



Enero-junio 2024
Julio-diciembre 2024

Edición, diseño y maquetación:



- | | | |
|-----------|--|-----------------|
| 1 | Reflexiones sobre la normativa actual de las viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana a la luz del Decreto Ley 9/2024
Begoña Ribera Blanes | Pág. 5 |
| 2 | Panorama de la legislación de la Comunitat Valenciana sobre iniciativas de desarrollo sostenible
Sara Candel-Añón | Pág. 35 |
| 3 | El defensor judicial de la persona con discapacidad
Carlos Bellido González del Campo | Pág. 51 |
| 4 | Autonomía de la voluntad vs solidaridad familiar: a propósito del fideicomiso de residuo en protección de la persona con discapacidad
Ana Belén Cruz Valiño | Pág. 69 |
| 5 | Herramientas jurídicas para la protección de las personas mayores vulnerables en derecho civil
Federico Arnau Moya | Pág. 99 |
| 6 | Discapacidad e investigación biomédica clínica: proteger la vulnerabilidad
Ana Belén Cruz Valiño | Pág. 131 |
| 7 | El tratamiento ofrecido a las personas con discapacidad a la luz de la legislación vigente y de la jurisprudencia
Manuel Ortiz Fernández | Pág. 157 |
| 8 | Incentivos y medidas legales para impulsar la ejecución de obras de saneamiento de humedales en España durante el siglo XIX
Francisco José Abellán Contreras | Pág. 179 |
| 9 | El delito de corrupción deportiva. Análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes y del derecho comparado
Óscar Presa González | Pág. 209 |
| 10 | El adulterio en el derecho histórico español
Mercedes Ten Doménech | Pág. 241 |

REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

revista@ajv-val.org

DIRECCIÓN:

José Bonet Navarro

(Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València.).

Luis Sebastián Castañares

(Investigador postdoctoral en Derecho Administrativo. Generalitat Valenciana.).

COMITÉ CIENTÍFICO:

María Begoña Ribera Blanes

(Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat d'Alacant.).

Federico Arnau Moya

(Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil. Universitat Jaume I.).

Juan Benito Cañizares Navarro

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano. Universitat de València.).

Manuel Ortiz Fernández

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universitas Miguel Hernández.).

José Manuel López Jiménez

(Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.).

Rafael Bernad Mainar

(Profesor de Derecho Civil. Universidad San Jorge.).

José Ramón Chirivella Vila

(Investigador predoctoral en Derecho Constitucional. Universitat de València.).

ISSN: 1139-5885.



Edición, diseño y maquetación:
Editorial Colex

EL TRATAMIENTO OFRECIDO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y DE LA JURISPRUDENCIA¹

THE TREATMENT OFFERED TO PERSONS WITH DISABILITIES
IN LIGHT OF CURRENT LEGISLATION AND CASE LAW

Manuel Ortiz Fernández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández de Elche (España)
m.ortizf@umh.es

Resumen:

La entrada en vigor de Ley 8/2021, de 2 de junio, supuso un cambio de paradigma en el respeto a los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, pueden detectarse discrepancias en los distintos pronunciamientos dictados hasta la fecha a la hora de aplicar esta reforma y ciertas disfuncionalidades en relación con otras normas del ordenamiento jurídico español.

Palabras clave:

Derechos, discapacidad, jurisprudencia, personas, reforma.

Abstract:

The entry into force of Law 8/2021 of 2 June represented a paradigm shift in respect for the rights of people with disabilities. However, discrepancies can be detected in the different pronouncements issued to date when applying this reform and specific dysfunctions in relation to other rules of the Spanish legal system.

1. El presente estudio se encuadra en la actividad desarrollada tanto por el Laboratorio Social de la Universidad Miguel Hernández de Elche como por la Cátedra del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales de la Universidad Miguel Hernández de Elche que, a su vez, se enmarcan en los Convenio de colaboración suscritos entre la Generalitat, a través de la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Servicios Sociales, Igualdad y Vivienda, y la Universidad de Alicante, la Universitat Jaume I, la Universidad Miguel Hernández, la Universitat Politècnica de València y la Universitat de València-Estudi General, para el fomento de la investigación en servicios sociales de la Comunitat Valenciana para el ejercicio 2024.

Key words:

Rights, disability, case law, people, reform.

Sumario

- I. Cuestiones preliminares.
- II. El respeto de la voluntad de las personas con discapacidad y sus límites.
- III. Guarda de hecho y curatela: desjudicialización, «jerarquía» y excepciones.
- IV. La participación de las personas con discapacidad en algunos sectores concretos: luces y sombras.
- V. Principales conclusiones.
- VI. Bibliografía.

I. Cuestiones preliminares

La aprobación de 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 discapacidad² en el ejercicio de su capacidad

2. Ya para la elaboración del Informe Especial elaborado por el Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana referido a la atención residencial de las personas con problemas de salud mental en la Comunitat Valenciana del año 2016 en el que se cursaron visitas a centros residenciales, se comprobó que, de las 428 personas atendidas en los centros visitados, 312 tenían su capacidad de obrar limitada judicialmente, de las cuales, 298 tenían una limitación total y 14 parcial. De los cargos tutelares respecto a las personas que tenían limitada judicialmente su capacidad de obrar, 196 casos fueron ejercidos por sus familiares y 116 por la Generalitat. Disponible en: https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2017/03/548_SINDIC-Informe-especial-Salud-Mental-CASTELLANO-segunda-edici%C3%B3n-003.pdf [fecha última consulta 10.11.2024]. Si atendemos a la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia. Población residente en centros (EDAD centros) del INE para el año 2023, publicada el 30 de abril de 2024, un total de 357.894 personas residentes en centros (94,7 de cada 100 residentes) afirmaron tener alguna discapacidad. Las discapacidades más frecuentes estaban relacionadas con actividades básicas de la vida diaria. El 88,6 % de las personas con discapacidad tenía problemas de cuidado personal, el 86,9 % con la vida doméstica y el 86,2 % dificultades importantes de movilidad. Disponible en: https://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=ultiDatos&idp=1254735573175 [fecha última consulta 10.11.2024]. Asimismo, según la última publicación de la Base Estatal de Datos de Personas con Discapacidad (BEDPD), que elabora el IMSERSO, en 2023 un 7 % de la población española (aproximadamente, 3,3 millones de personas) tiene una discapacidad de entre el 33 % y el 100 %. En la Comunitat Valenciana, dicho porcentaje es del 6,2 % (cerca de 325.000 personas). Con respecto a la discapacidad intelectual, encontramos un total de 294.328 personas en toda España, de las que 15.052 personas se sitúan en la Comunitat Valenciana. Disponible en: <https://imserso.es/el-imserso/documentacion/estadisticas/base-estatal-datos-personas-con-discapacidad> [fecha última consulta 10.11.2024]. Por su parte, en la Estadística 2023 de persones amb reconeiximent de grau de discapacitat publicada por la Generalitat Valenciana se destaca que, del total de personas con discapaci-

jurídica³ supuso la adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴.

Así las cosas, la finalidad de la Ley 8/2021, ex artículo 1, es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

De esta suerte, se suprime la incapacitación judicial (si se quiere, la modificación judicial de la capacidad). Todas las personas, pues, tendrán a partir de este momento plena capacidad jurídica, sin que quepa restringir el ejercicio de sus derechos. Ya no cabe dife-

dad de la Comunitat Valenciana (326.623), 202.168 (esto es, el 61,9 %) tiene una discapacidad de entre el 33 - 64 %, 77.838 (el 23,8 %) de entre el 65 - 74 % y 46.617 (el 14,3 %) de igual o superior al 75 %. Disponible en:

<https://inclusio.gva.es/va/estadistica-de-persones-amb-reconeixement-de-grau-de-discapacitat> [fecha última consulta 10.11.2024].

3. Con anterioridad, algunos autores se pronunciaron sobre el Anteproyecto de Ley presentado y sobre las implicaciones del mismo. Por todos, *vid.* PAU PADRÓN, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 5-28; GARCÍA RUBIO, M.P.: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 29-60; «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 173-197; PEREÑA VICENTE, M.: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 61-83; ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 85-119; «Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, pp. 227-245; MUNAR BERNAT, P.A.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 121-152; PALLARÉS NEILA, J.: «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 153-171; MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Comentarios A La Propuesta Para La Reforma Del Código Civil Sobre Discapacidad», *Revista De Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 199-225.
4. No obstante, con anterioridad se aprobaron otras normas que también fueron relevantes en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, entre las que destacan, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Sobre esta última, cabe reseñar la SAP Jaén (Sección 1.ª) n.º 1538/2021, de 25 noviembre.

renciar, por tanto, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que se parte de la autonomía de la voluntad y, llegado el caso, se pueden aplicar medidas de apoyo que faciliten el desarrollo de las personas con discapacidad.

Entre las modificaciones más relevantes, conviene destacar la separación entre mayores y menores de edad o el reforzamiento de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo. Desde la perspectiva del Derecho civil, estas cuestiones se traducen, entre otras medidas, en la supresión de la incapacitación y, en consecuencia, en la eliminación de figuras como la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

En consonancia con lo anterior, se otorga especial atención a otras como la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, de tal forma que se permite realizar un «traje a medida» para cada persona con discapacidad. De hecho, esta última es la que recibe una regulación más detallada en la Ley 8/2021 y se erige como la principal institución de origen judicial para las personas con discapacidad. La finalidad de la misma es, como hemos tenido ocasión de señalar, asistir, apoyar y ayudar en el ejercicio de la capacidad jurídica a este colectivo, siendo su naturaleza de carácter asistencial. Las funciones representativas, por tanto, únicamente tendrán vigencia de forma excepcional y cuando sean necesarias en atención al caso concreto.

Por todo lo anterior, debemos entender que las consecuencias de las medidas se imponen al organismo de apoyo y no a las personas con discapacidad, como ocurría hasta este momento. No puede perderse de vista que el objetivo es atender a la voluntad de estos sujetos⁵, por lo que, llegado el caso, si no tuvieran formada dicha voluntad, se tendrá que contribuir en su formación. La discapacidad, por tanto, ya no aparecerá como un estado civil. Sin duda, la correcta integración de las personas con discapacidad requiere de un cambio en distintas dimensiones (política, cultural, ética, jurídica, etc.).

Y es que, como muy acertadamente pone de relieve la doctrina⁶, «Este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones».

-
5. A este respecto, al comentar el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, destaca **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.**: «El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad», *AJI*, núm. 1, 2014, p. 38, que se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, «que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial».
 6. **CUENCA GÓMEZ, P.**: «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, núm. 10, 2012, p. 71.

Además, en la línea de lo señalado en la Convención, se persigue que las personas con discapacidad puedan decidir en todos los ámbitos de su vida, por lo que la representación se prevé como medida excepcional y subsidiaria. De esta forma, el tradicional «modelo de sustitución» ha sido superado y se ha establecido un «modelo de apoyo o asistencia»⁷. Desde esta perspectiva, se entiende que las consecuencias de estas medidas se imponen a las personas capaces y no a las personas con discapacidad, que deberán respetar su voluntad y promover su formación cuando la misma no exista. De hecho, incluso en los casos de representación han de tenerse en cuenta las preferencias, la personalidad, las creencias y la voluntad de las personas con discapacidad⁸.

A diferencia de lo que ocurre con los menores de edad, el «interés de la persona con discapacidad» queda relegado por la protección de su autonomía de la voluntad. Como se observa, de nuevo nos estamos refiriendo a la protección de la dignidad y a la necesaria adecuación de la legislación a sus postulados. Así, la Exposición de Motivos la precitada Ley 8/2021 destaca que estamos ante un nuevo enfoque de la realidad que incluye un aspecto que ha estado desapercibido, esto es, «que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos».

Siendo ello cierto, esta regulación que ha conllevado un cambio de paradigma presenta importantes retos e incertidumbres, como se ha detectado en la propia aplicación práctica de la misma. Los tribunales se han visto obligados a convivir con una disposición que, en muchos casos, no ampara a las personas con discapacidad o no ofrece una respuesta clara y satisfactoria a los problemas que se generan. No obstante, del análisis conjunto de la Ley 8/2021 y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden inferir una serie de principios o pautas generales que consideramos de vital importancia en este ámbito.

II. El respeto de la voluntad de las personas con discapacidad y sus límites

Una de las principales modificaciones que ha comportado la mencionada Ley 8/2021 ha sido, en palabras de la doctrina más autorizada⁹, «un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguar-

7. A este respecto, algunos autores venían abogando por la toma de decisión apoyada como medio más respetuoso con las personas que presentan alguna limitación en sus capacidades, relegando la tutela a un espacio residual. En este sentido, *vid.* ROSENVALD, N.: «A tomada de decisão apoiada», *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.
8. Para más información acerca de los derechos de las personas con discapacidad, *vid.* Martínez-PUJALTE, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.
9. *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 115, 2022, p. 16.

das en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica».

Como corolario lógico de tal extremo, existe una preferencia evidente en favor de las medidas de apoyo voluntarias, esto es, designadas por la propia persona con discapacidad, frente a las de origen legal o judicial (*vid.* artículo 249 párrafo primero CC). De esta forma, adquieren especial vigencia figuras como la autotutela (*vid.* Disposición transitoria 3.^a Ley 8/2021 en relación con las previsiones referidas a la derogada autotutela), los poderes preventivos o con cláusula de subsistencia. Sobre el particular, puede destacarse, por ejemplo, la STS n.º 3770/2021, de 19 octubre, en la que se revoca la sentencia recurrida por no respetar la disposición testamentaria en la que se había constituido una autotutela.

De hecho, esta tutela de la autonomía de la voluntad se puede detectar, ya no en la constitución *ex ante* de la medida de apoyo que se desea, sino incluso que, sin tenerlo previsto, se atienda a las preferencias de la persona en el marco de un procedimiento judicial de provisión de apoyos. A modo de ejemplo, *vid.* en este sentido la SJPI n.º 9 de Castellón de la Plana n.º 479/2021, de 23 septiembre o la STS n.º 4879/2021, de 21 diciembre.

Sea como fuere y como no puede ser de otro modo, se trata de una regla general que cabe excepcionar en aquellos casos en los que esté justificado. Así las cosas, a pesar del tenor literal algo confuso del artículo 276 CC, en su párrafo primero, permite, *in fine*, que la autoridad judicial altere el orden previsto en el precepto y, a nuestro parecer, también le faculta a que nombre a la persona más idónea para desempeñar el apoyo¹⁰, con independencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Tal extremo se produjo en el ámbito de una persona con discapacidad que padecía Diógenes que se oponía a la provisión de medidas de apoyos. En este sentido, la STS n.º 3276/2021, de 8 septiembre, haciendo un verdadero esfuerzo interpretativo, admitió que es posible adoptar dicha medida (en el caso, un curador), pues el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación, ya que no sólo produce esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que, además, le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

En un sentido similar, encontramos la SAP Santander n.º 1237/2021, de 29 octubre en la que, pese a la negativa de la persona con discapacidad, se aprobó el mantenimiento de las medidas de supervisión instauradas en atención a la esquizofrenia paranoide que sufría y al consumo de drogas. De igual modo, constituyen una curatela asistencial, en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, entre otras, las SSAP de Murcia (Sección 4.^a) n.º 2429/2021, de 8 octubre, de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3651/2021, de 20 de octubre, de Valladolid (Sección 1.^a) n.º 1565/2021, de 2 noviembre y de Oviedo (Sección 5.^a) n.º 4036/2021, de 22 diciembre.

10. A modo de ejemplo, podemos mencionar la SAP de Cantabria (Sección 2.^a) n.º 179/2022, de 14 febrero, rechazó la pretensión del padre de que, a través de un juicio de modificación de medidas, se declarase la guarda de hecho conjunta de su hijo mayor con discapacidad, cuya custodia había sido atribuida a la madre en la sentencia de divorcio, cuando el mismo era menor de edad. Asimismo, cabe aludir a la SAP Ciudad Real (Sección 2.^a) n.º 1470/2021, de 29 noviembre que revocó la sentencia que había nombrado curadora de una persona a la Comisión de Tutelas de Castilla La Mancha, para nombrar al sobrino como curador con facultades de representación.

En todo caso, todavía cabe aplicar una solución más drástica y excepcional: la constitución de una medida de apoyo con funciones representativas. Dicha posibilidad viene amparada en el artículo 249 párrafo tercero CC al destacar que «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas». Encontramos supuestos de este tipo, por ejemplo, cuando la persona con discapacidad padece un trastorno esquizo-afectivo, trastorno de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento en relación con tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. En dicho contexto, en la SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3274/2021, de 16 septiembre se aplica una curatela representativa y se nombra al IVASS a pesar de que solicitaba la designación de sus hermanos como curadores.

Igualmente, se ha producido este extremo ante un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar (SJPI n.º 9 de Castellón de la Plana n.º 1531/2021, 4 octubre), a una persona que presenta un cuadro psicótico de tipo delirante (SAP La Coruña (Sección 5.^a) n.º 2903/2021, de 22 diciembre), un trastorno delirante de tipo persecutorio (SAP Valladolid (Sección 1.^a) n.º 1821/2021, 7 diciembre), con padecimiento de deterioro cognitivo (SAP Oviedo (Sección 5.^a) n.º 3929/2021, de 1 de diciembre) o, sin especificar la enfermedad, se ha reconocido una curatela representativa con amplias funciones a la Fundación tutelar CIAN en la SAP de Palma de Mallorca (Sección 4.^a) n.º 2333/2021, de 5 octubre. Más recientemente, la STS (Sala 1.^a) n.º 3527/2024, de 18 junio ha constitución de curatela con funciones de representación en apoyo de una persona con deterioro cognitivo muy avanzado de origen degenerativo, tipo Alzheimer, que la hace totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida diaria.

Sin embargo, como ya se tuvo ocasión de señalar, estas excepciones se han de interpretar de forma restrictiva y, por supuesto, aplicando los principios de necesidad y proporcionalidad. Así se prevé en el artículo 249 párrafo primero CC, *in fine*. A modo de ejemplo, la SAP de Vizcaya (Sección 4.^a) de 14 de julio de 2022 revocando la sentencia anterior que, conforme a la legislación anterior a la reforma de 2021, había sujetado a tutela a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, declaró la inexistencia de necesidad de fijar medidas de apoyo. Por otro lado, podemos destacar pronunciamientos que consideran que no procede medida de apoyo alguna por no existir motivos suficientes en dicho momento.

Por ejemplo, la SAP Palma de Mallorca (Sección 4.^a) n.º 8/2022, de 17 enero, que entendió que, a pesar de tratarse de una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padecía, era conocedora de su situación y se encontraba capacitada para solicitar las ayudas que precisaba encontrándose correctamente atendida, por lo que no procedía recurrir a ninguna medida de apoyo. En igual sentido, las SSJPII (Sección 1.^a) Tafalla n.º 1070/2021, de 22 octubre y de Massamagrell (Sección 4.^a) n.º 922/2021, de 16 noviembre y las SSAP de La Coruña (Sección 4.^a) n.º 2310/2021, de 8 de octubre, de La Coruña (Sección 3.^a) n.º 2304/2021, de 20 de octubre, de León (Sección 2.^a) n.º 1441/2021, de 28 octubre, de La Coruña (Sección 3.^a) n.º 2608/2021, de 18 de noviembre, de Santander (Sección 2.^a) n.º 2304/2021, de 13 de diciembre. De una forma muy llamativa, aplicando ese principio de necesidad, la SAP de Badajoz (Sección 2.^a) n.º 1369/2022, de 25 octubre, frente a la solicitud de la propia persona con discapacidad de constituir una medida de apoyo judicialmente, rechazó la misma dado que la mera voluntad de aceptar medidas judiciales de apoyo no permite constituir las, si no existe una necesidad objetiva de adoptarla.

Asimismo, a pesar de las semejanzas entre la curatela con funciones representativas y la derogada tutela, pueden detectarse diferencias fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en que el artículo 249 párrafo tercero CC, *in fine*, exige que el curador, al ejercer las funciones, tenga en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. En suma, que lleve a cabo un (en ocasiones, complejo) examen probabilístico para dirimir, si fuera posible, la opción que escogería la persona con discapacidad. Es también reseñable que, como impone el artículo 249 párrafo segundo CC, las personas que presten apoyo han de fomentar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Desde esta perspectiva, se ha de buscar la fórmula idónea, la elaboración de un «traje a medida» en atención a las necesidades de la persona concreta. Así, resulta interesante la SAP Madrid (Sección 24.ª) n.º 14902/2021, de 20 diciembre que declaró, de forma mixta y combinada, aspectos para los cuales la persona no precisaba de apoyos, cuestiones para las que se nombró Agencia Madrileña de Tutela de Adultos como curadora representativa y sectores para los que su padre ejercería una curatela asistencial. Y, con un fallo similar, la SAP La Coruña (Sección 3.ª), n.º 2586/2021, de 11 noviembre constituyó una curatela mixta: asistencial, respecto de la toma y control de la medicación, ejercida por la Asociación que dirige el piso tutelado; y representativa, respecto de los actos de disposición o gestión patrimonial, salvo el dinero de bolsillo (30 euros semanales), ejercida por la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos.

También es reseñable la SAP de Alicante (Sección 6.ª) n.º 2955/2022, de 20 octubre, que aplica una curatela, limitada al estricto apoyo del tratamiento médico farmacológico contra la voluntad de una persona que padece un trastorno mixto de personalidad y un trastorno adaptativo mixto reactivo a los problemas de carácter sociofamiliar. Por su parte, la SAP Málaga (Sección 6.ª) n.º 357/2022, de 13 julio que aprobó una curatela con facultades de representación en contra de la voluntad de una persona, que padecía una enfermedad psíquica, que le originaba una acusada tendencia a la prodigalidad. Pero la curatela se restringió, exclusivamente, al ámbito puramente patrimonial. También es el caso de la reciente STS (Sala 1.ª) n.º 3430/2024, de 12 junio, revocando la sentencia recurrida, ha suprimido la curatela que afectaba a todos los ámbitos de la vida de una persona con un trastorno psicótico, con síntomas propios de un trastorno de afectividad, aplicando una más restrictiva.

A este respecto, muchas sentencias han rechazado, recurriendo al principio de proporcionalidad, el establecimiento de una curatela representativa. Entre otras, la STS n.º 1894/2021, de 6 mayo (incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 343/2021, de 30 septiembre 2021, la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 346/2021, de 30 septiembre 2021, la SAP Pontevedra n.º 2086/2021, de 21 septiembre, la SAP Badajoz (Sección 3.ª) n.º 1318/2021, de 8 octubre y de la SAP Madrid n.º 12716/2021, de 25 octubre. En este último supuesto, incluso a pesar de que la persona padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad y se reconoce que «no tiene conciencia de enfermedad, por lo que no responde de manera regular al tratamiento psicofarmacológico que tiene pautado».

Estas consideraciones son extrapolables, sin duda, por lo que se refiere a la persona que ha de desempeñar las funciones de que se trate. Como pone de relieve la SAP de

La Coruña (Sección 4.^a) n.º 1048/2023, de 24 abril, no todo familiar próximo de la persona con discapacidad «ha de ser reconocido, por esa sola circunstancia, como su guardador de hecho». Como se ha podido comprobar a lo largo de las presentes líneas, existen personas muy variadas que son nombradas medida de apoyo. Por ejemplo, a la madre de la persona con discapacidad, dado que las relaciones con el otro progenitor no eran todo lo buenas que sería deseable (*vid.* la SAP Sevilla (Sección 2.^a) n.º 2424/2022, de 4 octubre) a la sobrina (SAP Málaga (Sección 6.^a) n.º 4362/2022, de 20 septiembre) y, en defecto de todas ellas, a una persona jurídica que tutele sus derechos (como en la SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3273/2021, de 16 septiembre en favor del IVASS o en la SAP de Alicante (Sección 6.^a) n.º 623/2023, de 27 abril dada la conflictividad entre la persona con discapacidad y quien pretende asumir su guarda de hecho).

III. Guarda de hecho y curatela: desjudicialización, «jerarquía» y excepciones

Además de la preferencia de las medidas de origen voluntario que hemos analizado, la Ley 8/2021 estableció otra suerte de «jerarquía» entre los posibles nombramientos a adoptar. Nos referimos a la desjudicialización del procedimiento de provisión de apoyos, erigiéndose la guarda de hecho, cuando exista¹¹, como la solución óptima para asistir a la persona con discapacidad. De este modo, si no existiera medida de origen voluntario (o incluso con ella, si no se está aplicando de forma eficaz), «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función» (art. 263 CC), que se convierte, así, en una «verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo» (Exposición de Motivos Ley 8/2021). Solo cuando «no exista otra medida de apoyo suficiente [de origen voluntario o guarda de hecho, se entienda]», la «autoridad judicial constituirá la curatela».

Esta última, en todo caso, se erige como la (principal) medida de apoyo de origen judicial de carácter general, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, toda vez que el «propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial». Sea como fuere, como vimos, en última instancia y de forma excepcional, cabe atribuir funciones representativas al curador.

11. Cuando no existía esa guarda de hecho previamente, muchas sentencias han nombrado un curador asistencial o representativa, según las necesidades de la persona con discapacidad. Es el caso, por ejemplo, SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 1869/2022, de 6 mayo, en la que se nombró curador al IVASS de la persona con una esquizofrenia paranoide crónica, porque ni su madre, ni sus hermanos, se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado. Igualmente, cabe destacar la ya mencionada SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3274/2021, de 16 septiembre, en la que se aplica una curatela representativa y se nombra al IVASS a pesar de que solicitaba la designación de sus hermanos como curadores.

En este sentido, a modo de ejemplo, la SAP de León (Sección 2.^a) n.º 724/2023, de 2 junio, denegó la curatela solicitada en atención a la guarda de hecho que existía y que funcionaba correctamente. También cabe destacar, en esta línea, entre otras, la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 343/2021, 30 septiembre, la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 346/2021, 30 septiembre, la SAP de Cádiz (Sección 5.^a) n.º 2126/2022, de 5 septiembre, la SAP León (Sección 1.^a) n.º 489/2022, de 21 marzo, la SAP de Vizcaya (Sección 4.^a) n.º 801/2022, de 29 marzo, la SAP de Santander (Sección 2.^a) n.º 456/2022, de 30 marzo, la SAP Cantabria (Sección 2.^a) n.º 623/2022, de 31 mayo, la SAP de La Coruña (Sección 3.^a) n.º 1903/2022, de 17 julio y, más recientemente, la STS (Sala 1.^a) de 23 de enero de 2023.

De hecho, se ha aplicado esta solución ante una persona que padecía un deterioro cognitivo grave por demencia prefrontal con trastorno de conducta (*vid.* SAP de La Coruña (Sección 6.^a) n.º 162/2023, de 31 enero). Y se ha afirmado la suficiencia de la guarda de hecho en favor de una persona de 76 años, que padecía enfermedad de Alzheimer GDS 5-6, con intensidad moderada a grave, y necesitaba supervisión y ayuda constante (*vid.* SAP de Madrid (Sección 31.^a) n.º 20007/2022, de 31 marzo).

Este sistema, se completa con la previsión, en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, referida a la necesidad, para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, «de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias». Posibilidad, que posteriormente ratifica el artículo 264 párrafo primero CC para las situaciones en que, excepcionalmente, se requiera este extremo¹².

Sea como fuere, no deja de llamar la atención que el legislador catalogue esta figura como una «verdadera guarda de derecho», lo cual nos pone sobre el aviso de los problemas que, en la práctica, se enfrentan las personas que desempeñan estas funciones. En suma, las dificultades se centran en la prueba de la condición de guardador de hecho para realizar los trámites oportunos en favor de la persona con discapacidad. Por ejemplo, en relación con las entidades de crédito, el AJPI n.º 3 Córdoba n.º 8/2022, de 11 enero, tuvo que declarar que la madre se encontraba legitimada para realizar funciones de administración ordinaria y disposición en las cuentas bancarias de su hija.

Asimismo, el AJPI n.º 5 Córdoba n.º 8/2022, 7 febrero, reconoce que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal y, no obstante, llega a la incoherencia, dados los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, de acceder a su pretensión y declararla guardadora de hecho de su hermana «a todos los efectos legales». Por su parte, las SSJPII n.º 2 Tafalla n.º 47/2022, de 3 febrero y n.º 47/2022, de 3 febrero plantean el absurdo de nombrar judicialmente al guardador de hecho. Por otro lado, la SAP de Álava (Sección 1.^a) n.º 32/2023, de 17 enero determina una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida esta solamente se contempla para las medidas judiciales de apoyo ex artículo 268 párrafo segundo CC

12. En todo caso, el párrafo tercero del mencionado precepto exime de este deber 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.

que, en cierta medida, «es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización¹³».

Todo lo anterior, ha llevado a que no pocas sentencias, apartándose del principio de jerarquía comentado, opten por el establecimiento de otras medidas en lugar de por la guarda de hecho existente. Uno de los principales temas que han provocado esta solución ha sido la deficiente administración del patrimonio por parte de la persona con discapacidad y la imposibilidad del guardador de hecho para actuar correctamente. A este respecto, cabe aludir, entre otras, a la SAP de La Coruña (Sección 5.ª) n.º 1075/2023, de 2 mayo y a la STS (Sala 1.ª) n.º 4129/2023, de 20 octubre, que optaron por la constitución de una curatela.

Otro hecho que ha resultado fundamental ha sido, con algunas excepciones como las que anteriormente comentamos (*vid.*, a este respecto, las antes mencionadas SSAP de La Coruña (Sección 6.ª) n.º 162/2023, de 31 enero y de Madrid (Sección 31.ª) n.º 20007/2022, de 31 marzo), la existencia de enfermedades mentales graves que imposibilitaban el desarrollo de la guarda de hecho, imponiéndose la necesidad, incluso, de recurrir a una curatela representativa. Con respecto al Alzheimer, por ejemplo, encontramos las SSJPII de Massamagrell (Sección 4.ª) n.º 916/2021, de 21 septiembre y de Tafalla (Sección 1.ª) n.º 1137/2021, de 23 noviembre y las SSAP de Valencia (Sección 10.ª) n.º 111/2022, de 19 enero, de Badajoz (Sección 3.ª) n.º 1338/2022, de 10 octubre, de Badajoz (Sección 3.ª) n.º 952/2022, de 27 junio, de León (Sección 1.ª) n.º 186/2023, de 8 febrero, de Navarra (Sección 3.ª) n.º 342/2023, de 6 febrero y de Pontevedra (Sección 6.ª) n.º 288/2023, de 1 febrero.

Más recientemente, podemos encontrar fallo similar en la STS (Sala 1.ª) n.º 3527/2024, de 18 junio, en la que se optó por una curatela con funciones de representación en apoyo de una persona con deterioro cognitivo muy avanzado de origen degenerativo, tipo Alzheimer, que le hacía totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida diaria. Declara que procede esta medida al tener en cuenta las frecuentes dificultades con las que el guardador (que ejercía uno de los hijos, con el consentimiento del resto de los hermanos) se encontraba en el ámbito administrativo y bancario para cualquier gestión que intentara llevar a cabo.

En otros supuestos, se ha procedido en esta línea cuando se trataba de:

- Una persona que padecía Parkinson (SAP de Alicante (Sección 6.ª) n.º 598/2023, de 20 febrero).
- Una persona que sufría un deterioro cognitivo con grave repercusión a nivel funcional (SAP de Madrid (Sección 31.ª) n.º 20020/2022, de 14 diciembre).
- Una persona que no sabía leer, ni escribir, que tenía una sordera severa y que apenas podía ver (SAP Valencia (Sección 10.ª) n.º 15/2023, de 9 febrero).

13. *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Denegación de curatela, por existir guarda de hecho que funciona correctamente, con constatación de la persona que la ejerce y determinación de sus facultades representativas. Revisión de la declaración a los tres años y obligación de rendir cuentas anuales», *IDIBE. Jurisprudencia Derecho civil*, disponible en: <https://idibe.org/derecho-civil/denegacion-curatela-existir-guarda-hecho-funciona-correctamente-constatacion-la-persona-la-ejerce-determinacion-facultades-representativas-revision-la-declaraci/> [fecha última consulta 10.11.2024].

- Una persona con una esquizofrenia paranoide, enfermedad que cursa con brotes, con ideaciones delirantes y juicio de la realidad alterado (SSAP de La Coruña (Sección 5.ª) n.º 1075/2023, de 2 mayo, de Cádiz (Sección 5.ª) n.º 2247/2021, de 27 octubre).
- Una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico (SAP Valencia (Sección 10.ª) n.º 3743/2021, de 20 octubre).
- Una persona con la enfermedad de «Corea de Hutchington» (SAP de Cádiz (sección 5.ª) n.º 1662/2022, de 3 junio).

En última instancia, se ha optado por una curatela cuando existían evidentes conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad (entre otras, podemos reseñar las SSJPI n.º 9 Castellón de la Plana n.º 222/2021, de 23 septiembre y Guadalajara (Sección 7.ª) n.º 2537/2021, de 27 octubre y las SSAP de Valencia (Sección 10.ª) n.º 3705/2021, de 20 octubre y n.º 1877/2022, de 6 mayo) o, en general, dificultades que han llevado al curador a desistir de sus funciones (por ejemplo, por tener que regresar a su empleo, como ocurre en la SAP de Jaén (Sección 1.ª) n.º 1123/2022, de 14 septiembre).

IV. La participación de las personas con discapacidad en algunos sectores concretos: luces y sombras

En este momento, corresponde que nos refiramos, siquiera brevemente, a determinados sectores concretos en los que, o bien la regulación o bien las resoluciones judiciales, han sido restringidos de la actuación de las personas con discapacidad. Y ello, con la finalidad de lograr varios objetivos. Por un lado, poner de relieve la necesidad de estudiar, *ad hoc*, el caso específico y el ámbito de actuación para concluir en un sentido y otro. Por otro lado, incidir, de nuevo, en la idea anterior relativa a que, al margen de que la regla general es la atribución de la capacidad jurídica y el pleno ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad existe la posibilidad de que, excepcionalmente, se apliquen otras soluciones. Por último, además, se podrán detectar determinadas incoherencias en el ordenamiento jurídico español, ofreciendo un tratamiento diferente a situaciones bastante similares.

En primer lugar, cabe aludir a uno de los campos en los que la normativa vigente, a diferencia de lo que ocurrió con otras disposiciones, no fue reformada (lo cual no deja de ser llamativo) y, por tanto, mantiene un contenido que no es todo lo respetuoso que sería deseable con respecto a la Ley 8/2021¹⁴.

14. En el ámbito de la curatela representativa, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 287 párrafo primero CC, que incluso parece excluir de la autorización judicial los actos que lleve a cabo el «curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo (...) en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales». La norma, por tanto, remite a la legislación especial que sea de aplicación para determinar estas disquisiciones.

Al margen de la desfasada terminología (que, por lo demás, hubiera sido motivo suficiente para proceder a su reforma), 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 contempla un régimen que, con carácter general, parte de lo que se ha venido a denominar «consentimiento por representación», esto es, en el que corresponde decidir al representante (de no haberse procedido a la revisión de las medidas) o, en su caso, al sujeto vinculado, por razones familiares o de hecho. Tal sistema se aleja, pues, del modelo de apoyos que proclama la Ley 8/2021 y se asemeja al que estaba vigente anteriormente.

Así, en el caso del derecho a la información el artículo 5 apartados 2 y 3 Ley 41/2002 obliga a que se informe tanto al paciente como a su representante legal o a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (en caso de «incapacidad natural»). En particular, el artículo 5.2 Ley 41/2002 amplía los sujetos a los que se deben comunicar los datos relativos a la salud del paciente y señala que el usuario será informado, «incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal». De otro lado y en consonancia con lo señalado, el artículo 9.3 letras a) y b) Ley 41/2002 recogen el mencionado «consentimiento por representación» en estos casos. En este sentido, establece la necesidad de acudir a la representación cuando «el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación» y cuando «el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia», respectivamente. Como se puede comprobar, la información previa a los terceros tiene sentido, pues serán los que, a la postre, decidan lo más adecuado para el usuario.

Sobre el particular, apunta TORRELLES TORREA¹⁵ que «mientras las normas sanitarias no sean modificadas existe un problema», esto es, «una laguna axiológica sobrevenida, pues los nuevos principios no se corresponden con unas reglas preexistentes. Hay que decidir si la Ley 8/2021 deroga a las anteriores, o si éstas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código civil. Creemos que mientras no se adapten dichas leyes al nuevo modelo, es necesario que estas normas se interpreten a la luz de la nueva regulación».

A partir de estas premisas, la vacunación, como intervención sanitaria, presenta una problemática similar y así quedó patente en el tratamiento ofrecido por los juzgados y tribunales que se enfrentaron a la autorización de la vacuna de la Covid-19 en residencias gerontoasistenciales de mayores. Ciertamente, existen dos vertientes de la vacunación, tal y como se ponen de relieve en la STC n.º 38/2023, de 20 de abril de 2023: la perspectiva de la protección de la salud pública¹⁶ o, en palabras de la Sentencia, en la vacunación

15. TORRELLES TORREA, E.: «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret*, núm. 3, 2022, p. 81. En igual sentido, alude a esta problemática Elizari Urtasun, L.: «Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022, p. 350.

16. A este respecto, señala TORRES DÍAZ, M.C.: «El derecho a la integridad personal ante la vacunación no consentida: ¿qué ha dicho el Tribunal Constitucional? Comentarios a la Sentencia del Pleno 38/2023, de 20 de abril, de 2023, en el recurso de amparo promovido sobre la ad-

practicada en virtud de una «cláusula de obligatoriedad»; y la tutela de la salud individual del paciente, esto es, su mayor beneficio. De hecho, este pronunciamiento rescata algunas de las reflexiones adoptadas por la STEDH 8 abril 2021, asunto Vavříčka y otros c. La República Checa¹⁷, que, acogiendo un criterio «mixto», avaló la vacunación obligatoria de menores de edad en la República Checa, aplicando sanciones y restricciones en caso de incumplimiento.

Sea como fuere, ambas descansan en fundamentos diferentes y presentan problemáticas particulares y, en nuestro caso, tiene relevancia el segundo aspecto; esto es, la protección de la salud del paciente. Así las cosas, **BARCELÓ DOMÉNECH**¹⁸ realiza un análisis

-
- ministración de la vacuna frente a la Covid-19 [BOE, núm. 121 de 22/05/2023]», *Diario La Ley*, núm. 10333, Sección Tribuna, 2023, p. 6 que se pueden encontrar tres sistemas: vacunación obligatoria, vacunación obligatoria y supuestos híbridos (o intermedios). En estos últimos, «la vacunación se articula como recomendable por parte de los poderes públicos, incorporándose en el calendario vacunal como una actividad prestacional a nivel estatal. Dentro de estos supuestos híbridos también cabría englobar los supuestos de «obligatoriedad indirecta» en donde la vacunación aparece vinculada con la obtención de alguna prestación o servicio, etc». En el caso de la pandemia, apunta la autora que «la vacunación adquiere un carácter bifronte», ya que, por un lado, «se articula para dar respuesta a un interés estrictamente individual», pero, por otro lado, también se configura para «responder a un interés público y/o de protección general».
17. En este sentido, en atención al artículo 8 CEDH y al denominado test de Estrasburgo, entiende que la medida está justificada y es necesaria. Por lo que se refiere al interés público, alude a la necesidad de que exista una solidaridad social para alcanzar la inmunidad comunitaria para proteger a las personas que, debido a su salud, no puedan vacunarse. Y, por su parte, en cuanto a la salud individual de los menores de edad, concluye señalando que su interés superior requiere que se tutele su integridad, por parte del Estado, frente a enfermedades graves (como ocurrió con la Covid-19).
18. **BARCELÓ DOMÉNECH, J.**: «Vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pandemia de la Covid-19: comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril», en *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (Dir. Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ y Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 195-204. La primera que encontramos es la SJPI n.º 2 de Santiago de Compostela, 9 enero 2021. En este caso, se analizan las razones vertidas por la hija de una anciana que se encontraba en una residencia para mayores contrarias a la vacunación de su madre. En este sentido, el Juzgado, teniendo en cuenta que tanto la vacunación como la no vacunación conllevan riesgos, valora que los beneficios son mayores con la primera opción. El mismo razonamiento se sigue en la SJPI n.º 17 de Sevilla, de 15 enero 2021, de los AAJPI n.º 6 de Santiago de Compostela, de 19 enero 2021 y de 20 enero 2021 y del AAP de Lleida, de 27 octubre 2022, en los que, a pesar de que considere comprensibles, legítimos y razonables los argumentos de los familiares, se autoriza la vacunación en atención a la seguridad de las vacunas y a «la dramática experiencia acreditada desde marzo de 2020 evidencia los inasumibles índices de contagio y mortalidad en el ámbito residencial de nuestros mayores». Un escenario muy similar es el que se plantea en el AJPI n.º 2 de Telde, de 26 noviembre 2021 y, una vez recurrido, en el AAP de Las Palmas, de 1 abril 2022. En este supuesto, los servicios médicos de la residencia en la que se encontraba la anciana solicitaron la administración de la vacuna de la Covid-19. Su hijo, tutor de su madre que padecía Alzheimer, mostró su negativa a dicha vacunación y la autoridad judicial, de nuevo, valorando las circunstancias concurrentes (los riesgos, las alternativas y la salud de la paciente), consideró adecuado que se inoculara la misma.

exhaustivo de las resoluciones judiciales que se emitieron en el inicio de 2021 y que, a nuestro parecer, son muy ilustrativas del razonamiento que se siguió por los tribunales. Y es que, como destaca el autor citado, se autorizó la vacunación en atención a circunstancias tales como la edad, la falta de capacidad para decidir, la vida en una residencia, las recomendaciones sanitarias, en contra de la postura del familiar.

En este marco, se pronuncia la reciente STC n.º 38/2023, de 20 de abril 2023 que avala la actuación judicial previa, entendiendo que la vacunación es más beneficiosa para los intereses del paciente con discapacidad. Así, fijando doctrina al respecto, afirma que la ponderación judicial, atendiendo a la norma habilitante para la injerencia (art. 9.6 Ley 41/2002), fue adecuada. Destaca CIERCO SIEIRA¹⁹, que esta Sentencia «transmite un mensaje firme: la vacunación persigue un objetivo que, sobre ser legítimo, está plenamente contrastado científicamente y tiene mucho peso específico a la hora de justificar una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar».

En este punto, cabe pensar que el legislador, a pesar de la reforma producida por la Ley 8/2021, ha decidido restringir el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el campo sanitario. De hecho, esto último se confirma en algunas disposiciones como la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

No obstante, esta conclusión se ve alterada si atendemos a otras normas aprobadas. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que, de forma expresa, alude a la posibilidad de acudir a estas prácticas.

Este hecho se agrava más, si cabe, por la STC n.º 44/2023, de 9 de mayo, que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, reconoce un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE).

Si se depara con detención, existe una evidente disfuncionalidad en el ordenamiento jurídico español. No parece tener excesivo sentido que una persona con discapacidad no pueda prestar, con carácter general, su consentimiento informado en el ámbito sanitario y, sin embargo, pueda acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta última, además de ser una intervención médica, conlleva la eliminación de un bien jurídicamente protegido como es la vida prenatal. En otros sectores, tal problemática se plantea, sencillamente, por la propia inconcreción de la norma. Es el caso, por ejemplo, de las instrucciones previas, pues el artículo 11.1 Ley 41/2002 se limita a exigir que se trate de una persona «capaz y libre», sin mayor detalle. En este punto, por tanto, se plantea la cuestión relativa a si las personas con discapacidad pueden otorgar (así como modificar

Estas decisiones fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional que, por un lado, denegó la medida cautelar de suspensión (mediante el ATC n.º 139/2022, de 26 octubre) y, por otro lado, emitió la STC n.º 38/2023, de 20 abril.

19. CIERCO SEIRA, C.: «Un recorrido por la vacunación desde el Derecho Público: la vacunación obligatoria», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022, p. 308.

o revocar) estos documentos o si, por el contrario, disponen de una limitación en este campo (en atención a la regla general del artículo 9 Ley 41/2002).

Sea como fuere, del análisis antes efectuado de los pronunciamientos judiciales, puede detectarse que, lejos de excluir, de facto, la participación de las personas con discapacidad, se manifiestan sobre los contextos concretos sobre los que precisan asistencia y apoyo y aquellos en los que pueden, de forma autónoma, actuar.

Por lo que se refiere al matrimonio, encontramos la STS (Sala 1.ª) n.º 241/2024, de 24 enero, que declaró la nulidad por falta de capacidad natural de entender y de querer, al sufrir uno de los contrayentes un Alzheimer que le afectaba, en tal grado, que no pudo emitir un consentimiento matrimonial válido. Sin embargo, en otras se ha afirmado que la intervención del curador no es preceptiva para el ejercicio de la acción de divorcio (STS (Sala 1.ª) n.º 2920/2024, de 30 mayo), cuando la persona padecía un proceso de deterioro cognitivo.

En el caso de las sucesiones, la SAP de Cádiz (sección 5.ª) n.º 1636/2022 de 17 de junio señaló que la necesidad de aceptar una herencia a la que está llamado una persona con discapacidad no es motivo para establecer medidas judiciales de apoyo, existiendo una guarda de hecho, ejercida por su mujer, que funciona correctamente, sino que lo procedente es que la guardadora de hecho pida autorización para aceptar la herencia de la madre de su marido en expediente de jurisdicción voluntaria. Así pues, revocando la sentencia que había constituido una curatela representativa, consideró que era precisa la intervención de la guardadora de hecho para la aceptación de la herencia.

En cuanto a la custodia de los hijos, SAP de Córdoba (Sección 1.ª) de 24 de febrero confirmó el régimen de custodia compartida impuesto en la sentencia de primera instancia, desestimando el recurso interpuesto por el padre de que se le concediera la custodia monoparental de la hija con el argumento de que la madre había sufrido un derrame cerebral del que aún no se había recuperado y como consecuencia del cual tenía limitaciones neuronales, por lo que precisaba la ayuda de terceras personas.

En el sector patrimonial, la SAP de Cádiz (sección 5.ª) n.º 929/2022, de 27 de mayo refiere que, para enajenar la vivienda de una persona con discapacidad (para poder pagar la residencia en la que vive) lo procedente es que los guardadores de hecho pidan autorización para realizar la venta en expediente de jurisdicción voluntaria. No considera oportuno, por tanto, el establecimiento de una curatela, existiendo una guarda de hecho, ejercida por sus hijos, que funcionaba correctamente, revocando la sentencia que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a una de las hijas.

V. Principales conclusiones

En primer lugar, parece evidente que existe un orden de preferencia en cuanto a las medidas de apoyo a adoptar y así se puede deducir de la normativa vigente. De existir medidas voluntarias, estas han de ser las aplicadas. En su defecto, siempre que alguien ejerza esta función, se optará por la desjudicialización a través de la guarda de hecho. De forma subsidiaria, la curatela asistencial aparece como la medida judicial de carácter

general. Y, en último término de forma excepcional, cabe recurrir a la atribución de funciones representativas. En todo caso, cabe plantear algunas cuestiones a colación.

Por un lado, a pesar de que la persona con discapacidad no haya previsto con anterioridad la medida que desea (ya a través de una autocuratela, ya con poderes preventivos o con cláusula de subsistencia), no quiere decir que su participación desaparezca. Muy al contrario, la autoridad judicial deberá consultar y tener presente sus preferencias tanto a la hora de escoger la medida oportuna como para seleccionar la persona idónea para ejercerla.

Por otro lado, se plantea una disquisición fundamental como es la relativa a si, con independencia de la existencia de medidas de apoyo voluntarias y de la propia manifestación de voluntad de la persona con discapacidad, la autoridad judicial puede decidir una solución diferente. Como vimos, tal posibilidad parece deducirse, con algunas lagunas, de la legislación vigente y, sea como fuere, al admitir las funciones representativas se está admitiendo, indirectamente, este extremo. Sin embargo, esta discusión dista de ser baladí, pues al margen de otras cuestiones quizás más teóricas como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, esta entronca con el que se ha venido a denominar principio de interés superior de la persona con discapacidad y, en definitiva, si ha desaparecido o no del ordenamiento jurídico español.

Y es que, si atendemos a las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, parece que dicho principio ha sido suprimido, superado y sustituido por la voluntad y preferencias. De hecho, esta interpretación no se conjuga adecuadamente con la moderna tendencia acogida por el Tribunal Constitucional de reconocimiento de derechos fundamentales y proclamación, así sin límites, de la autonomía de la voluntad. Así ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la eutanasia en la STC n.º 19/2023, de 22 de marzo y, más recientemente, en la STC n.º 94/2023, de 12 de septiembre o, en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo, en la STC n.º 44/2023, de 9 de mayo y en la STC n.º 78/2023, de 3 de julio.

Pues bien, obviando que algunas sentencias (como la STS n.º 1894/2021, de 6 mayo) aludan al mencionado principio, la solución que adopta parte de la doctrina²⁰ y que nos parece muy acertada es modificarlo por un derecho general y compartido por todas las personas: la dignidad (artículo 10.1 CE) y que recoge el 249 párrafo primero CC. En definitiva, la mayor o menor intervención de la persona con discapacidad dependerá de muchos factores, sin que quepa extraer ninguna suerte de regla general.

Como no puede ser de otro modo, la determinación y concreción de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad no será posible porque la propia enfer-

20. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022, p. 23. Igualmente, apunta Arnau Moya, F.: «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2022, p. 537 y pp. 554-555, que la misión de la jurisprudencia pasa por «conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar con el desaparecido principio del interés del discapaz». Así las cosas, señala que, con buen criterio, este principio será «rescatado» por la jurisprudencia.

medad provoque que el sujeto carezca de capacidad para discernir y formar la pretendida voluntad²¹. Así lo pone de relieve **DE VERDA Y BEAMONTE**²² al señalar que en algunas discapacidades como la sensorial o la provocada por el síndrome de Down, efectivamente, «la restricción de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con derecho, pues, a equivocarse)».

No obstante, no ocurre lo mismo con aquellos escenarios, por lo demás, cada vez más frecuentes dado el avance de la esperanza media de vida, en los que será necesario el recurso «a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad (curador con facultades de representación)».

Por lo demás, también sería interesante estudiar si la persona influye en los efectos de la enfermedad, es decir, si la capacidad de discernimiento varía, en la misma situación, dependiendo de otros factores del sujeto. Sobre el particular, cabe plantear si sería adecuada la realización de una suerte de lista de enfermedades que pueden afectar a la capacidad intelectual o si, por el contrario, la pretendida seguridad jurídica desembocaría en una injusticia por la propia desactualización constante. Si resulta vital que se apliquen de forma adecuada los principios de proporcionalidad y necesidad y que, como apunta la doctrina²³ y se deduce de los pronunciamientos judiciales, se atienda al momento de establecer las medidas (y no a futuro), se especifiquen los actos concretos para las que se precisa apoyo y asistencia y se revise, de forma periódica, la solución adoptada judicialmente.

Asimismo, hemos podido comprobar que existen disfuncionalidades en el sistema por contemplarse en la regulación diferencias en atención al ámbito de actuación que no encuentran justificación alguna. Y, por supuesto, consideramos que han de ser modificadas. También se ha podido detectar un tratamiento distinto en algunos pronunciamientos

-
21. Más tajante se muestra **CARRASCO PERERA, Á.**: «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021, al destacar que el legislador ha cometido «un desenfoque» (que no duda en catalogar de «parafernalia ideológica») al no regular civilmente la capacidad «como un régimen relativo a la restricción de la capacidad de obrar», toda vez que, como consecuencia, se producen «disparates» como el de Diógenes. Desde esta perspectiva, alaba la solución de la jurisprudencia al apuntar que se ha escogido «una vía peligrosísima para el funcionamiento del espurio sistema de apoyos diseñado por la ley 8/2021. No importa que Diógenes no quiera apoyos, porque su decisión procede precisamente de la deficiencia cognitiva que define su síndrome. Sigase por ahí y habremos dinamitado la parafernalia ideológica sobre la que se construye el nuevo sistema. De momento, no ha podido soportar el primer rejón que le mete el discreto Sr. Sancho Gargallo. Otros vendrán que le apuntillarán».
 22. **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.**: «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022, p. 2.
 23. *Vid.* **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.**: «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 115, 2022, pp. 26-28.

que, quizás, no sea adecuado (salvando, en este último caso, las distancias que existen en cada uno de los escenarios de las sentencias pronunciadas). Ello no es óbice para que reconozcamos que el sector en el que pretenda actuar la persona con discapacidad tiene relevancia. No parece que sea equivalente la repercusión negativa que, en su caso, tendría una decisión en el ámbito patrimonial que el acceso a la prestación de ayuda para morir.

Por último, solamente queda apuntar la cuestión relativa a la incapacidad natural (o de hecho) y a la necesidad de concreción en este punto. No parece que atribuir toda la responsabilidad al profesional para valorar supuestos tan diferentes sea aceptable, sino que debería articularse una vía rápida y eficaz de acceso a la vía judicial para decidir la solución óptima para cada escenario.

VI. Bibliografía

ARNAU MOYA, F.: «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2022, pp. 534-573.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: «Vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pademia de la Covid-19: comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril», en *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (Dir. Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ y Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193-220.

CARRASCO PERERA, Á.: «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021.

CIERCO SEIRA, C.: «Un recorrido por la vacunación desde el Derecho Público: la vacunación obligatoria», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022, pp. 293-321.

CUENCA GÓMEZ, P.: «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, núm. 10, 2012, pp. 61-94.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad», *AJI*, núm. 1, 2014, pp. 35-42.

«Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 115, 2022, pp. 11-116.

«Denegación de curatela, por existir guarda de hecho que funciona correctamente, con constatación de la persona que la ejerce y determinación de sus facultades representativas. Revisión de la declaración a los tres años y obligación de rendir cuentas anuales», *IDIBE. Jurisprudencia Derecho civil*, disponible

en: <https://idibe.org/derecho-civil/denegacion-curatela-existir-guarda-hecho-funciona-correctamente-constatacion-la-persona-la-ejerce-determinacion-facultades-representativas-revision-la-declaraci/> [fecha última consulta 10.11.2024].

«Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022, pp. 1-31.

ELIZARI URTASUN, L.: «Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 85-119.

«Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, pp. 227-245

GARCÍA RUBIO, M.P.: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

«Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 173-197

MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Comentarios A La Propuesta Para La Reforma Del Código Civil Sobre Discapacidad», *Revista De Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 199-225.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

MUNAR BERNAT, P.A.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 121-152.

PALLARÉS NEILA, J.: «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 153-171.

PAU PADRÓN, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 61-83.

ROSENVALD, N.: «A tomada de decisão apoiada», *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.

TORRELLES TORREA, E.: «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 76-113.

TORRES DÍAZ, M.C.: «El derecho a la integridad personal ante la vacunación no consentida: ¿qué ha dicho el Tribunal Constitucional? Comentarios a la Sentencia del Pleno 38/2023, de 20 de abril, de 2023, en el recurso de amparo promovido sobre la administración de la vacuna frente a la Covid-19 [BOE, núm. 121 de 22/05/2023]», *Diario La Ley*, núm. 10333, Sección Tribuna, 2023, pp. 1-8.



REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

