

REVISTA DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 20 y 21 , Época II, 2022

Número monográfico dedicado a 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”.

ISSN: 2340-4647



MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Luz M. Martínez Velencoso

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 28 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2023

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma en la regulación legal del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Sin duda, su correcta implementación presenta grandes desafíos para los operadores jurídicos. A fin de coadyuvar en esta tarea resulta muy valiosa la interpretación y aplicación jurisprudencial de la mencionada Ley. Es objeto de este trabajo realizar un análisis sistemático de las últimas resoluciones judiciales que se ocupan de esta tarea. Asimismo, son objeto de estudio algunas sentencias recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que delimitan como los legisladores y tribunales nacionales deben abordar esta cuestión con el pleno respeto a la Convención europea de Derechos Humanos en consonancia con las observaciones del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

ABSTRACT: The entry into force of Act 8/2021 has meant a paradigm shift in the legal regulation of the exercise of legal capacity by people with disabilities. Undoubtedly, its correct implementation presents great challenges for legal professionals. To assist in this task, the interpretation and application by courts of the aforementioned Act is highly valuable. The purpose of this paper is to carry out a systematic analysis of the latest judicial decisions dealing with this task. Recent judgments of the European Court of Human Rights are also under study, outlining how national legislators and courts should address this issue with full respect for the European Convention on Human Rights in line with the observations of the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica, personas con discapacidad, interpretación jurisprudencial

KEYWORDS: Legal capacity, persons with disabilities, jurisprudential interpretation

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Análisis Doctrina Jurisprudencial; 2.1. Ámbito europeo; 2.1.1. Sobre la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual; 2.1.2. Sobre el derecho a contraer matrimonio; 2.1.3. Sobre el internamiento de las personas

con discapacidad; 2.1.4. Sobre las salvaguardas legales en los supuestos de privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. 2.2. Ámbito español; 2.2.1. Sobre la voluntad de la persona con discapacidad a la hora de proveer judicialmente medidas de apoyo; 2.2.2. Sobre el alcance de las medidas judiciales de apoyo; 2.2.3. La curatela como medida judicial de apoyo; 2.2.4. Establecimiento de medidas de apoyo por la propia persona; 2.2.5. El necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona; 3. Índice de Sentencias citadas.

1. INTRODUCCIÓN.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos recuerda que “privar a una persona de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy grave que debería reservarse a circunstancias excepcionales” (Sentencia de 18 de septiembre de 2014 caso “Ivinovic v. Croacia”).

Los jueces están llamados a concretar exactamente cuáles son esas circunstancias excepcionales en las que la persona va a requerir ciertas medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. El análisis de la jurisprudencia se convierte, pues, en un instrumento muy valioso para los operadores jurídicos en el nuevo enfoque que se le debe dar a esta cuestión.

En primer lugar, según nos advierte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la diferencia de trato que legalmente se establece para las personas con discapacidad (v.g. restricciones en el derecho al voto, en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio) podría estar justificada si se persigue un interés legítimo y con pleno respeto al principio de proporcionalidad. Esto último significa que los medios empleados deben ser adecuados al fin perseguido. Asimismo, la adopción de medidas restrictivas a la capacidad de obrar de las personas no puede producirse de manera automática, sino que se debe revisar la concreta situación de la persona. También deben darse garantías procedimentales, es decir, el proceso de decisión que conduce a las medidas de injerencia debe ser equitativo y respetar los derechos de las personas con discapacidad (entre ellos, el derecho a ser escuchado). Otra circunstancia que se debe tomar en consideración es que la solución adoptada legislativamente no debe ser en todo caso la incapacidad total de la persona, puesto que pueden existir diversos grados de discapacidad.

En relación con la jurisprudencia española vemos como aún hay unas sentencias continuistas con la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, donde el juez sustituye la voluntad de la persona con discapacidad con base en el argumento del desconocimiento de la enfermedad por la persona. El objetivo a perseguir con la nueva regulación no es este, sino tomar en consideración las necesidades reales de la persona con el fin de valorar cuáles son las medidas de apoyo pertinentes en línea con el principio de valoración por el juez de los deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

No obstante, se puede observar un cambio de tendencia hacia un mayor respeto a la dignidad y a la autonomía de la persona. En este sentido, analizaremos sentencias donde se le asignan al curador funciones principalmente asistenciales. Además, en la adopción de medidas de apoyo se valoran los deseos de la persona, así como en la designación de la persona que vaya a prestar los apoyos.

Es cierto que la guarda de hecho presenta problemas en la práctica, como tendremos ocasión de estudiar. Uno de ellos es la falta de delimitación de las actuaciones que el guardador de hecho puede realizar en el ámbito patrimonial sin autorización judicial y otro, el modo de acreditar la propia condición de guardador de hecho. Veremos situaciones en las que el patrimonio de la persona con discapacidad presenta cierta complejidad y que llevan al tribunal a designar a un curador, pese a la existencia de la guarda de hecho.

2. ANÁLISIS DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1. Ámbito europeo

La cuestión de la discapacidad ha sido abordada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en varias sentencias teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la persona en cuestión y sus necesidades con el fin de garantizar una protección eficaz de sus derechos.

Hay algunos aspectos que considero especialmente relevantes y que han sido objeto de análisis, que son los siguientes: la privación del derecho al voto, posibles restricciones en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, el internamiento de las personas con discapacidad y las salvaguardas legales que deben adoptarse en los supuestos de privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

2.1.1. Sobre la privación del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual

En relación con esta cuestión, merece destacarse la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 mayo 2021 (TEDH 2021\59), “Caso Caamaño Valle contra España”¹.

En este caso se había presentado en primera instancia una demanda de incapacitación con solicitud de nombramiento de tutor, en la que se especificó que no se estableciese privación alguna del derecho al voto. No obstante, el juzgado de primera instancia declaró la incapacidad de la hija y nombró tutora a su madre y decretó la supresión del derecho al voto al entender que no reunía las condiciones necesarias para el ejercicio de tal derecho. Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que conocieron del asunto resolvieron confirmando la privación de tal derecho.

Con posterioridad fue aprobada en España la Ley Orgánica 2/2018, que modificó la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General a fin de garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, con reconocimiento del derecho al voto de las personas con discapacidad.

La demandante alegó que se había producido una violación del art. 3 del Protocolo n. 1 en relación con el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 1 del Protocolo n.12 sobre la base de que la prohibición del derecho al voto para las personas con discapacidad había sido discriminatoria mientras estuvo vigente².

Después de examinar los motivos de las partes el Tribunal dictaminó lo siguiente: “[79]. El Tribunal ha declarado que, a pesar de la diferencia de alcance entre el artículo 14 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio, el significado del concepto “discriminación” que figura en el artículo 1 del Protocolo núm. 12 pretende ser idéntico al del artículo 14 (véanse los párrafos 18 y 19 del Informe explicativo del Protocolo núm. 12). Por consiguiente, al aplicar el mismo término en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12, el Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de la interpretación establecida de “discriminación”. De ello puede deducirse que, en principio, las mismas normas desarrolladas por el Tribunal en su jurisprudencia relativa a la protección conferida por el artículo 14 son aplicables a los asuntos incoados en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12 (véase “Napotnik v. Rumanía”, n. 33139/13, § 69 y 70, de 20 de octubre de 2020).

¹ Urizarbarrena Pérez, X., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 70, (2021), pp. 1121-1140.

² Article 3 of Protocol No. 1: “The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

Article 14 of the Convention: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as ...other status.”

Article 1 of Protocol No. 12: “1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.”

[80]. La Corte reitera que, en el disfrute de los derechos y libertades garantizados por la Convención, el artículo 14 ofrece protección contra el trato diferente, sin justificación objetiva y razonable, de las personas en situaciones análogas o pertinentes similares. En otras palabras, el requisito de demostrar una posición análoga no exige que los grupos de comparación sean idénticos. A efectos del artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si “no tiene justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “objetivo legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados y el objetivo perseguido (véase “Napotnik”, antes citado, § 71).

[81]. El Tribunal también ha declarado en su jurisprudencia que solo las diferencias de trato basadas en una característica identificable, o “estatus”, pueden constituir una discriminación en el sentido del artículo 14 (véase “Fábián v. Hungría [GC]”, nº 78117/13, § 113, de 5 de septiembre de 2017).

[82]. El Tribunal de Primera Instancia señala, en relación con el presente asunto, que el derecho de voto de la hija del demandante estaba restringido debido a su limitada capacidad mental. Por lo tanto, la diferencia de trato entre la hija (cuyo derecho de voto está restringido) y las personas que tienen derecho a votar se basa en la capacidad mental respectiva de cada persona. El Tribunal considera que (por lo que respecta a las restricciones al derecho de voto) una diferencia de trato basada en tales motivos persigue un objetivo legítimo y que existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. La valoración que subyace en la conclusión del Tribunal según la cual las interferencias con el derecho al voto de la hija de la demandante estaban justificadas en virtud del artículo 3 del Protocolo n. 1 tomó en consideración el estatuto especial de la hija de la demandante (es decir, el hecho de que se había modificado el grado de su capacidad jurídica). Estas consideraciones son igualmente válidas en el contexto del artículo 14 y, aun suponiendo que pueda entenderse que la hija del solicitante se encuentra en una situación comparable a la de otras personas cuya capacidad jurídica no ha sido modificada, justifican la diferencia de trato denunciada”³.

En conclusión, entiende el Tribunal que no ha habido violación ni del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, ni del art. 1 del Protocolo núm. 12.

Esta misma doctrina se consolida en la posterior Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección⁴), de 15 febrero 2022 (TEDH 2022\21) en el “Caso Anatoliy Marinov v. Bulgaria” si bien en este caso la privación del derecho de voto debido a una orden de tutela parcial basada en la discapacidad mental del demandante sin revisión judicial individualizada de la capacidad de voto se considera desproporcionada.

En opinión del Tribunal: “[55]. El Tribunal ya ha admitido que se trata de un ámbito en el que, en general, debe concederse un amplio margen de apreciación al legislador nacional para determinar si las restricciones al derecho de voto pueden justificarse en los tiempos actuales y, en caso afirmativo, cómo debe lograrse un justo equilibrio. En particular, debería corresponder al legislador decidir qué procedimiento debe adoptarse a fin de evaluar la aptitud para votar de las personas con discapacidad mental (véase “Alajos Kiss”, antes citada, § 41). El Tribunal señala que no existen pruebas de que el legislador búlgaro haya intentado ponderar los intereses contrapuestos o apreciar la proporcionalidad de la restricción en su estado actual (véase, mutatis mutandis, y en relación con el legislador húngaro, “Alajos Kiss”, antes citada, § 41), y abrir así la vía para que los órganos jurisdiccionales realicen un análisis particular de la capacidad del demandante para ejercer el derecho de voto, independientemente de la decisión de someter a una persona al régimen de tutela. Se ha señalado anteriormente que el Gobierno no ha demostrado que la práctica judicial interna permita la posibilidad de levantar la restricción del derecho de voto de una persona en los casos en que esa persona siga privada de su capacidad jurídica. Además, parece que tal posibilidad no se ajustaría al marco jurídico interno (véase el apartado 27 supra).

³ Traducción del inglés realizada por la autora.

[56]. En el presente asunto, el demandante perdió su derecho de voto como consecuencia de la imposición de una restricción automática y general del derecho de voto de las personas bajo tutela parcial (sin poder acceder a una evaluación judicial individualizada de su aptitud para votar); esto lo colocó en una situación similar a la del demandante en el caso “Alajos Kiss” (antes citado, y en contraste, “Strøbye y Rosenlind”, §§ 113 y 120, y Caamaño Valle § 71, ambos citados anteriormente, donde el Tribunal señaló que no había habido una restricción general del derecho de sufragio y que se había producido una revisión judicial individualizada). Por consiguiente, el demandante puede alegar ser víctima de una medida incompatible con los principios establecidos pertinentes (véase, en particular, el apartado 49 supra). El Tribunal no puede vaticinar si el demandante hubiese sido privado del derecho de voto, incluso si se hubiera impuesto una restricción más limitada de los derechos de las personas que sufren de una discapacidad intelectual, de conformidad con los requisitos del artículo 3 del Protocolo n. 1 (véase “Alajos Kiss”, antes citada, § 43).

[57]. El Tribunal reitera que el tratamiento como una sola clase de todas las personas con discapacidad intelectual es una clasificación cuestionable, y la restricción de sus derechos debe estar sujeta a un escrutinio estricto (ibíd., párr. 44). Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia concluye que la supresión indiscriminada del derecho de voto del demandante -sin un control jurisdiccional individualizado y únicamente sobre la base del hecho de que su discapacidad intelectual requería su tutela parcial- no puede considerarse proporcionada al objetivo legítimo de restringir el derecho de voto, como ha propuesto el Gobierno (véase el párrafo 52 supra)⁴.

2.1.2. Sobre el derecho a contraer matrimonio

Esta cuestión fue objeto de discusión en la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 octubre 2018 (JUR 2018\310015) (Application n. 37646/13) “Caso Delecoble contra Francia”. En este caso, M.S. con un ligero deterioro cognitivo había solicitado autorización (debido a la restricción de su capacidad jurídica) para casarse. Esta solicitud había sido rechazada por el juez de la tutela. Entiende el TJUE que no se había producido ninguna violación del artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) de la Convención, teniendo en cuenta el margen de apreciación concedido a las autoridades nacionales y el hecho de que las restricciones al derecho del demandante a contraer matrimonio no habían limitado o reducido ese derecho de manera arbitraria o desproporcionada.

“[54]. En primer lugar, el Tribunal señala que las personas bajo supervisión no se ven privadas del derecho a contraer matrimonio. En cambio, su derecho a contraer matrimonio está sujeto a una autorización previa, debido a la restricción de su capacidad jurídica, que es uno de los motivos materiales cuya pertinencia reconoce la jurisprudencia.

[55]. El Tribunal de Primera Instancia señala que, en el presente asunto, la imposición de una orden de vigilancia al demandante corresponde a las exigencias establecidas en la jurisprudencia del Tribunal (véase “Lashin v. Rusia”, n. 33117/02, § § 80-81, de 22 de enero de 2013). De hecho, se presentaron dos informes médicos especializados antes de que se impusiera la medida (...).

[56]. Por lo que respecta a la decisión posterior por la que se deniega el derecho de la demandante a contraer matrimonio, ésta fue adoptada en primer lugar por el supervisor, tras oír tanto a la demandante como a M.S. (véase el apartado 11 supra). A continuación, el juez de la tutela resolvió, tras una investigación social, en la que se puso de relieve un interés económico en el centro de un importante litigio familiar que aparentemente había supuesto no valorar con rectitud los intereses y el bienestar del demandante y, en segundo lugar, con base en un examen psiquiátrico (véanse los apartados 12 a 17 supra). El psiquiatra designado por el juez consideró que el demandante sufría trastornos intelectuales y, aunque llegó a la conclusión de que el solicitante tenía capacidad para consentir en el matrimonio, lo consideró incapaz de hacer frente a las consecuencias de su consentimiento en su esfera patrimonial.

⁴ Traducción del inglés realizada por la autora.

[57]. El Tribunal de Primera Instancia señala que, basándose en estos dos informes y después de escuchar al demandante, el juez de la tutela denegó el derecho a contraer matrimonio del demandante, alegando que tal medida no redundaba en su interés. Además, señala que la resolución dictada el 24 de junio de 2010 está plenamente motivada y que el demandante pudo interponer un recurso contra ella. La sentencia del Tribunal de Apelación de París, también motivada, se dictó a raíz de una vista en la que el demandante, que estaba presente y acompañado por su abogado, pudo presentar alegaciones.

[...]

[60]. El Tribunal considera que tanto las disposiciones legales impugnadas como la negativa en el presente caso a autorizar el matrimonio del demandante están comprendidas en el margen de apreciación concedido al Gobierno demandado. A diferencia de las situaciones en las que se priva a los particulares del derecho a contraer matrimonio en cualquier circunstancia (véase, por ejemplo, la sentencia “Christine Goodwin”, antes citada, § 103), la obligación impuesta al demandante de solicitar una autorización previa para su matrimonio se basaba en el hecho de que estaba sujeto a una medida previa de protección legal, es decir, una orden de supervisión reforzada. En consecuencia, las autoridades disponían de un margen de apreciación que les permitía conceder a la persona una protección eficaz en función de las circunstancias y, por lo tanto, anticiparse a las consecuencias que pudieran ser perjudiciales a sus intereses. Por lo que respecta al artículo 460, apartado 1, del Código Civil, el Tribunal señala que esta disposición salvaguarda efectivamente el derecho a contraer matrimonio, confirmado por el Consejo Constitucional. Es cierto que se establecen algunas restricciones. Sin embargo, el Tribunal observa que dichas restricciones están debidamente reguladas, con recursos en virtud de los cuales las restricciones al derecho a contraer matrimonio pueden ser objeto de revisión judicial, en el marco de procedimientos contradictorios. Esta fue precisamente la situación del demandante en el caso de autos, que hizo uso de las vías de recurso previstas en el Derecho interno y pudo, así, presentar alegaciones en el marco de un procedimiento contradictorio para impugnar la decisión impugnada (véanse los apartados 62 y 63 supra). Además, como ha señalado el Consejo Constitucional, el sistema de control tiene por objeto proteger los intereses del supervisado y promueve en la medida de lo posible su autonomía (decisión nº 2012-260 QPC, antes citada, § 5)⁵.

En consecuencia, el Tribunal considera que las restricciones al derecho del demandante a contraer matrimonio no limitaron ni redujeron dicho derecho de manera arbitraria o desproporcionada. Por lo tanto, no hubo violación del artículo 12 de la Convención.

No obstante, la Sentencia cuenta con el voto particular del Juez Nussberger para quien es cierto que no debe subestimarse el riesgo de que una persona con un “trastorno cognitivo leve”, “fragilidades psicológicas” y “cierto grado de vulnerabilidad” (véase el apartado 9 de la sentencia) sea explotada por terceros, en particular cuando dicha persona es un gran propietario. Ahora bien, una medida restrictiva adoptada contra la voluntad del interesado no debería, en su opinión, ir más allá de lo estrictamente necesario. Aunque el contenido del artículo 460, apartado 1, del Código Civil es inobjetable como tal, su aplicación en las circunstancias del presente caso, que dio lugar a la prohibición del matrimonio, es desproporcionada. En su opinión, la medida en cuestión es más paternalista que protectora, lo que es incompatible, a su juicio, con el artículo 12 interpretado a la luz del artículo 8.

2.1.3. Sobre el internamiento de las personas con discapacidad

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del art. 3 (prohibición de la tortura), pero también del art. 5 §1 (e) (derecho a la libertad y la seguridad) ha tratado la situación del internamiento obligatorio en una institución especializada de personas que sufren enfermedades mentales⁶. Esta doctrina

⁵ Traducción del inglés realizada por la autora.

⁶ Branko, L., “The Rights of Persons with Disabilities in the Case-law of the European Court of Human Rights”, *Europe of Rights & Liberties*, 2021(1) 3, pp. 6-19.

jurisprudencial está en consonancia con las opiniones del Comité de las Naciones Unidas (que ha venido repitiendo que los Estados parte deben derogar aquellas disposiciones legales que permitan el ingreso involuntario de las personas con discapacidad en instituciones de salud mental, puesto que ello iría en contra de la capacidad jurídica de la persona para decidir sobre el tratamiento y la admisión en un hospital o institución sanitaria con violación de los arts. 12 y 14)⁷.

En “Stanev v. Bulgaria” Sentencia TEDH (Gran Sala), de 17 enero 2012 (JUR 2012\14338) (Application n. 36760/06) el Tribunal reiteró la doctrina según la cual una persona no puede ser privada de su libertad por no encontrarse en su sano juicio, a menos que se cumplan las tres condiciones mínimas siguientes: 1. Se debe demostrar fehacientemente, mediante una prueba pericial médica, que el individuo no se encuentra en su sano juicio; 2. El trastorno mental de la persona debe ser de tal naturaleza que justifique la obligatoriedad del confinamiento porque la persona necesita terapia, medicamentos u otro tratamiento clínico [para curar o aliviar] su condición; 3. El trastorno mental, verificado por pruebas médicas objetivas, debe persistir durante todo el período del internamiento (párrafo 145).

2.1.4. Sobre las salvaguardas legales en los supuestos de privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad

En el Caso “Ivinovic v. Croacia”, Sentencia TEDH (Sección1ª), de 18 septiembre 2014 (TEDH 2014\57) concluye el Tribunal que se ha producido una violación del art. 8 del Convenio puesto que la regulación legal del procedimiento de incapacitación no permitía un examen exhaustivo de las circunstancias concretas del caso.

Según se hace constar en la Sentencia (§38) “(e)l Tribunal opina que privar a un individuo de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy severa que debería reservarse para circunstancias excepcionales (véase *mutatis mutandis*, X e Y contra Croacia, núm. 5193/09, apartado 91, 3 de noviembre de 2011). Teniendo en cuenta las graves consecuencias que tal medida puede tener en la vida privada de la demandante, el Tribunal considera que era necesario que los tribunales encargados del caso examinaran cuidadosamente todos los factores pertinentes para poder garantizar así el respeto de los requisitos del artículo 8 del Convenio”.

Además en cuanto a la persona que debe ostentar su representación (§ 45): “el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] reitera que, en los casos relativos a personas que padecen discapacidades mentales, se exige de los Estados que garanticen a estas personas una representación independiente que les permita poder formular sus agravios en virtud del Convenio ante un órgano judicial u otro órgano independiente (véase Centro de Recursos Jurídicos en nombre de Valentin Câmpeanu contra Rumanía [GS], núm. 47848/08, apartado 161, 17 de julio de 2014)”.

En atención a las circunstancias concurrentes en el caso, el Tribunal concluye que “a la hora de incapacitar legalmente, a título parcial, a la demandante, el procedimiento seguido por los tribunales nacionales no fue conforme con las garantías establecidas en el artículo 8 del Convenio. Por consiguiente, se ha producido una violación de esta disposición”.

En el caso A.N. v. Lithuania (Application n. 17280/08) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016\125822), el Tribunal apreció la existencia de una vulneración del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1 de la

⁷ De acuerdo con la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “40. El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados parte deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso”.

Convención. El demandante, con un historial de enfermedad mental, alegó que había sido privado de su capacidad jurídica sin su participación o conocimiento en el procedimiento y que una vez privado de la misma, no había podido demandar para el restablecimiento de dicha capacidad. Su madre había sido nombrada como su tutora. El tribunal entendió que se había producido una violación del art. 6.1 porque el demandante había sido privado de su oportunidad de acceder a un tribunal en relación con el procedimiento de incapacitación y en especial, respecto a la posibilidad de solicitar el restablecimiento de su capacidad. Entendió, asimismo, que no existían salvaguardas legales para la privación de la capacidad de la persona con discapacidad. Además, se entendió que se había vulnerado el art. 8 de la Convención en relación con la interferencia con el derecho del demandante al respeto de su vida privada, puesto que se le había hecho totalmente dependiente de su madre, como su tutora, en casi todos los ámbitos de su vida. Las autoridades nacionales fallaron a la hora de tomar en consideración la forma o el grado de su enfermedad mental para privarle de su capacidad jurídica. El tribunal nacional no tuvo la oportunidad de examinar al demandante y confió totalmente en el testimonio de la madre y en el informe del médico a la hora de tomar su decisión. Además, el tribunal europeo entendió que había una interferencia con el derecho al respeto a su vida privada que era desproporcionada con el fin legítimo perseguido.

Sobre esta problemática se pronuncia asimismo la Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 18 mayo 2021 (TEDH 2021\78), “Caso M.K. v. Luxemburgo”.

En este caso se trataba de una mujer de 90 años, hija única y soltera cuya capacidad jurídica había sido modificada judicialmente quedando sometida a un régimen de curatela. Se trata de valorar si tal injerencia en el ámbito de autodeterminación de la demandante era adecuada y se daba el justo equilibrio entre el respeto de la dignidad y la autodeterminación de la demandante y la necesidad de proteger y salvaguardar sus intereses.

El Tribunal declara que no ha habido violación del art. 8 del Convenio con base en las siguientes argumentaciones:

[62]. El Tribunal recuerda que privar a una persona de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy grave que debería reservarse a circunstancias excepcionales (Ivinović, citada, ap. 38). Sin embargo, inevitablemente deberá dejarse margen de apreciación a las autoridades internas que, debido a su contacto directo y continuo con las fuerzas vivas de su país, en principio se encuentran mejor situadas que una jurisdicción internacional para valorar las necesidades y las condiciones locales (Maurice contra Francia [GS], núm. 11810/2003, ap. 117, TEDH 2005 IX). Este margen variará en función de la naturaleza del derecho del Convenio en cuestión, de su importancia para el individuo y de la naturaleza de las actividades restringidas, así como del fin perseguido por las restricciones. El margen tenderá a ser más estrecho cuando el derecho en juego sea crucial para el goce efectivo por el individuo de los derechos íntimos o esenciales (A.-M.V. contra Finlandia, citada, ap. 83).

[63]. Las garantías procedimentales de las que dispone el individuo serán particularmente importantes para determinar si el Estado acusado se mantuvo en los límites de su margen de valoración. En particular, el Tribunal deberá examinar si el proceso de decisión que conduce a las medidas de injerencia fue equitativo y capaz de asegurar el respeto de los intereses garantizados al individuo por el artículo 8 (ibidem, ap. 84, y referencias citadas).

[...]

[66]. A continuación, en el marco de las decisiones que dictaron, los Jueces se preocuparon de oír en su momento a la demandante y de realizar un examen concreto de los hechos. Así, particularmente, el Tribunal de Apelación analizó la situación personal y patrimonial de la demandante (apartado 28 supra) tras haberse basado en el hecho de que la asistente social había «emitido dudas en cuanto a la capacidad [de la demandante], tenido en cuenta su edad y cierta debilidad para adoptar decisiones y se [había] preguntado si no era frágil, fácilmente influenciado y manipulable» (apartado 27 supra). Asimismo, tenía a su disposición la decisión del Juez de primera instancia que había visto a la demandante y

había señalado que esta, a solicitud de S., había iniciado la constitución de dos sociedades comerciales sobre las que no se encontraba en disposición de precisar su objeto comercial. El primer Juez había añadido que había perdido su sentido crítico en lo concerniente a las facturas en relación con los trabajos y cuidados encargados por S. (apartado 18 supra).

[67]. Ciertamente, el Tribunal no subestima el impacto que debieron tener los diferentes procedimientos sobre la vida privada de la demandante y no ignora las complicaciones, incluso los sufrimientos que implican, inevitablemente, las diligencias y medidas impuestas. Sin embargo, estima que las autoridades judiciales procedieron a una valoración profunda de la situación de la demandante, quien se vio implicada, por su participación personal, en el examen del asunto. Se esforzaron en alcanzar un equilibrio entre el respeto de la dignidad y la autodeterminación de la demandante y la necesidad de protegerla y salvaguardar sus intereses de la vulnerabilidad que estimaban haber identificado en ella, a partir de su impresión de que ignoraba la redacción y el alcance de las decisiones adoptadas en su nombre (apartado 18 supra). La interferencia, en definitiva mínima en la escala de las medidas posibles, es proporcionada y adaptada a su situación individual, ajustándose al objetivo legítimo de proteger su bienestar en sentido amplio (véase, *mutatis mutandis*, A.-M.V. contra Finlandia, citada, ap. 90)".

En consecuencia, admite el Tribunal que la injerencia permaneció en los límites del margen de apreciación de que disponían las autoridades judiciales en este asunto.

Con posterioridad, en la Sentencia TEDH de 16 de noviembre de 2021 Caso "N. v. Rumania (No. 2)" (JUR 2021\350664) (Application n. 38048/18), Rumanía fue condenada por una violación del artículo 8 del Convenio en relación con la regulación en este país del procedimiento relativo a la privación de capacidad jurídica.

Por una parte, N. impugnó las medidas relativas a su incapacidad legal y, por otra, se opuso a la forma en que se había producido el cambio de tutor legal. El Tribunal ha venido entendiendo en reiteradas sentencias que la privación de la capacidad jurídica constituye una grave injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de una persona, protegido por el artículo 8 del Convenio. Esta injerencia puede permitirse en virtud del Convenio, siempre que se cumplan las condiciones del párrafo 2 del artículo 8.

Al examinar si la medida de incapacidad jurídica plena era necesaria y si la ley que establecía dicha incapacitación como medida general era compatible con los requisitos del Convenio, el Tribunal señala tres cuestiones. En primer lugar, el marco legislativo nacional no dejaba a los jueces ni a los expertos forenses margen alguno para una evaluación individualizada de la situación del demandante. El Código Civil rumano distingue entre plena capacidad e incapacidad total, pero no prevé una situación intermedia. En segundo lugar, se señala que el Tribunal Constitucional rumano ha dictaminado que las disposiciones legislativas aplicables no ofrecen garantías suficientes, ya que no tienen en cuenta el hecho de que puede haber diferentes grados de incapacidad. Por último, el Tribunal llama la atención sobre la decisión final del Tribunal Constitucional rumano en la que declaró que las disposiciones legales en cuestión eran inconstitucionales y violaban las obligaciones internacionales de Rumanía con respecto a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. A este respecto, el TEDH está de acuerdo con las conclusiones del Tribunal Constitucional rumano, que son coherentes con la jurisprudencia del TEDH. Debido a la falta de una respuesta adaptada en las disposiciones legales en el momento en que se adoptó la decisión relativa a la privación de su capacidad, los derechos del solicitante en virtud del artículo 8 del Convenio estaban restringidos por la ley nacional más allá de lo estrictamente necesario. En definitiva, no se respetó el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, el Tribunal considera que se ha producido una violación del artículo 8 de la Convención. El hecho de que el demandante no fuera escuchado en el procedimiento que condujo al nombramiento de un nuevo tutor también interfiere con el derecho del demandante al respeto de su vida privada. En el examen de esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entra a valorar si la medida era necesaria y proporcional al objetivo legítimo perseguido.

Así, el artículo 8 de la Convención no se refiere expresamente a requisitos procedimentales. No obstante, el proceso de toma de decisiones que conduzca a la adopción de medidas debe ser equitativo y garantizar el debido respeto de los intereses salvaguardados por el artículo 8. En este caso, el Tribunal no está convencido de que dicho procedimiento haya ido acompañado de garantías proporcionales a la magnitud de la injerencia y a la gravedad de los intereses en juego. En definitiva, no había garantías de que la salud actual del solicitante se evaluara y se tuviera debidamente en cuenta. En consecuencia con todo lo anterior, el Tribunal acordó unánimemente que se había violado el artículo 8 del Convenio con respecto a la declaración de incapacidad del solicitante y con respecto al cambio del tutor legal.

2.2. Ámbito español

2.2.1. Sobre la voluntad de la persona con discapacidad a la hora de proveer judicialmente medidas de apoyo

Desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha surgido un debate en torno a la cuestión de si es posible el establecimiento de medidas de apoyo a las personas con discapacidad contra su voluntad⁸. Este tema se planteó ya en la primera Sentencia del Tribunal Supremo que aplicó la Ley 8/2021 (Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021). En palabras del tribunal: “lo verdaderamente relevante es examinar si el contenido de las medidas y su adopción con la oposición expresa del interesado, se acomoda al nuevo régimen legal”.

En el caso de que se diese esta situación, desde el punto de vista procesal se prevé la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria⁹. Ello no obsta a que se puedan solicitar estas medidas mediante un procedimiento especial de carácter contradictorio,¹⁰ pudiendo el juez resolver conforme a las normas previstas al respecto en la legislación civil¹¹.

En opinión del Tribunal en la sentencia arriba citada: “En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. 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» (.).”

Debe hacerse un análisis del caso, sobre todo en estas situaciones donde el propio desconocimiento de la enfermedad resulta determinante para que la persona rechace que se

⁸ Cfr. Calaza López, S., *et al.*, “Diálogo sobre la trascendencia real de la “voluntad, deseos y preferencias” de las personas con discapacidad en el ámbito judicial: ¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?, *Actualidad civil*, n. 3, 2023.

⁹ De acuerdo con el art. 42 bis b) LJV, n. 5: “La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes”.

¹⁰ Art. 756 LEC: “1. En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”.

¹¹ Art. 760 LEC: “Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables”.

le fijen medidas de apoyo. “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”. Por lo tanto, se establece en la Sentencia la fijación de unas medidas de apoyo a favor de la persona de carácter esencialmente asistencial.

En la posterior STS 21 diciembre 2022 (RJ 2023, 356) los antecedentes de la misma son los que siguen: se interpone recurso de casación por la Sra. Sacramento, declarada "incapaz parcial" por sentencia judicial a instancias del Ministerio Fiscal antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal "para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica". Según lo previsto en la Disp. Trans. 6.ª de la Ley 8/2021, se debe aplicar el sistema de apoyos previsto en la citada Ley.

Conforme manifiesta el TS (F.J. 3º) con cita de la doctrina de la sentencia del Pleno, 589/2021, de 8 de septiembre: “La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación "curatela" no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas”.

A este respecto: “el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso”.

Continúa afirmando el Tribunal (F.J.4º) que en este caso en concreto, “la Sra. Sacramento niega que haya quedado acreditada la situación de necesidad que justifique la provisión de cualquier apoyo judicial al ejercicio de la capacidad jurídica, tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial”.

De nuevo se plantea en esta Sentencia la interpretación que deba darse al art. 268 CC en cuanto a la provisión de apoyos judiciales donde se debe atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. La aplicación de tal precepto implica que el órgano judicial debe tener en cuenta, en la medida de lo posible, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pero esto no significa que deba seguir siempre el dictado de estos.

En el caso concreto se entiende que la sentencia recurrida “no respeta los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la regulación introducida por la Ley 8/2021 (arts. 249.I y 268 CC), no explica las razones por las que existe necesidad de un apoyo para "la toma de decisiones complejas" en el ámbito personal y patrimonial, ni determina los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (tal y como exige hoy el art. 269.II CC)”.

Continúa argumentando el Tribunal: “A pesar de que en estos procedimientos el juez goza de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, no está exento de proceder a su justificación. Y en particular debe esmerar esa justificación cuando las medidas sean acordadas contra la voluntad manifestada por el interesado y supongan una afectación de los derechos fundamentales de la persona. En el caso, claramente la intimidad y su libertad, porque se autoriza al curador a tomar medidas para gestionar, supervisar y controlar las decisiones en el ámbito de la salud, el tratamiento farmacológico y el plan de alimentación”.

Se concluye, pues, “que la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, ni concreta adecuadamente el alcance de la curatela que establece, ni explica suficientemente las razones por las que debe proveerse de un apoyo judicial, cuando de los hechos acreditados en la instancia no resulta que la negativa expresada por la Sra. Sacramento a

que se constituyan apoyos judiciales sea expresión de una voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padece”.

En la jurisprudencia que emana de las Audiencias Provinciales se puede observar cómo los tribunales adoptan medidas de apoyo aun en contra de la voluntad de la persona. Es el caso de la SAP Vizcaya 18 enero 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:185) donde se establece un régimen de curatela en oposición de la persona discapacitada al desautorizar el tribunal su voluntad por la falta de conciencia de la enfermedad. No obstante, como había manifestado su preferencia por un curador respecto a otro en caso de que se aplicase la medida de apoyo, el tribunal sí nombra curador a aquel que la persona beneficiaria prefirió, pese a considerarlo menos adecuado. También en la SAP Asturias 21 de febrero 2022 (ECLI:ES:APO:2022:371) se procede a la adopción de un régimen de curatelas representativas acordadas contra el deseo de la persona con discapacidad. Entiende el Tribunal que la oposición del interesado ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, debido a que es propio del trastorno la falta de conciencia de la enfermedad.

En el caso de la SAP Alicante 8 abril 2022 (ECLI:ES:APA:2022:885) el demandado había manifestado firmemente que no sufría la enfermedad que se le había diagnosticado ni necesitaba tratamiento. Es por ello que se decide mantener la designación del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS) como curador para complementar el ejercicio de la capacidad jurídica de D. Horacio, asumiendo el curador funciones de supervisión y asistencia para determinados actos en su esfera personal y de representación para otros en el ámbito patrimonial.

La SAP Vizcaya 2 junio 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1668) no tiene tampoco en cuenta la voluntad de la beneficiaria de las medidas de apoyo al considerar probado que había sido manipulada para llegar a su decisión y que esta situación se debía a su enfermedad y deterioro cognitivo. Expone asimismo que es posible “no seguir la voluntad expresada por el discapaz si el propuesto como curador hubiera actuado como guardador de hecho y se hubiera conducido mal en el desempeño de tal apoyo”. En este caso, la existencia de un préstamo no saldado entre la persona propuesta como curador y la persona con discapacidad se entiende como constitutiva de conflicto de intereses¹².

Asimismo, la SAP Illes Balears 7 junio 2022 (JUR 2022, 298229) no tiene en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad debido a que “tiene una nula conciencia de enfermedad, no reconoce la necesidad de tratamiento ni la necesidad de ayuda de tercera persona para cumplirlo; es totalmente dependiente para temas relacionados con la salud, requiere supervisión constante de tercera persona para cumplir con el tratamiento y seguimiento de la enfermedad y tiene una alteración severa para tomar decisiones, que requiere que sean realizadas por tercera persona”. En consecuencia, se fija en la sentencia una curatela representativa para todos los temas relacionados con la salud y también para los actos de carácter patrimonial.

El rechazo de las pertinentes medidas asistenciales se explica también por su falta de aceptación de la enfermedad en la SAP Navarra 17 junio 2022 (JUR 2022, 264013): “Precisamente el que la afectada no desee que la situación asistencial se mantenga en sus términos actuales está implicado en su falta de aceptación de la enfermedad (...)”¹³.

¹² Sobre la situación de conflicto de intereses vid. asimismo SAP Granada 2 marzo 2022; SAP La Rioja 20 enero 2022; SAP Oviedo 13 abril 2022 en un supuesto de previsión por el sujeto de medidas de apoyo.

¹³ Crítico con este tipo de argumentaciones se encuentra Pallarés Neira, J., “El principio de consideración de los propios deseos de la persona con discapacidad”, Diario La Ley, n. 10117, 25 Julio 2022, a propósito de la SAP Toledo 14 marzo 2022: “No encontramos en la sentencia ninguna referencia a la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad. El tribunal dedica su atención a los testimonios de las hermanas de la recurrente, y a un informe forense más preocupado en sacar conclusiones generales (...). A juicio de legos, nos parece que hubiera sido más provechoso ayudar al tribunal a centrar su foco de atención en los déficits reales que puede presentar esa persona en concreto y alejarse de un concepto tan manido, como poco afortunado, de la falta de conciencia de la enfermedad y de generalizaciones (...)”.

2.2.2. Sobre el alcance de las medidas judiciales de apoyo

Como es sabido, a partir de la reforma, la curatela es una medida judicial de apoyo de carácter subsidiario. Esto significa que para adoptarse no debe existir otra medida de apoyo que cubra las necesidades de la persona con discapacidad, o bien porque no haya sido establecido por ella notarialmente o bien porque no exista un guardador de hecho que preste la pertinente asistencia.

Además, el curador ostentará facultades de representación de la persona de modo excepcional y para las concretas situaciones que se establezcan judicialmente. En aquellos supuestos en los que la curatela sea representativa, el curador debe solicitar autorización judicial en los casos fijados en el art. 287 CC, y que sean pertinentes conforme a la resolución judicial.

En la SAP Barcelona 22 marzo 2022 (JUR 2022, 170548) se nombra curatela asistencial para controlar la toma de medicación. Los antecedentes de hecho de esta sentencia son los siguientes: el Sr. Luis Andrés recurre en apelación la sentencia de primera instancia que modifica parcialmente su capacidad de obrar y nombra como tutor a una Fundación sin ánimo de lucro. Resulta de aplicación al caso la normativa específica en Cataluña, en concreto el art. 226-4 CCCat que “especifica el contenido de la Asistencia, figura de apoyo que a partir del Decreto Ley 19/2021 de 31 de agosto reemplaza en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares y que se aplicará con todo el abanico de facultades que la persona concernida puede necesitar, según recoge en su exposición de motivos. Dicho precepto en su apartado segundo obliga a concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial (incluidos, de forma excepcional, los actos de representación, apartado 3), y en tanto los actos que lleve a cabo el asistido sin tal apoyo están sometidos al régimen de la anulabilidad (art. 226-5)”.

Se entiende que este caso en concreto procede constituir la asistencia (art.s 226-1 y siguientes del CCCat). “Dichos preceptos exigen que en la designación y en el ejercicio de las funciones de Asistencia se correspondan con la dignidad de la persona con respeto de sus derechos, voluntad y preferencias que deben ser tenidas en cuenta.

Conforme al art. 226-4,2 CCCat deben concretarse las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, por lo que debe darse mayor concreción a sus funciones. La sentencia recurrida ha considera (sic) que la Asistencia debe abarcar funciones que esta Sala considera que no son necesarias. No es necesario que el Asistente intervenga en la fijación del lugar de residencia ni en la gestión y administración de los bienes del recurrente”.

En este caso concluye el tribunal que la intervención del asistente debe limitarse al ámbito del cuidado de la salud y toma de medicación, incluso se prevé la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación.

En el mismo sentido en la SAP Zamora 29 septiembre 2022 (JUR 2022, 357122) se establece un régimen de curatela asistencial para controlar la toma de medicación. Ello puesto que: “una vez examinado todo lo actuado en el procedimiento, cabe señalar que no ha resultado acreditada la concurrencia en la persona del demandado y en el momento actual de circunstancias que lleven a la necesidad y a la justificación de adoptar una medida de apoyo con funciones representativas, habiendo mostrado su conformidad el apelante con la medida curatela asistencial para controlar la toma de medicación que le ha sido pautada”.

2.2.3. La curatela como medida judicial de apoyo

A) La fijación de un régimen de curatela representativa

Hay situaciones en las que el estudio de la realidad de la persona con discapacidad lleva al juez a descartar que la guarda de hecho sea la institución que pueda dar cobertura a las necesidades de la persona, por lo que lo procedente es el establecimiento de un régimen de curatela. La mera existencia de una situación de guarda de hecho no es suficiente para

rechazar el nombramiento de un curador. El juez debe valorar si la guarda de hecho existente es suficiente y adecuada para garantizar a la persona con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

Es el caso de la SAP Barcelona 20 julio 2022 (JUR 2022, 335850). Es importante señalar que el nombramiento de un curador con funciones representativas se considera en este caso como una medida más adecuada para la persona con discapacidad que disponía de un patrimonio más complejo y en cuya gestión encontraban dificultades los guardadores de hecho¹⁴. Subyace, pues, ciertos problemas de seguridad jurídica que plantea la guarda de hecho. Aunque la misma está dotada de una gran funcionalidad práctica, el ámbito de actuación del guardador queda pendiente de ser perfilado, sobre todo en el ámbito patrimonial, en atención a la parquedad de la regulación legal y a la escasa jurisprudencia existente hasta la fecha.

En el Derecho catalán, según se interpreta en la sentencia, el guardador de hecho tiene limitadas sus funciones, definidas en la ley, en el ámbito personal, se limitan al deber de "cuidar", en un contexto claramente asistencial de acompañamiento y cuidado personal, de apoyo en las decisiones en el ámbito de la salud y en otros ámbitos como puede ser el laboral, pero no permite asumir decisiones en estos ámbitos¹⁵.

¹⁴ Cfr. López Courchoud, C., “El guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad y su relación con las entidades bancarias”, *Diario La Ley*, n. 10329, 17 de Julio de 2023. La autora señala las incertidumbres jurídicas que plantea la aplicación de la Ley 8/2021 fundamentalmente desde el punto de vista bancario y que, en su opinión, se encuentran sin resolver. Conforme establece el art. 264 CC en su párrafo 3º: “No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”. En su interpretación surgen muchos interrogantes, en palabras de la autora: “¿qué facultades bancarias puede o debe permitir el banco llevar a cabo al guardador de hecho en nombre y representación de la persona discapacitada?; ¿abrir una cuenta corriente?, ¿disponer del dinero depositado en dicha cuenta corriente? ¿y qué cuantía puede disponer?, ¿una cuantía diaria, semanal, mensual?”. Además, también se plantea el problema de la acreditación de la condición de guardador de hecho. En el escrito de conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas de las Secciones de Atención a Personas con Discapacidad y Mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 (<https://www.fiscal.es/documents/20142/2089da7f-1084-179c-1b18-3f5ad3b7f179>) señala que: “La acreditación de este extremo podrá hacerse mediante las distintas pruebas documentales (certificado de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc. La condición de vulnerabilidad de la persona que recibe el apoyo derivada de las limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá hacerse mediante la exhibición de las correspondientes certificaciones administrativas, certificados médicos o informes sociales expresivos de la discapacidad intelectual o del desarrollo, o trastornos de salud mental que presente la persona, y su incidencia en la capacidad de decisión. Otra posibilidad de acreditar ante organismos públicos y privados dicha relación, será la propia voluntad de la persona (siempre que pueda expresarla), manifestada ante notario reconociendo al guardador de hecho mediante un acta de notoriedad, u otorgándole poderes. También se ha de tener en cuenta la eventualidad de que una guarda de hecho pueda ser objeto de anotación preventiva registral (art. 40 de la Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil). Aunque dicha anotación no tiene valor probatorio, puede ser de utilidad. La guarda de hecho que por alguna decisión judicial haya tenido acceso al Registro (por ejemplo, al establecer salvaguardias judiciales), informa de su existencia en un determinado momento. En el mismo sentido, realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

¹⁵ La guarda de hecho es una institución vigente también en el Derecho aragonés. Según se hace constar en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo: “La guarda de hecho (Capítulo. VII) es definida por las notas de iniciativa propia y transitoriedad en el hecho de ocuparse de la guarda de una persona y, desde el punto de vista subjetivo, por la posibilidad de que el guardador sea persona física o jurídica y el guardado necesariamente menor o incapacitado que se encuentren en situación de desamparo, o persona que podría ser incapacitada. El guardador está obligado a poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal, y la autoridad judicial cuenta con las

Las hijas de la persona con discapacidad ponen de manifiesto los continuos problemas a los que se enfrentan en su situación legal de guardadoras de hecho en la gestión de los asuntos bancarios y para la buena gestión de los inmuebles, algunos arrendados.

A juicio del tribunal, las guardadoras de hecho “no pueden adoptar con plena cobertura legal y seguridad jurídica decisiones sobre los aspectos de la vida diaria, sobre temas o tratamientos médicos u otros que exigen facultades representativas y en el ámbito patrimonial estimamos insuficiente también las funciones del guardador de hecho que deberá acudir a la autoridad judicial para realizar cualquier acto de administración extraordinaria, más allá de los previstos para un asistente con facultades representativas, generando una litigiosidad excesiva, contraria a la tendencia de desjudicialización pretendida por el legislador”.

En el caso de la SAP Álava 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 20866) la sentencia de instancia rechaza la medida de apoyo judicial solicitada por la demandante, considerando suficiente la guarda de hecho que ejerce Sacramento respecto de su esposo, que se ha mostrado eficaz, duradera en el tiempo y que ha cumplido con la finalidad pretendida por la Ley.

Sin embargo, a juicio del tribunal de apelación: “El juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador”.

En opinión del tribunal, “(e)n casos como el presente es necesaria una medida de apoyo y el nombramiento de un curador con carácter representativo, que una persona de su entorno se ocupe de D. Artemio y pueda suplir su voluntad. Estamos ante un supuesto de carácter extraordinario en el que es necesaria la representación, la discapacidad afecta a la capacidad de obrar y a la capacidad de decisión”.

Asimismo, en la SAP Madrid 18 octubre 2022 (JUR 2022, 375184) se nombra un curador con funciones representativas debido a la enfermedad persistente, crónica y permanente de la persona que determina su incapacidad para administrar y disponer de sus bienes. Es función del curador la de administrar sus bienes y hacer seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter. Se designa al AMTA (Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid). La sentencia de instancia había establecido la incapacitación con nombramiento de tutor en la referida institución.

En la misma línea en la posterior SAP Madrid 16 diciembre 2022 (JUR 2023, 27677) se constituye una curatela como medida formal de apoyo legal (a tenor de los artículos 250 párrafo 5 del Código civil) sin perjuicio de la legitimación de las partes interesadas para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas establecidas en aplicación de la normativa legal vigente.

necesarias facultades para requerir información y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

La institución de la Junta de Parientes, de actuación tan frecuente y útil en el Derecho aragonés, ha permitido, en relación con la guarda de hecho, reconocer la validez de ciertos actos del guardador cuando, en el ámbito de la administración de los bienes, son necesarios. Si la Junta de Parientes declara que es necesario el acto de administración realizado en representación del guardado, este será válido. Los actos no necesarios serán anulables, salvo que hayan redundado en utilidad de la persona protegida”.

B) Sobre el nombramiento del curador

En el caso de que la persona hubiese designado curador ante notario, o hubiese excluido a algunas personas de dicho cargo; el juez debe respetar esa voluntad, aunque puede apartarse de ella mediante decisión motivada en los supuestos establecidos en la ley (art. 272 CC). También la propia persona puede establecer notarialmente que alguien en particular designe a su curador.

Pueden ser curadores las personas mayores de edad que el juez considere aptas para su función. Asimismo, pueden ser curadores las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines esté la promoción de la autonomía y asistencia a personas con discapacidad.

La ley prevé que pueda haber más de un curador, en este caso, corresponde al juez establecer el modo de funcionamiento de la curatela (salvo que lo haya estipulado la propia persona con discapacidad).

La SAP Madrid 21 enero 2022 (ECLI:ES:APM:2022:500) no considera para ser excluido que la gestión del curador llevase a la curada a una posición de deudora por la cuantía de 10.000€ frente a su anterior residencia. Según argumenta el Tribunal: “Las razones señaladas por el informe pericial no son suficientes a juicio de esta Sala para prescindir de la voluntad de D^a Brigida. No se discute que el Sr. Victorio gestionó una residencia privada, que no pagó, adeudando 10.000€; deuda que deberá ser satisfecha. Pero en todo caso, debe prevalecer la voluntad clarísima de la Sra. Brigida y la relación de afecto existente entre ambos y que más allá de que el apelante pueda tener un discurso grandilocuente, en el ejercicio de su función debe estar controlado por el Juzgado, no apreciando esta Sala interés espurio en asumir la curatela, cuando las pensiones que percibe la Sra. Brigida no son elevadas”. Esta sentencia está en línea con el necesario respeto a la voluntad de la persona conforme a las directrices marcadas por la Ley 8/2021.

En la SAP Valencia 9 febrero 2022 (ECLI:ES:APV:2022:415) la persona con discapacidad es hijo de unos padres que se habían divorciado habiéndose atribuido la guarda y custodia de los hijos menores en ese momento a la madre. El hijo discapacitado ha convivido, pues, con su madre, quien se ha ocupado de todas sus necesidades. Ello hace que sea de aplicación lo establecido en el artículo 276 del CC, según el cual, a falta de propuesta por la persona que necesite las medidas de apoyo, se nombrará como curador (3^o) al progenitor o, en su defecto, ascendiente, y si fueren varios, como en el caso enjuiciado, se preferirá al que conviva con la persona que precise el apoyo. Además, el padre fue condenado por delito de abandono de familia por lo que, en opinión del tribunal “quien no ha cumplido con la más elemental de las obligaciones que para con un progenitor establece, no ya la ley, sino el Derecho Natural, no puede considerarse persona idónea para el cargo de curador”.

Por su parte, la SAP Granada 2 marzo 2022 (ECLI:ES:APGR:2022:686) ofrece interés desde el punto de vista de la designación del curador y en especial, sobre la conveniencia o no de una curatela mancomunada. Aprecia el tribunal que existe un conflicto de intereses debido a la situación de que una de las personas propuestas como curadora se había trasladado a vivir a la vivienda de la persona con discapacidad, su madre, sin establecerse una compensación económica.

Según se establece en la sentencia: “con arreglo al art. 275 del Código Civil, no pueden ser curadores quienes tengan conflicto de intereses con la persona que precise de apoyo, estableciendo el art. 276, que, en caso de que la persona discapacitada no hubiera propuesto a nadie con anterioridad y tenga que designarse a uno de los hijos o descendientes será preferido el que conviva con ella, y en defecto de los hijos a quien estuviera actuando como guardador de hecho; mientras que el art 277 prevé que se puede nombrar más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican, y que, en particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes.

Esta última opción, sin embargo, la descartamos, en línea con lo que señala el Tribunal Supremo núm.706/2021, de 19 de octubre, porque una curatela mancomunada, dadas las malas relaciones existentes entre los hermanos, abocará a predecibles enfrentamientos

entre ellos, que entorpecerán la unidad de actuación que requiere el ejercicio de un cargo de tal naturaleza; e igualmente descartamos la curatela institucional, cuya única motivación estaría precisamente en el enfrentamiento entre los hijos”.

La SAP Barcelona 4 mayo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4815) no tiene en cuenta la voluntad de una madre de que sus hijos y marido se ocupasen de sus gestiones en un futuro ya que, a la hora de acordar las medidas de apoyo, su cónyuge había fallecido y sus hijos se encontraban en una clara situación de enemistad.

Conforme preceptúa la sentencia: “(..) En el caso de que la persona no pueda expresar su voluntad y preferencias y no haya designación notarial, como ocurre en este caso, pues el documento presentado es un poder preventivo no una escritura de delación voluntaria, la designación del asistente se ha de basar en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso. En este sentido hay que tener en cuenta que la voluntad de la madre expresada en 2012 es que su esposo, ahora fallecido, y sus dos hijos de forma mancomunada se ocuparan de sus gestiones, lo que ahora no es posible por las diferencias importantes de criterio y la recíproca desconfianza que existe entre los dos hijos”.

Procede, en consecuencia, la aplicación del art. 222-10 CCCat que establece un orden de prelación establecido (art. 222-10) que puede alterarse en beneficio de los intereses de la persona asistida mediante resolución motivada.

La SAP Ourense 27 junio 2022 (ECLI:ES:APOU:2022:663) considera suficientemente motivado que debe ser la FUNGA y no el marido de la persona con discapacidad quien ostente una curatela representativa por el mero hecho de que creen inadecuada a la persona propuesta debido a que también se encuentra ingresada en la misma residencia y requiere otros cuidados de terceros.

También se pronuncia sobre el internamiento de la persona, medida que se ratifica por ser la misma beneficiosa y adecuada a la situación personal y socioeconómica de la persona con discapacidad.

Según la SAP Valencia 15 noviembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:4099) debe preferirse la voluntad de la persona sometida a curatela a la hora de designar al curador pese a que esta persona fue condenada por un delito de obstrucción a la justicia por causas completamente ajenas a la relación con la persona a la que prestaría apoyos.

Según el artículo 275. 3 CC, la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. A juicio del tribunal, “en el presente caso, no se considera que los hechos por los que fue condenado (...) puedan suponer que no desempeñará bien la curatela (..). Pero es que además sobre todo ello debe pesar la voluntad de la recurrente, su única familia a la que quiere a la que ha dado poderes, ha instituido heredero y es con la única que tiene relación”.

En las dos sentencias que siguen también de la Audiencia Provincial de Valencia, tratándose de personas que sufren enfermedades mentales, se procede al nombramiento de un curador, para lo que se tiene en cuenta los deseos manifestados de la persona sujeta a este régimen.

En la SAP Valencia, 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:140) se establece como medida de apoyo un régimen de curatela. El curador deberá realizar las funciones de prestar el apoyo necesario, en la forma que se indica:

-Asesoramiento: para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas, de sus ingresos, gastos etc.

-Supervisión: para seguimiento de pautas alimenticias

-Representación para administrar sus ingresos, excepto el dinero de bolsillo, y para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones, etc., para consentimiento de tratamiento médico psiquiátrico, para suministro de medicación psiquiátrica pautada.

Se designa curador al IVASS. “Del propio informe resulta que ha de establecerse la curatela, designando al IVASS para el cargo dado que deben respetarse las preferencias de la demandada, que manifestó no tener buena relación ni con su madre ni con sus dos hermanos”.

En esta segunda sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:153) se procede, además, al nombramiento de varios curadores con distinción de funciones, en el ámbito personal y patrimonial.

En el caso, como la persona con discapacidad convive o tiene una relación cotidiana con su hija, procede designar a la misma como curadora, pero únicamente para prestar a la persona el apoyo que la misma necesita con relación al tratamiento médico (supervisión) que será ejercitado por dicha hija, llamada María Teresa.

“Con relación a los apoyos que necesita para las decisiones de carácter económico-jurídico-administrativo y contractual relevantes, el apoyo (con representación) habrá de ser prestado por su hermana D^a Custodia, respetando los deseos de la persona con discapacidad, y teniendo en cuenta, en concreto, las ideas delirantes de perjuicio que la misma padece, que engloban a su ex marido y a sus hijos, y concretamente con relación al reparto de bienes del matrimonio, que aún no se ha realizado y en el que no consta que se haya proporcionado información suficiente a D^a Raimunda, gestionando los bienes del ex marido, teniendo en cuenta que podrían darse intereses contrapuestos o generarse conflictos por percibirlo así D^a Raimunda, teniendo en cuenta también que la hermana se ofreció a desempeñar el cargo en el caso de que el Tribunal así lo decidiera.

2.2.4. Establecimiento de medidas de apoyo por la propia persona

Conforme se establece en el art. 255 CC, la propia persona “en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”. Únicamente cuando falten o sean insuficientes estas medidas de naturaleza voluntaria, y “a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

La SAP Barcelona 15 octubre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:12125) atiende al problema de que el otorgamiento del poder se produce después de la presentación de la demanda. En este caso, según el tribunal de apelación, tal poder no puede tenerse en cuenta. “(...) Si el art. 222-4,3 del CCC contempla la ineficacia de las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o desde que el Ministerio Fiscal inicia las diligencias preparatorias, con mayor razón hay que declarar la ineficacia de los poderes otorgados que en este caso confieren al hijo poderes absolutos, mucho más amplios que las facultades que pueden integrar un apoyo pues se mantienen incluso en caso de conflicto de intereses, lo que es claramente contrario al interés y necesidades de la persona afectada”. Se procede en el caso al nombramiento de una Fundación a la que se encomiendan las funciones de asistente conforme a la nueva normativa con el detalle exigido en el art. 226-4, 2 y 3 CCC.

En el caso de la SAP La Rioja 20 enero 2022 (ECLI:ES:APLO:2022:10), la propia persona, en previsión de su incapacidad, había designado en previsión de ser incapacitada judicialmente en un futuro, como tutora o, en su caso, curadora, y administradora de sus bienes a su hija doña Salome, y en el supuesto de que su hija hubiera premuerto o estuviese a su vez incapacitada, la sustituye por su otra hija doña Milagros. Esta voluntad debe ser respetada (cfr. art. 272 CC: “La propuesta de nombramiento y demás disposiciones

voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela”). La sentencia contiene cita de sentencias anteriores donde se refleja esa misma doctrina jurisprudencial referidas a la autotutela (anterior a la Ley 8/2021) sobre el carácter vinculante de la designación de tutor realizada por el interesado para atender a las necesidades futuras. Para apartarse de esta elección es preciso una resolución judicial motivada, en beneficio de la persona con discapacidad (sentencia 487/2014, de 30 de septiembre; sentencia 298/2017; sentencia 458/2018, de 18 de julio; así como la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre). Ya referida a la nueva normativa es la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, que se ocupa del carácter vinculante de la designación de curador llevada a efecto por la persona interesada. En dicha resolución se hace constar que: “El artículo 234 del CC considerado como infringido precisamente señala que para el nombramiento de tutor se preferirá al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223 CC y es precisamente ello lo que procede, máxime cuando D^a... exteriorizó, en su momento, tanto notarial como judicialmente, de forma expresa, su voluntad de no ser sometida a una tutela institucional, ya sea ésta pública o privada. Lo dispuesto en los actualmente vigentes arts. 271 y 272 del CC, de aplicación al caso, conducen a la misma decisión (...)”.

En la SAP Barcelona 6 julio 2022 (JUR 2022, 283145) de la prueba practicada se concluye que el demandado no precisa medida legal de apoyo para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, ya que la persona afectada por la discapacidad puede dotarse asimismo de apoyos voluntarios. Considera el Tribunal que “(n)o toda discapacidad comporta la necesidad de adoptar una medida de apoyo. Solo en caso de ausencia o insuficiencia de voluntad y de entendimiento, puede ser precisa la medida de apoyo, pues en otro caso, la persona afectada por la discapacidad puede dotarse asimismo de apoyos voluntarios. Se impone en estos casos el máximo respeto a su voluntad y autonomía”.

En el mismo sentido se pronuncia la AP de Barcelona en su posterior sentencia de 20 de septiembre de 2022 (JUR 2022, 328656). Se entiende en este caso que no se precisan medidas de apoyo, puesto que no se han visto afectadas las facultades de la persona que ya había “otorgado poderes de administración y disposición muy amplios cuyo complemento o ampliación judicial no es ni necesaria (restringiríamos facultades) ni está justificada en base a la discapacidad que padece la demandada”.

En este caso la persona con discapacidad había otorgado poderes notariales a favor de su hija el 25-6-2020. Se trataba de poderes de administración y de disposición patrimonial muy amplios con inclusión de la cláusula de no extinción de los poderes por la “incapacidad sobrevenida”.

En el caso de la SAP Madrid, a 31 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5189) la existencia de la guarda de hecho y de medidas voluntarias excluyen la necesidad de adoptar medidas judiciales de apoyo. En opinión del tribunal: “Es necesario ponderar para poder solucionar cada caso concreto, las directrices legales previstas en el artículo 268.1 CC (...). Sin olvidar el principio de intervención mínima y de respeto máximo a la autonomía de la persona. En el presente supuesto las limitaciones que en todos los ámbitos, personal y jurídico tiene doña Jacinta, todas sus necesidades se ven cubiertas por la adecuada y loable gestión que hace su hija doña Martina en la figura de guardadora de hecho que viene ejerciendo por deseo expreso de su madre recogidos en los poderes otorgados, el primero de 11 de julio de 2019, un poder amplio para realizar todo tipo de actos de disposición y representación en el ámbito patrimonial y el segundo, de fecha 7 de mayo de 2020, de autotutela en la que designa a doña Martina para la guarda y protección de su persona y sus bienes, hay que valorar que así lo acordó su madre encontrándose en plenas condiciones, por tanto en el presente supuesto se acredita que todas las limitaciones en todos los ámbitos en el personal, jurídico-económico- administrativo- contractual de doña Jacinta se encuentran debidamente cubiertas, porque las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas, sin que exista necesidad en la actualidad de judicializar la situación jurídica de doña Jacinta; sin perjuicio, de que en algún momento sea necesario presentar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria como puede ser el caso de la venta de un inmueble”.

2.2.5. El necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, en la determinación de los apoyos necesarios para su ejercicio, el juez debe tomar en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En esta línea, corresponde al órgano judicial hacer un análisis de la trayectoria vital de esta persona, sus valores y anticiparse a cómo aquella hubiese actuado de no encontrarse imposibilitada para ello. Se trata, sin duda, de una cuestión compleja y que representa un gran reto para los jueces.

Según se desprende de la SAP Oviedo 13 abril 2022 (ECLI:ES:APO:2022:1373) los poderes o mandatos preventivos, las escrituras en las que se fije una autotutela o una declaración voluntaria u otros medios con un mínimo de solemnidad formal conllevan una forma válida de conocer la voluntad en lo que a carga probatoria se refiere.

“(…) la Ley 8/2021 reformó el art.1732 del CC, que autorizaba a tener por terminado el poder otorgado con carácter preventivo por la resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancias del tutor, sustituyendo su redacción por otra en la que mantiene la vigencia de los mandatos preventivos en el supuesto de establecerse en apoyo del mandante una curatela representativa (ordinal 5º), lo que no significa su vigencia perpetua, pues su extinción viene regulada en el art. 51 bis, añadido por la Ley 8/2021 a la de LJV 15/2015, de acuerdo con el cual podrá promoverse la extinción del poder si el apoderado incurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, tramitándose el expediente con audiencia del apoderado.

El poder otorgado por Doña Flor en el año 2.016 ya preveía su continuidad si la poderdante venía, en el futuro, necesitada de apoyos y dicho poder queda sujeto a las previsiones y régimen de la Ley 8/2021, (D.T. 3ª), luego no podía el Tribunal decretar su extinción sin más, aunque (es necesario dejar reseña de ello) no por eso se asume el alegato de la recurrente de que el tribunal de la instancia se excedió al valorar y enjuiciar el uso del poder por el apoderado, pues es su función velar por el interés del sujeto necesitado de apoyos estableciendo las medidas adecuadas y proporcionadas a su situación e interés”.

“(…) Con todo la cuestión es que, como ya expusimos, debe de revocarse la declaración de extinción del poder preventivo y, como consecuencia de su vigencia, dada su amplitud y que la curatela se establece para la administración y disposición del patrimonio, no queda sitio para ésta, pues ya se ha advertido sobre el carácter supletorio de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente respecto de las previstas anticipadamente por el propio sujeto de la medida (art. 269 párrafo 1 CC), hasta el punto de que en el supuesto de apoderamiento preventivo para todos los negocios del poderdante, en lo no previsto por éste, se aplicará supletoriamente el régimen de la curatela (art. 259)”.

El conflicto de intereses no es una causa para la extinción del poder (“el art. 259 del CC prevé el sometimiento del apoderado a las reglas aplicables a la curatela en lo no previsto en aquel poder, entre las que está la constitución de fianza (art. 284 CC), la confección de inventario (art. 285 CC), la concurrencia de autorización judicial previa para determinados negocios (art. 287 CC) o su aprobación (art. 289 CC)”.

No obstante, continúa afirmando el tribunal, que sí “puede y conviene al caso establecer la salvaguarda de rendición periódica de cuentas por el apoderado cada seis meses (art 292 CC), que podrá modificar el Tribunal de la instancia ampliándolo o reduciendo, en más remitirnos a las salvaguardas legales referidas de promoción por el Ministerio Fiscal y demás personas legitimadas del expediente para la extinción del poder preventivo (art. 51 bis LJV) o su modificación por el propio poderdante (art. 3) y de nombramiento de defensor judicial por los mismos legitimados en caso de apreciarse conflicto de intereses”.

Por otro lado, la persona que debe prestar el apoyo no debe sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a su “voluntad, deseos y preferencias”. Ahora bien, como afirma el Tribunal Constitucional: “(m)ás allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad

decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial”¹⁶.

La SAP Ourense 22 noviembre 2022 (ECLI:ES:APOU:2021:711A) señala cómo el representante del paciente debe eliminar su criterio subjetivo, buscando cual sería la valoración de su representado acorde a lo que anteriormente le había indicado a él o a otros testigos, o acudir a sus creencias, valores, ideología, etc. En el presente caso se solicita autorización judicial para la vacunación contra el Covid-19 de Doña Blanca, persona bajo la tutela de su hija (que había rechazado la administración de la vacuna a su madre). En el caso se autoriza el suministro de la vacuna acordada en la resolución apelada, considerándola una medida médico-sanitaria necesaria, que tiende a proteger adecuadamente la salud de Doña Blanca, por su edad, situación pluripatológica y residencia en un centro privado y que se configura como la única medida eficaz para la protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave¹⁷.

Merece destacarse el fundamento jurídico 2º donde el tribunal expone sus argumentos en la interpretación de la prestación del consentimiento por representación en el ámbito sanitario.

F.J.2º: “En el ámbito de las decisiones sanitarias, en situaciones en que la persona carece de capacidad para consentir, por diversas razones, la ley permite que sea un tercero el que consienta. Así, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece, que se otorgará el consentimiento por representación en ciertos supuestos:

- a) 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. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En los casos que el consentimiento lo otorgue el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, así se establece en el artículo 9.6, de la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Es decir, la decisión no podrá apartarse de lo que, conforme a la evidencia científica de la que se disponga en cada momento e historial médico de la persona, sea objetivamente mejor para preservar su vida o salud.

¹⁶ STC (Pleno) 20 abril 2023 (ECLI:ES:TC:2023:38)

¹⁷ En la citada STC 38/2023, 20 abril el TC rechaza que la autorización judicial para vacunar del Covid-19 a una anciana enferma de Alzheimer, contra la voluntad de su hijo y tutor legal, vulnere su derecho a la integridad personal. En opinión del tribunal: “El precepto que legitima la injerencia en la integridad personal del paciente en el caso que nos ocupa, exige, en definitiva, una intervención judicial presidida por fines estrictamente tuitivos de los intereses de la persona afectada, sin que puedan prevalecer sobre estos, por estar fuera del ámbito de cobertura ofrecido por el precepto legal indicado, los intereses de terceros o los públicos, en particular el riesgo para la salud pública derivado de la propagación de una enfermedad infecto-contagiosa”. Por otro lado, se debe proceder a una ponderación de los beneficios y perjuicios: “en particular, tanto la decisión adoptada por la persona que presta apoyo como la resolución judicial que revisa dicha decisión han de estar basadas en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, de acuerdo con las circunstancias concurrentes”.

La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del caso, siempre en favor del paciente y respetando su dignidad personal, de forma que, según indica el artículo 9.6 de la misma Ley "aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y al estado de necesidad". Por su parte el apartado 7 del mismo artículo 9 en su párrafo segundo indica que "el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. 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".

La expresada normativa se completa en Galicia con el artículo 6 de la Ley 3/2001, de consentimiento informado de Galicia, que a los efectos que aquí interesan "...señala que son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución, entre otras la del paciente incapacitado legalmente, en cuyo caso el derecho corresponde a su representante legal que habrá de acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del incapaz. Añade que "cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su capacidad. La opinión de este será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad".

Sobre la opinión del paciente habrá que examinar si existen instrucciones previas al mismo como documentos en que manifieste anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos que podía precisar en el futuro, y su destino final, a fin de que sea respetada en caso de no poder expresarla personalmente, y en caso de existir, esas instrucciones habrán de ser un criterio interpretativo muy importante, si ofrecen alguna indicación específica sobre su postura ante la vacunación o intervenciones médicas similares.

Si no existe documentación sobre la voluntad del paciente, los criterios sobre los que el representante deberá decidir según la doctrina científica serían:

1. Las valoraciones subjetivas del llamado a prestar el consentimiento por sustitución, han de ser rechazadas de manera general en el ámbito médico por el riesgo que conlleva la imposición a terceros de sus criterios particulares en la materia, sin ser divergentes de la opción médica indicada o, incluso, de la voluntad del paciente, al no ser el sustituto titular de los derechos sobre los que decide (vida y salud).
2. La valoración de la decisión que el paciente había adoptado, distinguiendo la voluntad expresada al representante o a testigos, de la voluntad que este considera que expresaría en atención a sus creencias, valores, ideología, etc., criterio que ha de tomarse con la debida cautela por las dificultades de la prueba testifical y la posibilidad de cambio de criterio sobrevenido que no se hubiera expresado ante testigos.
3. La ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y la vida del paciente, en base a consideraciones objetivables. La decisión a adoptar debe ser la más respetuosa con el mayor beneficio para la salud y la vida del paciente según criterios médicos objetivados y socialmente aceptados. Es el criterio más objetivo, que busca el mayor beneficio para el paciente atendiendo los criterios de la *lex artis*, y establecido en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El paciente podía, por tanto, adoptar decisiones contrarias a la indicación médica que le afecta (artículo 21 de la Ley) pero esa posibilidad no la tiene el sustituto o representante".

3. Índice de Sentencias citadas

1. Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH 17 enero 2012 (JUR 2012\14338)
STEDH 18 septiembre 2014 (TEDH 2014\57)
STEDH 31 de mayo 2016 (JUR 2016\125822)
STEDH 25 octubre 2018 (JUR 2018\310015)
STEDH 16 noviembre de 2021 (JUR 2021\350664)
STEDH 18 mayo 2021 (TEDH 2021\78)
STEDH 11 mayo 2021 (TEDH 2021\59)
STEDH 15 febrero 2022 (TEDH 2022\21)

2. Sentencias Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales

STC 20 abril 2023 (ECLI:ES:TC:2023:38)
STS 21 diciembre 2022 (RJ 2023, 356)
STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276)
SAP Madrid 31 marzo 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5189)
SAP Valencia 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:140)
SAP Valencia 9 enero 2023 (ECLI:ES:APV:2023:153)
SAP Barcelona 16 diciembre 2022 (JUR 2022, 170548)
SAP Madrid 16 diciembre 2022 (JUR 2022, 27677)
SAP Ourense 22 noviembre 2022 (ECLI:ES:APOU:2021:711^a)
SAP Madrid 18 octubre 2022 (JUR 2022, 375184)
SAP Zamora 29 septiembre 2022 (JUR 2022, 357122)
SAP Barcelona 20 septiembre 2022 (JUR 2022, 328656)
SAP Álava 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 20866)
SAP Barcelona 20 julio 2022 (JUR 2022, 335850)
SAP Barcelona 6 julio 2022 (JUR 2022, 283145)
SAP Ourense 27 junio 2022 (ECLI:ES:APOU:2022:663)
SAP Navarra 17 junio 2022 (JUR 2022, 264013)
SAP Illes Balears 7 junio 2022 (JUR 2022, 298229)
SAP Vizcaya 2 junio 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1668)
SAP Barcelona 4 mayo 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4815)
SAP Oviedo 13 abril 2022 (ECLI:ES:APO:2022:1373)
SAP Alicante 8 abril 2022 (ECLI:ES:APA:2022:885)
SAP Granada 2 marzo 2022 (ECLI:ES:APGR:2022:686)
SAP Asturias 21 febrero 2022 (ECLI:ES:APO:2022:371)
SAP Valencia 9 febrero 2022 (ECLI:ES:APV:2022:415)
SAP Madrid 21 enero 2022 (ECLI:ES:APM:2022:500)

SAP La Rioja 20 enero 2022 (ECLI:ES:APLO:2022:10)

SAP Vizcaya 18 enero 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:185)

SAP Valencia 15 noviembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:4099)

SAP Barcelona 15 octubre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:12125)