⁶.

En definitiva, es posible en determinados casos apartarse de la voluntad manifestada por la persona con discapacidad, siempre que, por las circunstancias concurrentes, sea imprescindible para proteger sus derechos o sus intereses¹⁷.

¹⁶ A este respecto, dice Farto Piay (2022: 9) que, «partiendo de la no vinculación judicial —en todo caso— a lo manifestado por el sujeto, habrá de estar a las circunstancias concurrentes pues no será la misma situación de una persona que cuente con medios y posibilidades económicas que permitan no tener que proceder al internamiento, respetando sus preferencias, de aquellos casos en que la situación concurrente haga ineludible autorizar dicho ingreso, ello cuando los medios o asistencia pública no permitan —como será casi siempre— otra alternativa residencial a la persona».

¹⁷ Ribot Igualada (2021: 598) ha planteado la duda de qué sucede si, por el tiempo transcurrido desde el otorgamiento del poder preventivo hasta el momento de la eficacia de este, o por la revelación de hechos respecto a los cuales el poderdante nada puede ya manifestar o hacer, no es conveniente que se ejecute dicho poder preventivo, ya que el Código no prevé la posibilidad de que el notario se niegue a levantar acta (prevista en el art. 257 CC) de que se ha producido la situación de discapacidad; y se pregunta si, en esta situación, cabría aplicar analógicamente lo dispuesto respecto a la escritura pública de autocratela en el art. 272 del Código Civil en caso de que existan «circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta», concluyendo que no parece posible que el notario pueda negarse a levantar acta del hecho que produce la entrada en vigor del poder, pero el notario «sí podrá dar cuenta de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial de los hechos de que haya tomado conocimiento y que pueden incidir en la aptitud del nombrado para llevar a cabo sus funciones de apoyo mediante el poder preventivo. Podrán adoptarse a conti-

2. EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES: EL LLAMADO DERECHO A EQUIVOCARSE

El párrafo 2.º del art. 249 del Código Civil dispone:

[...] las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro.

En el ámbito jurídico, para la toma de cualquier decisión es preciso el desarrollo de un proceso que culmine con el consentimiento, o sea, con la manifestación de la voluntad formada tras ese proceso. El acompañamiento o la intervención de la persona que presta la medida de apoyo en dicho proceso dependerá de la intensidad con que la enfermedad mental o el trastorno psíquico influyan en la posibilidad de que el discapacitado adopte una decisión consciente y libre. En cualquier caso, suelen destacarse una serie de actuaciones que han de seguirse en dicho acompañamiento¹⁸:

- a) Escuchar a la persona con discapacidad, puesto que es esencial darle la palabra, incluso cuando hay un desfase entre sus deseos y la realidad.
- b) Informarla, pues la persona ha de tener toda la información necesaria, la cual se le debe facilitar de manera comprensible y objetiva, eliminando toda posibilidad de manipulación a través de la filtración u omisión de cierta parte de la información o a través de la forma en que esta se presenta.
- c) Explicar, resolver dudas y hacer ver a la persona el balance de beneficios y riesgos.
- d) Respetar los ritmos y tiempos de cada persona en la toma de decisiones.
- e) No realizar juicios de valor ni analizar la decisión con la perspectiva de los propios valores, aceptando, además, el derecho que tiene la persona a cambiar de opinión.

nuación las medidas de orden general *ex* art. 248 IV CC y 87 LJV y también solicitar la remoción del apoderado de acuerdo con los arts. 258 IV CC y 81 bis LJV».

¹⁸ Para un estudio de las exigencias que han de tenerse presentes a la hora de acompañar en la toma de decisiones, consolidadas por los códigos de buenas prácticas y algunos textos legales de los países de nuestro entorno, *vid.* Pereña Vicente (2016: 171-172).

El proceso de toma de decisión concluye con la manifestación de una voluntad. El problema consiste en determinar si esa voluntad puede conformar un consentimiento, es decir, si es consciente y libre.

En consecuencia, el papel que juega la voluntad manifestada por el discapacitado tras el proceso de decisión puede ser variado. Si es una voluntad consciente y libre, esa voluntad será equivalente a un consentimiento válido y, por tanto, la decisión la tomará la persona con discapacidad. Si no es una voluntad consciente y libre, para la manifestación del consentimiento se requerirá la asistencia de la persona que presta el apoyo, incluso, en algunos casos, su actuación por representación, pero esa voluntad condicionará el consentimiento prestado¹⁹.

Las situaciones que podrían plantearse son infinitas, pero podemos poner algunos ejemplos: la persona con discapacidad que quiere vender un inmueble, iniciativa o decisión derivada de una voluntad consciente y libre (y que, por tanto, debe respetarse), pero precisa de apoyo para prestar el consentimiento contractual en relación con las condiciones de la venta; o el curador con facultades representativas cree conveniente vender un inmueble por necesidades económicas, pero, teniendo en cuenta la voluntad manifestada por la persona a la que apoya antes de encontrarse en situación de discapacidad de no querer desprenderse de dicho bien, decide arrendarlo, en lugar de venderlo.

El reconocimiento de esta autonomía de la persona con discapacidad plantea la duda de hasta qué punto debe asumir los riesgos de esa decisión, es decir, si debe sufrir los perjuicios que puedan derivarse de esta. Es lo que la observación del Comité llama «el derecho a equivocarse o a asumir riesgos»; derecho que la CDPD no recoge expresamente.

Si la voluntad manifestada por la persona con discapacidad es consciente y libre, quiere decir que la enfermedad mental o el trastorno psíquico no han influido en el proceso de decisión, de manera que ha podido valorar y entender el acto que realiza y comprender las consecuencias que de dicho acto se derivan o pueden derivarse para ella en plano de igualdad respecto de una persona que no sufre esa enfermedad mental o ese trastorno psíquico. En estos casos, la persona ha de asumir los riesgos o sufrir los perjuicios del mismo modo que cualquier otra persona.

¹⁹ Resalta Sánchez González (2022: 707) que no hay en el articulado de la reforma ni un solo mecanismo que permita asegurar que el desempeño de las medidas de apoyo se haga atendiendo a la voluntad de la persona con discapacidad, debiendo confiar en la buena voluntad de las personas llamadas a ejercer las instituciones de apoyo y esperar a que llegue un cambio de mentalidad que, a juicio de la autora, aún no se ha producido.

Ahora bien, si esa voluntad manifestada por la persona con discapacidad no es consciente y libre, para la manifestación de un consentimiento válido se requerirá un apoyo, de mayor o menor intensidad, con lo cual, si dicho apoyo no ha existido o no ha sido suficiente, no puede hablarse de un derecho a equivocarse o a asumir riesgos, porque para equivocarse o para asumir riesgos se tiene que ser consciente del acto que se está llevando a cabo.

Ciertamente, las decisiones desafortunadas también ayudan en el proceso de maduración del individuo y en la propia conformación y desarrollo de su personalidad, pues, como se suele decir coloquialmente, «de los errores se aprende»; pero, en algunos casos, las consecuencias son más dramáticas y perjudiciales que en otros. Así, tratándose de personas con discapacidad psíquica, que conlleva en muchos casos un déficit cognitivo, la manifestación de su voluntad puede acarrear consecuencias nefastas, tanto en el ámbito personal —que afecten a su vida, a su salud o a su integridad física— como en el ámbito económico y patrimonial —pudiendo quedar afectado su patrimonio, total o parcialmente—, en una clara situación de desventaja con el resto de personas que puedan tener una cierta capacidad de reacción²⁰.

Hemos de tener en cuenta que, cuando el discapacitado realiza un acto que le resulta perjudicial, puede ocurrir que se mantenga indefinidamente en la equivocación porque carece de los resortes precisos para rectificar, bien por falta de iniciativa o porque carece de capacidades para la resolución de conflictos²¹.

Además, debe ponerse de manifiesto la delicada situación, en algunos casos, incluso irreversible, en la que puede colocarse la persona con discapacidad cuando las decisiones erróneas son reiteradas. Por ello, entiendo que se ha de encontrar un equilibrio entre el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y aquellas cuestiones que son de su interés para evitar que una errónea decisión pueda causarle un daño o perjuicio irreparable; ello no debe verse como un acto protector o paternalista, sino como una medida de justicia y asistencia a la persona necesitada de apoyos (Petit Sánchez, 2020: 311).

Cuando la legislación protege, por ejemplo, a los consumidores y usuarios con carácter general, es decir, sin tener en cuenta si tienen o no una discapacidad, estableciendo una serie de mecanismos y medidas para asegurar que su voluntad contractual se ha formado de manera totalmente consciente, no nos parece que el legislador lleve a cabo una actuación paternalista, sino una actuación de protección de personas que, en determinadas circunstancias, pueden estar en una situación de vulnerabilidad y, debido a ello, tomar una decisión no plenamente consciente. Sin embargo, sí entramos a discutir y a

²⁰ En este sentido se pronuncia Petit Sánchez (2020: 303-304).

²¹ Así lo pone de manifiesto Alía Robles (2020: 17).

valorar el hecho de prescindir de cualquier comprobación o protección de las personas con discapacidad, que pueden estar también en una situación de vulnerabilidad, adoptando, como único criterio de la toma de decisión de estas, su voluntad, deseos o preferencias, sin tener en cuenta si esa decisión puede ser perjudicial o no para sus intereses patrimoniales o personales, y todo por evitar una mal llamada «actuación paternalista».

Por otro lado, pensar en la anulabilidad del acto como solución para evitar el perjuicio que le pueda causar al discapacitado actuar conforme a su exclusiva voluntad, con base en el derecho a equivocarse, no es viable. En primer lugar, porque la anulabilidad es aplicable a actos y negocios de carácter patrimonial, fundamentalmente de origen contractual, no siendo idónea para los actos de la esfera personal, y, en segundo lugar, porque sus posibilidades de aplicación son bastantes limitadas, pudiendo recurrirse a ella por haber contratado la persona con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo que estuvieran asignadas (art. 1.302.3 CC) o por existencia de un vicio del consentimiento, ya sea error o intimidación en la formación de la voluntad, ya sea dolo por intervención de un tercero (art. 1265 CC)²².

3. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO EN LAS DECISIONES TOMADAS MEDIANTE REPRESENTACIÓN

Como vimos anteriormente, hay distintos tipos de decisión sobre cuestiones que afectan a la persona. Cuando la enfermedad mental o trastorno psíquico de la persona afecta directamente a su capacidad de entender o querer, impidiendo que la persona pueda expresar su voluntad o si lo hace no es posible atender a ella porque no es una decisión libre y responsable, las decisiones han de tomarlas terceras personas. Si es posible determinar cuál hubiese sido la decisión del discapacitado de no padecer la enfermedad o trastorno psíquico, la decisión se tomará atendiendo a esa voluntad hipotética, en caso contrario, habrá de adoptarse la decisión respetando los derechos de la persona con discapacidad, tal y como establece el art. 12 de la CDPD.

El problema de las decisiones sustitutivas es que pueden afectar a derechos fundamentales en conflicto, en cuyo caso debe atenderse al interés superior o mayor interés de la persona con discapacidad, de manera que, de los derechos fundamentales en conflicto, deberá prevalecer aquel que, atendiendo a las circunstancias de la persona, le reporte un mayor beneficio. Así, por ejemplo,

²² Así lo entiende Jiménez Muñoz (2022: 185).

Sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos, *vid.* Leciñena Ibarra (2022: 257-293).

cuando el juez autoriza un internamiento por razón de trastorno psíquico en virtud de lo dispuesto en el art. 763 de la LEC, se posterga el derecho a la libertad personal, en aras de proteger el derecho a la integridad física o el derecho a la salud del sujeto a la medida de internamiento; es decir, entiendo que, cuando la persona afectada por un trastorno psíquico no pueda expresar una voluntad libre, consciente y responsable sobre la medida de internamiento, la decisión al respecto habrá de tomarla un tercero, aun cuando afecte a su derecho a la libertad, siempre que dicha medida sea necesaria e imprescindible para proteger otros derechos fundamentales de la persona, como su salud, su integridad física o moral o, incluso, su seguridad. En estos casos, el recurso a la autoridad judicial, mediante la exigencia de previa autorización judicial (o ratificación posterior en los casos de internamiento de urgencia) (*vid.* art. 763 LEC), garantiza que la limitación al derecho a la libertad del discapacitado sea la imprescindible para proteger los citados derechos fundamentales de la persona.

Del mismo modo ocurre en otros supuestos, como es el caso del consentimiento informado para un acto médico, respecto del cual 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, permite que se preste por sustitución. La STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3) dice:

[...] el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

La Ley 41/2002 prevé la posibilidad de intervenciones clínicas indispensables sin contar con el consentimiento del afectado (art. 9.2.b) y la de prestar el consentimiento por representación «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» (art. 9.3.a), debiendo adoptarse la decisión atendiendo al mayor beneficio para la salud y la vida del paciente (art. 9.6). Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento (art. 9.7).

A la luz de esta normativa resulta claro, pues, que caben intervenciones clínicas no consentidas por el afectado, bien porque sean indispensables para evitar un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, bien porque el paciente no sea en ese momento capaz de tomar decisiones o su estado físico o el psíquico no le permitan hacerse cargo de su situación, y el consentimiento sea entonces prestado por representación (por su representante legal o las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho).

La Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad²³, sostiene:

Los requisitos en la actuación sanitaria en este ámbito no se han visto modificados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, puesto que remite expresamente a la regulación legal preexistente tanto en materia de internamiento involuntario como en el consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales (art. 287.1. *in fine* CC). Ello tiene específicas repercusiones en orden a los criterios para la toma de decisiones cuando no sea posible contar con la voluntad del paciente. El cambio de orientación llevado a cabo en la legislación civil pone el acento en la teoría del juicio sustitutivo para el caso de consentimiento por representación: la búsqueda de lo que la persona hubiera llegado a decidir de acuerdo con su trayectoria vital, sistema de creencias y valores con el fin de adoptar la decisión que habría tomado la persona para el caso de no precisar representación (art. 249 CC). En el ámbito sanitario, sin perjuicio del deber de tener en cuenta ese aspecto como parte del respeto a su dignidad personal, se encuentra subsistente el criterio del mayor beneficio para la vida o la salud del paciente en virtud de esta remisión expresa al consentimiento en el ámbito de la salud.

En conclusión, en los casos en los que sea necesario tomar una decisión mediante representación, por no poder la persona adoptar una decisión consciente y libre debido a su discapacidad, el que ejerce la medida de apoyo debe tomar la decisión teniendo en cuenta la voluntad hipotética del discapacitado, si es posible, o la voluntad manifestada por el discapacitado, si es que puede manifestar alguna, pero dicha voluntad no puede ser vinculante, ya que, como decíamos, el discapacitado no puede formar una voluntad consciente y libre. En estos casos, el recurso al principio del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no puede servir como criterio para adoptar la decisión, debiendo recurrir la persona que presta el apoyo al criterio

²³ BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2022, pp. 18260-18279.

del mayor interés de la persona con discapacidad. Lo contrario supondría eliminar el sentido de la actuación representativa y fomentar situaciones de desprotección de la persona con discapacidad²⁴.

4. LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

4.1. La autcuratela

En consonancia con la importancia y trascendencia que la normativa vigente otorga a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, el Código Civil regula la figura de la autcuratela, lo que supone la posibilidad de que una persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle en el futuro el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás, pueda proponer, en escritura pública, la persona o personas que hayan de ejercer el cargo de curador, o la exclusión de ciertas personas para dicho cargo, y determinar el régimen jurídico global de la propia curatela (art. 271 CC). En definitiva, se la habilita para llevar a cabo las siguientes actuaciones (Ruiz-Rico Ruiz-Morón, 2022: 352-353):

- a) Proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. La persona (o personas) expresamente excluida pierde la capacidad para ser curador en el caso concreto (*vid.* art. 275 CC).
- b) Proponer, al establecer la autcuratela, el nombramiento de sustitutos para el curador. A falta de otras previsiones sobre el orden de sustitución, será preferido el propuesto en documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar (art. 273 CC).
- c) Delegar, por la misma vía, en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la

²⁴ Sostiene Martínez de Aguirre Aldaz (2019: 268-269) que, llevando al extremo el principio del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, «si el curador tiene que atender siempre y necesariamente a su voluntad, no se ve para qué hace falta un curador; y si lo que se pretende del curador es que convenza a la persona con discapacidad para que quiera lo que al curador le parece que es razonable o conveniente hacer, nos estamos alejando del principio de respeto a la voluntad y preferencias del curatelado».

persona interesada (art. 274 CC). No parece que pueda ser eficaz una delegación sin más; sin especificar los que puedan resultar elegidos.

- d) Establecer el interesado, en escritura pública, disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (art. 271. 2 CC).

La jurisprudencia ha afirmado que la posibilidad legal de nombrar curador, antes tutor, es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el art. 10 de la CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza la función de curador o, incluso, para excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo (STS de 2 de noviembre de 2021 [RJ 2021\4958]).

Para otorgar el documento de autocuratela se ha de tener la aptitud de poder manifestar una voluntad consciente y libre al respecto. Por ello, surge la duda de si es posible que se otorgue dicho documento cuando ya se precisa el apoyo por encontrarse en situación de discapacidad, o, incluso, cuando ya se ha iniciado el procedimiento de provisión de apoyos.

En el Proyecto de Ley, el art. 271 incluía un último párrafo que disponía: «Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador realizada con posterioridad, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona que precise el apoyo». Dos enmiendas fueron las causantes de su supresión en el Congreso de los Diputados, una del Partido Popular (la n.º 381), por considerarse una «mejora técnica», y otra conjunta del PSOE y Unidas Podemos (la n.º 162), por entender que dicho párrafo «no parece conforme con la prioridad de las medidas voluntarias». Esta última afirmación carece de sentido, en primer lugar, porque dicha prioridad no es absoluta, y, en segundo lugar, porque no se trata de entrar en lo acertado o no de la designación que haya hecho el interesado, sino de buscar asegurarse de que en el momento de otorgar el documento de autocuratela tenía la capacidad suficiente para hacerlo, así como paliar el riesgo de captación de voluntad, ya que los riesgos son reales²⁵.

²⁵ Así lo entiende Díaz Alabart (2021: 5), exponiendo, además, un ejemplo: «[...] pensemos en que la prohibición general de que quien desempeñe una medida de apoyo pueda recibir liberalidades de cierta entidad de la persona con discapacidad

Algunos autores se manifiestan a favor de la necesidad de que el documento público de autotutela se otorgue antes del inicio del procedimiento de provisión de apoyos²⁶, lo cual parece razonable, pues, como se deduce del propio precepto, la autotutela está prevista para una situación de futuro («[...] en previsión de la concurrencia de circunstancias»), lo que implica que en el momento de otorgarse el documento de autotutela la necesidad del apoyo aún no ha surgido.

La autotutela, a pesar de estar ubicada en el capítulo IV, titulado «De la tutela», es considerada por la exposición de motivos de la Ley 8/2021 una medida voluntaria, junto con los poderes y mandatos preventivos²⁷, dado su carácter autorregulatorio, pero, a diferencia de estos, la autotutela es, necesariamente, una propuesta de futuro, además de requerir la intervención judicial²⁸, que influirá, como ahora se analizará, no solo en el nombramiento del curador —pudiendo, en algunos casos, apartarse de la voluntad manifestada del interesado (art. 272 CC)—, sino también en otros aspectos de esta, como en los supuestos de reorganización del funcionamiento de la tutela (art. 283 CC) o la remoción del tutor (art. 49 LJV), que pueden implicar, igualmente, un alejamiento de dicha voluntad²⁹.

La tutela, como vimos, es una medida de apoyo de carácter judicial, en consecuencia, será la autoridad judicial la que, en todo caso, lleve a cabo

antes de que se haya aprobado definitivamente su gestión, puede eliminarse cuando la haya excluido expresamente el otorgante de la autotutela (art. 251 CC) y el peligro que eso comporta cuando toma esa decisión sin que haya certeza de que su capacidad natural es plena».

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, Berrocal Lanzarot (2021: 26).

²⁷ Dice el apartado III, punto 4, de la exposición de motivos que «dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela».

²⁸ Sobre las diferencias entre la autotutela y los poderes preventivos, *vid.* De Salas Murillo (2021: 703-704).

²⁹ De Salas Murillo (2021: 706) se pregunta qué pretende una persona que otorga un documento de autotutela que no se limita a nombrar o excluir a determinada o determinadas personas, sino que incluye todo el contenido que permite el segundo párrafo del art. 271 del Código Civil. ¿No podría recurrir a toda una batería de medidas voluntarias que excluyeran la intervención judicial? A ello responde que cabe pensar que, además de que la persona no podría, aunque quisiera, excluir radicalmente la intervención judicial, puede ser que lo que la persona quiera sea, precisamente, que sobre su diseño voluntario intervenga la autoridad judicial, para, llegado el caso, valorar si es lo adecuado a sus necesidades, controlar a la persona que ejerza el cargo, etc.; en definitiva, abrir la puerta a la heterorregulación sobre la autorregulación.

el nombramiento de curador, pero el primer criterio de selección que ha de tener en cuenta es la voluntad manifestada por el afectado por la medida. Así, el art. 276.1 del Código civil dispone que «la autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado». Además, el art. 275.2 del mismo texto legal sostiene que «no podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo». Pero no solo el nombramiento de curador vincula a la autoridad judicial a la hora de constituir la curatela, también lo harán el resto de las disposiciones establecidas por la persona afectada por la medida relativas al funcionamiento y contenido de esta (art. 272.1 CC).

No obstante, según el art. 272.2 del Código Civil, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de la propuesta de nombramiento y de las demás disposiciones voluntarias del interesado, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció, o alteración sobrevenida de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. La autoridad judicial podrá hacerlo de oficio, o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada.

Por tanto, solo se permite apartarse de la voluntad expresada en el documento de autocuratela si tal voluntad no había sido correctamente formada por desconocimiento de circunstancias graves³⁰, que se presume que hubieran provocado una decisión diferente, o por una suerte de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* de alteración —se entiende que grave y sobrevenida— de las razones que expresa o presuntamente condujeron a la persona con discapacidad a otorgar tales medidas; es decir, no se trata de prescindir de la voluntad de la persona, sino, al contrario, de asegurar su cumplimiento, puesto que solo podrá llevarse a cabo en supuestos en que esa voluntad no se haya formado correctamente o haya sido objeto de una alteración sobrevenida de circunstancias³¹.

³⁰ Ha destacado la doctrina que, si el declarante y destinatario de la curatela conocía al tiempo de su declaración tales circunstancias, la autoridad judicial queda vinculada por tal declaración, y debe nombrar curador entre las personas designadas (Escartín Ipiéns, 2018: 99; López San Luis, 2020: 134).

³¹ De este modo lo expresa De Salas Murillo (2022: 37-38).

La doctrina ha señalado algunos ejemplos que podrían suponer la aplicación de la excepción: una amistad que se torna en enemistad actual, una separación o divorcio del cónyuge al que nombró curador (Berrocal Lanzarot, 2021: 26), o el elegido enferma posteriormente y no está ya en condiciones de enfrentarse al reto de velar por otro o se constata que no se hizo acreedor de la confianza depositada en él, al haber

La STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022\217) se ocupa de un supuesto en el que se recurre la sentencia de la audiencia provincial que revocó la del juzgado de primera instancia —la cual había nombrado curadora a la persona elegida por la persona con discapacidad—, designando para el cargo a una entidad pública, «pues es organismo preparado, técnico, profesional y objetivo y ello frente a la Sra. Isidora (abogada) que aún sigue casada con el demandado don Carlos Francisco; y con el que se lleva mal o regular actualmente». La recurrente en casación alega «falta de motivación de la sentencia con respecto a prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado de que sea designado como curador la persona por él elegida y nombrada por el juzgado».

El Tribunal Supremo recuerda, en la sentencia:

[...] la motivación ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes (sentencias del Tribunal Constitucional —SSTC— 14/91, 28/94 153/95 y 33/96 y sentencias de esta Sala 889/2010, de 12 de enero de 2011 y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras).

En consecuencia, dice el Alto Tribunal que «se vulnera tan ineludible exigencia, cuando no hay motivación —carencia total—, o cuando es completamente insuficiente, también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico (sentencias 180/2011, de 17 de marzo y 706/2021, de 19 de octubre)».

Con base en ello, y tras analizar la jurisprudencia relativa al respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, estima el recurso y concluye:

[...] prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley (actualmente arts. 249, párrafo II y 268, párrafo I del CC) y jurisprudencia citada, requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado.

Además de estar suficientemente justificada y motivada, la resolución que se aparte de la voluntad del discapacitado ha de basarse en circunstancias

incurrido en conductas reprobables (descuidando o maltratando al sujeto previsor, aprovechándose de su indefensión para esquilmar su patrimonio, etc.) (Cabezuelo Arenas, 2022: 9).

que tengan una especial gravedad. Así, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021\4958), sostiene que un puntual incidente, sin constancia de perjuicio patrimonial alguno para la demandada, concierne a una comunicación recibida de un arrendatario, que no fue contestada, no reúne la entidad suficiente para ser calificado de circunstancia sobrevenida de entidad grave que acredite la necesidad de prescindir de la preferente voluntad de la demandada, principio sobre el que se edifica el sistema de apoyos para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica en sus condiciones de igualdad³².

Interesante, también, es la STS de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021\4847), en la que la demandada había otorgado testamento en el cual nombraba curadores a tres de sus seis hijos, excluyendo a los otros tres y a cualquier entidad pública o privada, por lo que el Tribunal Supremo declara que no procede el nombramiento de la institución tutelar que hizo el juzgador de instancia, ni el nombramiento que la audiencia efectuó de hijos no nombrados por la testadora, dado que no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de aquella en la prestación de los apoyos que necesita.

En definitiva, el juez no tiene un poder general de revisión de las disposiciones del interesado, pues tal cosa privaría de sentido a la propia figura de la autotutela; el juez lo que tiene es una facultad de intervención basada en el interés superior del curatelado cuando se dé algún supuesto extraordinariamente grave, que no esté incluido en los supuestos de inhabilidad legal para ser curador (Díaz Alabart, 2021: 9). Así, el tenor literal del art. 272.2 del CC sirve de argumento para secundar la tesis defendida por varios autores, entre los que me incluyo, de que el principio del interés superior de la persona con discapacidad no ha sido suprimido tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021³³.

El hecho de que el juez, en los casos excepcionales previstos legalmente, pueda apartarse de la voluntad manifestada por la persona en el documento de autotutela implica, por un lado, proteger su voluntad, porque la manifestada no se ha formado correctamente (se ha configurado con base en una falsa realidad por desconocimiento de determinadas circunstancias), o no se corresponde con la realidad (porque las circunstancias que condicionaron y determinaron su voluntad en la actualidad han variado), y, por otro, proteger sus intereses, evitando que puedan causársele graves perjuicios, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; de este modo, el juez, a

³² *Vid.* el comentario de esta sentencia de Cabezuelo Arenas (2022).

³³ *Vid.*, por ejemplo, Cabezuelo Arenas (2022: 9).

la hora de concretar la medida, tendrá que hacerlo intentando guiarse por la que, supuestamente, hubiese sido la voluntad del discapacitado de haber tenido conocimiento de las circunstancias desconocidas o de poder conocer las circunstancias actuales, y, de no ser posible, estableciendo las medidas que le reporten el mayor interés. Y ello porque, en estos casos, interés de la persona discapacitada y respeto a la voluntad no son excluyentes.

4.2. La oposición del discapacitado. Especial referencia a la STS de 8 de septiembre de 2021

El juez, a la hora de establecer medidas de apoyo, no modifica la capacidad de la persona; su función consiste en indagar, verificar, buscar activamente cuál es la capacidad real de la persona, en el sentido de «habilidad», y cuáles son los obstáculos que le impiden ejercer su capacidad jurídica para, en función de eso, establecer «medidas pertinentes» que le permitan el pleno ejercicio de esta, como exige la CDPD. Incluso, en los supuestos más graves, en los que las circunstancias de la persona reduzcan las posibilidades de ejercicio autónomo de esa capacidad, el juez debe buscar la «capacidad residual» para preservar el ámbito de autonomía (Pereña Vicente, 2016: 142).

El párrafo 1.º del art. 268 del Código Civil establece que «las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Por tanto, el juez, a la hora de adoptar las medidas de apoyo, debe tener en cuenta las circunstancias de la persona discapacitada y ajustar dichas medidas a las necesidades de esta, de manera que favorezcan, en la mayor medida posible, el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo «en todo caso» —dice el citado precepto— a su voluntad, deseos y preferencias. Dicha expresión plantea la duda de si el juez ha de respetar siempre la voluntad y deseos de la persona con discapacidad o puede, tras tener en cuenta y valorar la voluntad de esta, adoptar una decisión que no se ajuste a ella.

Precisamente, en la STS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002) —primera resolución del Alto Tribunal que aplica e interpreta la Ley 8/2021— es la oposición clara y terminante del interesado a la adopción de cualquier medida de apoyo lo que lleva al Tribunal Supremo a cuestionarse si dichas medidas pueden acordarse en estas condiciones, esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia 237/2019, de 19 de junio, de la Audiencia

Provincial de Oviedo (Sección 5.^a), que confirma la sentencia de instancia dictada por el Juzgado n.º 9 de Oviedo, de 18 de marzo de 2019, en la que declara modificada la capacidad de obrar del demandado y, a pesar de la oposición de este, se acuerdan medidas de apoyo consistentes en la asistencia en el orden y la limpieza de su domicilio, constituyéndose el régimen de tutela y nombrándose tutora a la comunidad autónoma del Principado de Asturias, a la que se autoriza para entrar en su domicilio a los efectos de limpiarlo y ordenarlo. La adopción de dichas medidas se debe a que el demandado (después recurrente) padecía una enfermedad psíquica conocida como síndrome de Diógenes, que le provocaba trastorno de la personalidad, lo que le llevaba a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandonaba su cuidado personal de higiene y alimentación. A ello debe añadirse que el demandado vivía solo, sin apoyos familiares, y se negaba a recibir ayudas sociales, fundamentalmente porque el trastorno que sufría le impedía tener conciencia de su situación.

El Tribunal Supremo basa su resolución en la normativa resultante de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, atendiendo a lo dispuesto tanto en la disposición transitoria 5.^a de la ley, que exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos, como en la disposición transitoria 6.^a, según la cual «los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento»³⁴.

En consecuencia, tras examinar los principios fundamentales en los que se basa la reforma operada por la Ley 8/2021, suprime el primer pronunciamiento de las sentencias de instancia y de apelación, relativo a la modificación de la capacidad del interesado, debido a que, tras la citada reforma, «desaparece cualquier declaración de modificación de la capacidad». A continuación, pasa a examinar el segundo pronunciamiento de las citadas sentencias, que es el que acuerda las medidas de apoyo, a los

³⁴ Sostiene el Tribunal Supremo que, en este caso, «aunque hubiéramos podido dictar sentencia justo antes de la entrada en vigor de la nueva ley, carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos».

Vid., en relación con la aplicación de esta disposición transitoria, la STS de 23 de enero de 2023 (RJ 2023\2350).

efectos de determinar si estas se ajustan a los postulados del nuevo régimen, para lo cual, lógicamente, lo primero que ha de acordarse es la sustitución de la tutela por una curatela. Pero, en realidad, según el Alto Tribunal, «el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado», lo que le lleva a analizar si, en función de lo previsto en el art. 268 del Código Civil, es posible, en algún caso, proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

Tres son los argumentos que le llevan a decantarse por dicha posibilidad.

En primer lugar, entiende que la propia ley da la solución, al configurar la oposición del interesado a las medidas de apoyo como determinante del cierre del expediente de jurisdicción voluntaria, debiendo acudirse a un procedimiento contencioso, lo cual quiere decir que es posible, en el seno de dicho procedimiento, adoptar una medida de apoyo en contra de la voluntad del interesado³⁵:

Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado³⁶.

En segundo lugar, hace una interpretación literal de lo dispuesto en el art. 268 del Código Civil de que hay que atender «en todo caso» a la voluntad y preferencias del afectado:

³⁵ Sobre el expediente de jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso, *vid.* De Lucchi López-Tapia (2022: 287-318) y López Jiménez (2022: 580-604).

³⁶ Sostiene Calaza López (2022: 64) que, «de no admitir esta libertad enjuiciadora —para los casos más extremos—, en una materia de incuestionable orden público e interés general, entonces carecería de sentido la misma celebración del proceso contencioso, con todas sus fases, tanto en primera y segunda instancia (con una apelación, por cierto, plena), como —de agotarse todos los grados de la Jurisdicción— también en casación».

El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

En tercer lugar, tiene en cuenta el hecho de que la voluntad manifestada es consecuencia del trastorno psíquico que padece, que le impide tener consciencia de la situación en la que se encuentra:

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

En definitiva, se desprende de lo anterior que, si la oposición del afectado responde a la manifestación de una voluntad libre y consciente, el juez no puede contrariarla; pero, si la oposición se debe a la manifestación de una voluntad que está afectada por el trastorno psíquico o la enfermedad mental que padece el que la expresa, el juez no queda vinculado por esta, pudiendo adoptar las medidas que se ajusten a las circunstancias y necesidades de la persona. Y ello porque, según concluye el Tribunal Supremo:

[...] no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno [mental] no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos

encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.

A pesar de que esta sentencia ha recibido algunas críticas³⁷, en mi opinión, la argumentación del Tribunal Supremo es acertada. Los dos primeros argumentos, la remisión a la normativa relativa al procedimiento para la adopción de las medidas de apoyo y la interpretación literal del art. 268 del Código Civil, me parecen incuestionables. Del mismo modo, no cabe duda de que una voluntad afectada por un trastorno psíquico o una enfermedad mental no es una voluntad consciente, y una voluntad no consciente se puede tener en cuenta («atender»), pero no puede ser vinculante, porque, en realidad, en casos extremos, la situación es asimilable a los supuestos de ausencia de voluntad. Ahora bien, prescindir de la voluntad exteriorizada por el discapacitado requiere, como expresa la STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022\217), una motivación especial, «explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado».

Incluso las últimas consideraciones que hace el Tribunal Supremo en la sentencia comentada entiendo que pueden tener más importancia de la que a primera vista pueda parecer³⁸, pues, por un lado, ponen de manifiesto que el juez ha de tener en cuenta la voluntad hipotética de la persona si no se encontrase en esa situación de discapacidad («la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal»), y, por otro, parece entender que el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad puede compatibilizarse con el mayor interés de esta, en el sentido que expusimos anteriormente de ser aplicable cuando no es posible saber cuál es, ni siquiera hipotéticamente, su voluntad, considerando que querría que se protegiesen lo mejor posible sus intereses («no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno [mental] no es consciente del proceso de degradación personal que sufre»)³⁹.

En definitiva, en esta sentencia, el Tribunal Supremo deja claro que el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, De Amunátegui Rodríguez (2021).

³⁸ Según López Cánovas (2022), el Tribunal Supremo utiliza estas consideraciones a mayor abundamiento, como un argumento de pura humanidad.

³⁹ Segarra Crespo y Alía Robles (2021: 6) interpretan que el silencio de la sentencia sobre el interés de la persona con discapacidad no es algo casual, sino bienintencionado, para catalizar la atención en la voluntad como criterio rector.

no es absoluto, y que, en ocasiones, puede compatibilizarse o, incluso, verse desplazado por el principio del mayor interés de la persona con discapacidad⁴⁰.

La argumentación contenida en la STS de 8 de septiembre de 2021, principalmente la interpretación que hace el Tribunal Supremo del art. 268 del Código Civil, ha sido acogida por resoluciones posteriores de dicho Tribunal⁴¹, que, con mención expresa de la citada sentencia, se decantan por la no vinculación de la voluntad del discapacitado cuando esta no responda a una voluntad consciente.

Los problemas interpretativos surgen porque la nueva regulación sobre discapacidad ha hecho mucha incidencia en la autonomía de la voluntad, sin determinar qué ocurre cuando dicha autonomía falta, teniendo, en consecuencia, el Tribunal Supremo que interpretar y matizar la exigencia legal de contar con la voluntad de la persona con discapacidad, precisando algunos extremos que la nueva regulación había obviado (Alventosa del Río, 2022: 798).

V. CONCLUSIONES

La nueva regulación en materia de discapacidad, introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, hace hincapié, reiteradamente, en el respeto a la

⁴⁰ Agradece Bercovitz (2022) que el Tribunal Supremo tenga que «descubrir este Mediterráneo», dada la confusión que se ha creado en los últimos tiempos por «quienes pretenden desconocer que en muchas ocasiones la medida de protección tendrá que adoptarse contra la voluntad de la persona discapacitada a la que se quiera proteger, o incluso prescindiendo totalmente de ella por no ser posible conocerla o conocerla con certeza, o en las condiciones adecuadas, anteponiendo siempre a todo lo demás el propósito de protección que se pretende». Para el citado autor, esta STS constituye una muestra clara de que la Ley 8/2021 y las novedades que introduce solo provocan «mucho ruido y pocas nueces». En su opinión, la sentencia es prueba concluyente de que, con la regulación de la tutela y de la curatela introducida en el Código Civil por la Ley 13/1983, se podía alcanzar la misma protección que con la regulación actual: «La persona afectada del síndrome de Diógenes de cuya protección se trata recibió en la instancia, aplicando dicha regulación anterior el mismo tratamiento que vino a confirmar en lo esencial la Sentencia del Tribunal Supremo, aplicando la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021, aunque la terminología haya cambiado».

⁴¹ *Vid.* AATS de 13 de octubre de 2021 (JUR 2021\328698), de 1 de diciembre de 2021 (JUR 2021\384173), de 12 de enero de 2022 (JUR 2022\43356), de 15 de marzo de 2022 (JUR 2022\118751), de 8 de junio de 2022 (JUR 2022\212935), de 14 de septiembre de 2022 (JUR 2022\300939), de 2 de noviembre de 2022 (JUR 2022\348524), de 23 de noviembre de 2022 (JUR 2022\367282), de 21 de diciembre de 2022 (JUR 2023\14675) y de 25 de enero de 2023 (JUR 2023\41736).

voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, convirtiéndolo en el eje de la reforma, lo cual resulta pertinente, ya que es fundamental para promover la autonomía como personas y, en consecuencia, respetar su dignidad personal (art. 10 CE). Pero ello no es óbice para olvidar que dichas personas, en ocasiones, se encuentran en situaciones en las que su discapacidad no les permite manifestar una voluntad consciente y libre, y, para estos casos, el legislador debía haber sido más claro, estableciendo expresamente la necesidad de respetar los derechos de la persona con discapacidad, como hace la CDPD, y reconocer la oportunidad, en estas situaciones graves, de tomar decisiones (ya sea por el juez, ya sea por el que ejerce la medida de apoyo) basándose en el mayor interés de esta.

Esta falta de claridad por parte del legislador ha provocado problemas interpretativos en la aplicación de la nueva normativa, problemas que ha tenido que resolver el Tribunal Supremo, quien, alejándose de algunas opiniones doctrinales partidarias de la supresión del principio del mayor interés de la persona discapacitada, defiende la posibilidad de separarse del principio del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en aquellos casos en los que esta, por su situación, no pueda manifestar una voluntad consciente y libre.

En definitiva, la dignidad de la persona con discapacidad se respeta cuando se atiende a su voluntad, deseos o preferencias, si dicha voluntad se ha manifestado de forma consciente y libre, pero también se respeta su dignidad cuando se presta la voluntad por sustitución, en los casos en los que la persona discapacitada no pueda, como consecuencia de su discapacidad, expresar su voluntad de manera consciente y libre; decisión sustitutiva que ha de tomarse atendiendo a la mayor protección de los derechos de la persona con discapacidad, como reconoce el art. 12 de la CDPD, que no es otra cosa que atender a su mayor interés.

Bibliografía

- Alemany García, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación núm. 1/2014 del Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 201-222. Disponible en: <https://doi.org/10.30827/acfs.v52i0.6556>.
- Alía Robles, A. (2020). Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Actualidad Civil*, 2.
- Alventosa del Río, J. (2022). Primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021. Comentario a la Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre. *Revista Boliviana de Derecho*, 33, 798.

- Bellido González del Campo, C. (2022). Una aproximación a la nueva figura de la autotutela. *Diario La Ley*, 10080.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022). Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 118.
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2021). La autotutela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Actualidad Civil*, 9.
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2022). El régimen jurídico de la tutela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17, 426-497. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/jj.8500865.15>.
- Cabezuelo Arenas, A. (2022). El Juez sólo puede desvincularse excepcionalmente de las decisiones adoptadas por el interesado en escritura de autotutela. Diversificación del cargo apartándose de los deseos de la persona tutelada. Comentario a la Sentencia de 2 de noviembre de 2021. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 119, 173-190.
- Calaza López, S. (2022). Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, 9 (3), 53-85.
- Canimas Brugué, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Quaderns de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, 39, 13-31.
- Castro-Girona Martínez, A. (2022). Comentario del art. 255 del Código civil. En M.^a P. García Rubio y M.^a J. Moro Almaraz (dirs.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (pp. 259-268). Madrid: Civitas.
- Cortada Cortijo, N. (2022). Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo. *Actualidad Civil*, 1.
- De Amunátegui Rodríguez, C. (2021). Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas? *Hay Derecho*, 27-9-2021 Disponible en: hayderecho.com/2021/09/27/.
- De Lucchi López-Tapia, Y. (2022). El modelo procesal de técnica monitoria para la provisión de apoyos estables a personas con discapacidad. En S. Calaza López y E. Pillado González (dirs.). *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (pp. 287-318). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- De Salas Murillo, S. (2021). De la autotutela y del nombramiento de curador. Comentario de los arts. 271 a 281 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (pp. 701-767). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.

- De Salas Murillo, S. (2022). El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17, 16-47.
- De Verda y Beamonte, J. A. (2022). Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad. *Diario La Ley*, 10021.
- Díaz Alabart, S. (2021). Autocuratela y personas con discapacidad. En C. G. Cerdeira Bravo Mansilla y M. García Mayo (dirs.). *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (pp. 396-415). Madrid: Wolters Kluwer.
- Donado Vara, A. (2022). La curatela como clave del sistema de apoyos. En S. Calaza López y E. Pillado González (dirs.). *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (pp. 119-148). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Escartín Ipiéns, J. A. (2018). La autocuratela en el anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, 5 (3), 85-119.
- Farto Piay, T. (2022). Los internamientos involuntarios: cuestiones controvertidas y estado de la cuestión ante las reformas sustantivas y procesales en materia de discapacidad. *La Ley Derecho de Familia*, 36.
- García Rubio, M.^a P. y Torres Costas, M.^a E. (2022). Comentario del art. 249 del Código civil. En M.^a P. García Rubio y M.^a J. Moro Almaraz (dirs.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (pp. 207-219). Madrid: Civitas.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2022). Las medidas voluntarias en el nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad. En S. Calaza López y E. Pillado González (dirs.). *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (pp. 149-190). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Leciñena Ibarra, A. (2022). Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista de Derecho Civil*, 9 (1), 257-293.
- López Cánovas, A. (2022). ¿Se ha de seguir siempre la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, o se pueden prever aún en contra de su voluntad? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Pleno núm. 589/2021, de 8 de septiembre. *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, 2, 146-158.
- López Jiménez, R. (2022). La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso. *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, 14 (2), 580-604. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7196>.
- López San Luis, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York - 2006, y su reflejo en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Indret*, 2, 111-138. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i2.03>.

- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En S. de Salas Murillo y V. Mayor del Hoyo (dirs.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (pp. 253-270). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2021). Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica. *Diario La Ley*, 9851, 1-9.
- Martínez Sanchíz, J. A. (2023). *La autonomía de las personas con discapacidad*. Santa Cruz de Tenerife: Kinnamon.
- Pereña Vicente, M. (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección. En *Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica* (pp. 141-173). Madrid: Fundación Manantial y Universidad Rey Juan Carlos.
- Petit Sánchez, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés. *Revista de Derecho Civil*, 7 (5), 265-313.
- Ribot Igualada, J. (2021). Comentario de los arts. 256 y 257 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (pp. 577-604). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J. (2022). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En J. Sánchez Calero (dir.). *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia y Sucesiones* (pp. 339-385). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez González, M. (2022). Análisis de la adaptación al Derecho civil español del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Boliviana de Derecho*, 34, 707.
- Segarra Crespo, M.^a J. y Alía Robles, A. (2021). Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021. *Actualidad Civil*, 10.