

¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad? (1)

Can judges provide support to people with disabilities against their will?

Coordinadoras:

Sonia Calaza López

Catedrática de Derecho Procesal

Mercedes de Prada Rodríguez

Directora Académica del Centro de Estudios Garrigues

Participan:

Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Maria José Segarra Crespo

Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala para la Protección de Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Universidad de Santiago de Compostela

Luis Cayo Pérez

Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Rafael de Lorenzo García

Secretario General de la ONCE

Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector y de la Plataforma de mayores y Pensionistas

Miguel Loya

Socio Garrigues

Mariana Samaniego

Asociada principal Garrigues

ÍNDICE

¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?

I. INTRODUCCIÓN

II. OPINIÓN DE LOS EXPERTOS

1. ¿Puede proveerse de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?

Y en caso afirmativo: ¿En qué supuestos?

Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Maria José Segarra Crespo, Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala para la
Protección de Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General
del Estado

María Paz García Rubio. Catedrática de Derecho Universidad de Santiago de
Compostela

Luis Cayo Pérez. Presidente del Comité Español de Representantes de
Personas con Discapacidad (CERMI)

Rafael de Lorenzo. Prof. Dr. D. Rafael de Lorenzo García. Secretario General
de la ONCE. Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector y de la
Plataforma de mayores y Pensionistas.

Miguel Loya, socio Garrigues y Mariana Samaniego, asociada principal
Garrigues

2. ¿Cuáles son los límites de una eventual provisión judicial de apoyos a una persona
con discapacidad contra su voluntad?

Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Maria José Segarra Crespo, Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala para la
Protección de Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General
del Estado

Luis Cayo Pérez. Presidente del Comité Español de Representantes de
Personas con Discapacidad (CERMI)

Rafael de Lorenzo. Prof. Dr. D. Rafael de Lorenzo García. Secretario General
de la ONCE. Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector y de la
Plataforma de mayores y Pensionistas

Miguel Loya, socio Garrigues y Mariana Samaniego, asociada principal
Garrigues

III. CONCLUSIONES

Normativa comentada

Convención 13 Dic. 2006, hecho en Nueva York (derechos de las personas con discapacidad. Instrumento de ratificación)

L 8/2021 de 2 Jun. (reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria sexta. *Procesos en tramitación.*

L 15/2015 de 2 Jul. (Jurisdicción Voluntaria)

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS

TÍTULO XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 249.

CAPÍTULO IV. De la curatela

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 268.

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 589/2021, 8 Sep. 2021 (Rec. 4187/2019)

Comentarios

Resumen

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 es diáfana en la mayor parte de sus postulados respecto de la prioritaria atención y consiguiente reconocimiento de la "voluntad, deseos y preferencias" de las personas con discapacidad, personas que gozan -a pesar de esta discapacidad- de plena capacidad jurídica en todos los ámbitos; sin embargo, esta misma Ley regula dos procesos -un expediente de Jurisdicción Voluntaria, primero y un proceso de Jurisdicción contenciosa, después- para designar judicialmente apoyos a las personas con discapacidad. Ante esta dualidad de declaraciones legales en - aparente- contradicción, hemos decidido plantear, a los grandes especialistas en la

materia, si es posible -y razonable- proveer de apoyos judiciales a las personas con discapacidad, incluso contra su voluntad.

Palabras clave

Discapacidad, voluntad, deseos, preferencias, apoyos.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021), 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 marca un hito en la historia de las personas con discapacidad: desde el 1 de septiembre de 2021, las personas con discapacidad gozan de plena capacidad jurídica y ello cristaliza, entre tantos otros extremos, en el escrupuloso reconocimiento de su «voluntad, deseos y preferencias», durante el tiempo en que puedan expresarlos; así como en el máximo respeto a su «trayectoria vital» cuando ya no puedan manifestar, por causa de su concreta discapacidad, aquella «voluntad, deseos y preferencias».

Ante el cambio de paradigma y la ausencia de una respuesta —franca— en la nueva legislación, se ha planteado en España un debate sobre un aspecto crucial de la discapacidad:

1. *¿Puede proveerse de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad? Y en caso afirmativo: ¿En qué supuestos?*
2. *¿Cuáles son los límites de una eventual provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad contra su voluntad?*

Para responder a estas sugerentes preguntas, hemos invitado a prestigiosos juristas expertos en esta materia.

II. OPINIÓN DE LOS EXPERTOS

1. *¿Puede proveerse de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad? Y en caso afirmativo: ¿En qué supuestos?*

Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Para responder a esta pregunta hay que enmarcar la cuestión en el régimen de provisión judicial de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021).

En consonancia con la previsión general prevista en el art. 249 CC para cualquier medida de apoyo, el art. 268 CC (LA LEY 1/1889) prevé que las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos tienen que ser «proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise», han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

La adopción de la medida requiere de un juicio de capacidad de la persona afectada, pues la exigencia de la proporcionalidad de las medidas con las necesidades de la persona que las precisa presupone la existencia de una necesidad generada por la concreta discapacidad de la persona y sus circunstancias vitales. Con la advertencia de que la medida no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el ejercicio de su capacidad.

Y al juzgar sobre la procedencia del apoyo que cubra esta necesidad, ha de atenderse, en todo caso, a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona necesitada de ese apoyo, en cuanto puedan llegar a conocerse.

Es lógico que en este contexto surja esta cuestión de si cabe la provisión judicial de una medida de apoyo en contra de la persona afectada. Cuestión que se planteó el Tribunal Supremo en su sentencia de pleno 589/2021, de 8 de septiembre (LA LEY 147318/2021), y concluyó que sí es posible, en la medida en que la propia ley procesal contempla esta posibilidad. Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria, no impide que las medidas puedan ser solicitadas mediante un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

Esta posibilidad ha obligado al Tribunal Supremo a interpretar la exigencia contenida en el último inciso del art. 268 CC (LA LEY 1/1889), de que para la provisión judicial de apoyos habrá que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. La jurisprudencia entiende que 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. Y remarca que 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".

La jurisprudencia entiende que, con carácter general, «atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él»; pero puede haber casos en que, como ocurrió con la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (LA LEY 147318/2021), esté justificado no seguir o satisfacer ese querer o parecer. ¿Cuándo? El Tribunal Supremo en esa sentencia advirtió que no cabía, de antemano, precisar en qué casos estaría justificado, y que había que atender a las singularidades de cada caso.

Si, en general, la doctrina jurisprudencial no puede acabar siendo algo enlatado, sino que debe ser entendida a la luz de los casos que la motivaron, mucho más en un ámbito como este relativo a la provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad en contra de su voluntad.

Maria José Segarra Crespo, Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala para la Protección de Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado

La nueva regulación instaurada por la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) se desarrolla bajo la idea de asistencia o acompañamiento a las personas con discapacidad para que tomen sus propias decisiones. Su principal finalidad es la de adecuar con la mayor precisión el apoyo a las necesidades de la persona que se pueda proveer en vía judicial, de manera que exista una relación armónica entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, siempre desde el máximo respeto posible a la autonomía, la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

De ahí el carácter extraordinario y excepcional de una disposición judicial que determine el desarrollo de facultades representativas que supongan sustitución de la persona, las que deberían ser concretadas y descritas con toda minuciosidad en la resolución judicial que las acuerde. En palabras de María Paz García Rubio (Ponente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, de quien las tomo prestadas), la curatela representativa es la excepción y la representación plena operará como excepción redoblada.

Aun así, el imperio de la voluntad de la persona pervive incluso en ese caso de disponer de un curador—representante, pues este—, como indica el artículo 249 CC (LA LEY 1/1889) «... *deberá tener en cuenta la trayectoria, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación*». Este precepto ubicado en las Disposiciones generales, parte del supuesto no

cuestionado doctrinalmente de que exista una imposibilidad de determinar la voluntad, deseos o preferencias de una persona.

No es el mismo presupuesto el que en el capítulo dedicado a la regulación de la curatela (art. 268 CC (LA LEY 1/1889)), se abre a otras *circunstancias de la persona* más allá del supuesto —ya anunciado— de imposibilidad de expresión de su voluntad, deseos o preferencias. Este precepto se refiere a «...*los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona....*» Imprescindibilidad no es lo mismo que imposibilidad. Esta situación excepcionalísima, que puede tener lugar en determinadas *circunstancias de la persona*, permite que la autoridad judicial determine ciertos actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Luego podemos contestar al interrogante formulado que el legislador sí que ha previsto la posibilidad de proveer de apoyo a una persona sin contar con, o prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias expresados por esta.

Esas circunstancias personales excepcionales no son desarrolladas en el texto, pero configuran un marco que abona la tesis sostenida por el Tribunal Supremo sobre la posibilidad de acordar apoyos judiciales en contra de la voluntad de la persona, sustentada de manera fundamental en el argumento procesal de la previsión del art. 42 bis b) 5 LJV (LA LEY 11105/2015) de oposición a los apoyos por parte de la persona. No olvidemos, por otro lado, que el mismo precepto valora la entidad de la oposición de la persona a los apoyos propuestos y desestima que su desacuerdo sobre la identidad de quien vaya a ser designado como curador suponga el archivo del procedimiento de jurisdicción voluntaria: otra posibilidad legal de resolución judicial no armónica con la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La STS 589/2021 (LA LEY 147318/2021) del Pleno de la Sala Civil de fecha 8/9/21 abordó de manera temprana esta trascendente cuestión, poniendo el acento en dos aspectos primordiales: la indagación sobre la voluntad expresada por la persona, y por otro lado en la fundamentación de esa resolución judicial.

La reiteración de las expresiones legales sobre el respeto a la autonomía de la persona sugiere un primer mandato del legislador dirigido a apurar todos los esfuerzos para que la persona no viva al margen de decisiones que afecten a su persona o sus intereses. Mandato este que afecta a quienquiera que ejerza funciones de apoyo, —incluyendo al curador representativo—, a los operadores jurídicos y de manera reforzada a la autoridad judicial. A esta le encomienda indagar su voluntad, analizar su contenido en relación con la discapacidad y la percepción de la realidad de la persona, atendiendo a la decisión concreta que se somete a procedimiento judicial (ya sea

constituir determinados apoyos judiciales, nombrar a determinada persona curador, con quién va a convivir...).

Por eso razona el TS que *«(...) En realidad, el art. 268 CC (LA LEY 1/1889) 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»*.

En esa indagación, el TS sopesa la posibilidad de que esa voluntad pueda estar condicionada de manera relevante por la discapacidad por afectar *«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»*. No parece que sea otro el supuesto al que se refiere el art. 268 CC antes resaltado (*«resulte imprescindible por las circunstancias de la persona»*), cuando se refiere a encargar el juez la representación de la persona con discapacidad.

Otra reciente sentencia STS 964/22, de 21 de diciembre (LA LEY 316218/2022), retoma ese hilo argumental recordando que *«la provisión del apoyo encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar...»*, pues son los derechos de la persona los que resultan afectados o conculcados por efecto de su propia decisión. En concreto menciona: *«...el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en comunidad, (art. 19 de la Convención)...; o el derecho a la protección de la salud (art. 25 de la Convención)»*

En el caso de este nuevo pronunciamiento, el TS exige un esfuerzo de motivación reforzada cuando se provea en contra de la voluntad del interesado por suponer una afectación de los derechos fundamentales, y declara que la resolución recurrida invade indebidamente la intimidad y libertad de la persona, pues los déficits de su situación (aislamiento social, defectuosa alimentación o atención a su salud), no eran provocados por las patologías de la persona sino por la insuficiencia de los apoyos que recibía de su entorno familiar. Su patología le provocaba limitaciones sensoriales y sociales, pero no determinaba una falta de capacidad cognitiva ni volitiva para adoptar decisiones en sus asuntos personales y patrimoniales.

En definitiva, solo una vez obtenidos todos los datos que rodean la toma de decisión de la persona, la autoridad judicial podrá desarrollar un razonamiento —que deberá ser especialmente reforzado— cuando resuelva en contra de esa voluntad y opte por una medida de apoyo de intensidad o contenido diverso al que dicha persona hubiera deseado.

Por consiguiente, la mera existencia de una deficiencia o problema de salud no basta como presupuesto de adopción de las medidas de apoyo, sino que debe atenderse a la relevancia de dicha afectación en relación con la formación de su voluntad y conocimiento.

María Paz García Rubio. Catedrática de Derecho Universidad de Santiago de Compostela

Mi respuesta a la pregunta planteada en simple y tajante: no se puede proveer de apoyos a las personas adultas con discapacidad en contra de su voluntad en ningún caso. Con ello respondo también a la segunda cuestión de este apartado (i) y a la segunda de las preguntas (apartado ii), puesto que, asumiendo que no puede existir una eventual provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad adulta, no cabe hablar de límites a la aludida provisión.

Soy consciente de que la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) no se pronuncia de forma tan categórica a como yo acabo de hacer, a pesar de que se haya dictado, precisamente, para implementar en el ordenamiento interno español de ámbito estatal, los mandatos del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, precepto que declara el derecho de las personas con discapacidad a ver reconocida su capacidad jurídica en idénticas condiciones que los demás. Esta capacidad jurídica es entendida de manera bifronte, ya que abarca tanto la titularidad de los derechos, como la capacidad para ejercitarlos. La Convención asume el paradigma social de la discapacidad, conforme al cual esta no es una condición física o mental de la persona, de naturaleza médica o patológica, sino una construcción social de la que deriva que determinadas personas, por sus particulares circunstancias físicas, psicológicas o mentales, son discriminadas por la sociedad que secularmente ha creado barreras de todo tipo para impedir que sean tratadas como las demás; para evitar que esas barreras impidan, en concreto, que el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sea dificultado o impedido, estas personas tienen derecho a que los ordenamientos jurídicos de los Estados parte en la Convención les suministren los apoyos que precisen en el ejercicio de su capacidad jurídica. La disposición convencional es clara, tienen derecho, pero en ningún caso tienen obligación de soportar un apoyo que no desean, ni pueden verse obligados a ejercitar sus derechos con dicho apoyo. El Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General Primera, dictada en 2014 precisamente para interpretar el art. 12, al haber constatado que no estaba siendo bien comprendido por los Estados destinatarios, explica por extenso esas ideas y se pronuncia de

manera explícita y reiterada en el sentido que he señalado: los apoyos no pueden ser impuestos en contra de la voluntad de la persona con discapacidad; muy al contrario, han de ser siempre voluntarios y en la actuación de quien actúe como apoyo se ha de respetar siempre la citada voluntad. Precisamente por ello se ordena a los Estados que establezcan las salvaguardas necesarias para que dichos apoyos no desplieguen sobre aquellos a quienes apoyan, abusos o influencia indebida, esto es, no terminen introduciendo por la ventana lo que la Convención saca por la puerta.

Es cierto que, a diferencia de lo que hacen algunos otros ordenamientos jurídicos que han tratado de adaptarse a la Convención, la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) no se ha atrevido a pronunciarse de modo directo sobre la cuestión. Si me permiten el apunte, yo misma, en mi comparecencia ante el Congreso de los Diputados en la fase de audiencias previa a la tramitación de la Ley que terminó siendo la 8/2021, puse de manifiesto a sus señorías la citada carencia en el Proyecto de Ley, a fin de que pudieran integrarla. En los trabajos realizados en el seno de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, a la que me honra pertenecer, se suscitó la cuestión, que por su carácter controvertido y especialmente importante desde el punto de vista político-jurídico, prefirió dejarse pendiente para que fueran los diputados y senadores, quienes se pronunciasen al respecto. No lo hicieron.

Estoy convencida de que ese silencio no puede ser interpretado en otro sentido que el de considerar que no puede imponerse apoyo alguno a la persona con discapacidad en contra de su voluntad. El principio general básico de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021), que es también el de la Convención, según dispone su art. 3 y reitera para los actos de naturaleza jurídica el citado art. 12, es el del respeto al derecho de autodeterminación de las personas con discapacidad; esto es, el respeto a su voluntad de decidir. Precisamente por ello, la Ley repite hasta la saciedad, a lo largo de su articulado, que todo el sistema de apoyos ha de estar basado en la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, de suerte que nada puede hacerse en materia de apoyos contrariando dicha voluntad. Por eso las medidas voluntarias son preferentes a las judiciales; por eso mismo, las fácticas o informales son en realidad voluntarias, en la medida en que se basan en la voluntad tácita de la persona que las recibe, que solo si no las tiene o no le resultan suficientes, solicitará las de carácter judicial. Y, en buena lógica, por eso, en fin, estas últimas, aunque hayan sido solicitadas por otros, no podrán ser impuestas por la autoridad judicial en contra de la voluntad de la persona, tanto más cuanto que, en la necesaria interlocución que ha de haber entre ambas, autoridad judicial y persona con discapacidad, la función de la primera es, sobre todas las cosas, la de asegurar el respeto a la voluntad de la segunda; ha de hacerse notar

que en ningún caso resulta relevante la toma en consideración del mejor interés o el beneficio de la persona que no desea ser apoyada en el ejercicio de sus derechos.

Soy consciente de que esta interpretación, que no solo es la que mejor se acomoda a la letra de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021), sino que es la única que respeta los dictados de la Convención de Nueva York, no es la asumida por una parte de los autores que se han dedicado a la exégesis de la nueva ley española, ni es, y esto es lo más preocupante, la que ha adoptado mayoritariamente nuestra jurisprudencia. El Tribunal Supremo, en una madrugadora sentencia dictada el día 8 de septiembre de 2021, apenas cinco días después de la entrada en vigor de la nueva regulación, entendió justamente lo contrario a lo que aquí he manifestado: que la estrenada ley sí permitía, en determinadas circunstancias, eludir y aún contrariar la voluntad de la persona con discapacidad imponiéndole apoyos, incluso con carácter sustitutivo de su voluntad si llegara a ser necesario, y aunque dicha voluntad en contrario fuera reiterada y manifiesta. Esta interpretación ha sido seguida por varias resoluciones de tribunales menores que, en determinadas circunstancias, han impuesto apoyos judiciales no queridos por la persona en cuestión.

El argumento seguido por el Tribunal Supremo en la citada sentencia es bien conocido por quienes son próximos al ámbito de la discapacidad mental, intelectual o psicosocial: se trata, en concreto, de la apelación a la anosognosia, esto es, la falta de conciencia o conocimiento de la enfermedad que padece por parte de la persona con discapacidad es la que anula su voluntad y le hace decir que no quiere un apoyo que, en realidad, sí desearía si no tuviese esa falta de conciencia o conocimiento de su patología. Tengo que decir, en honor a la verdad, que es asimismo un argumento frecuentemente utilizado por los tribunales en países vecinos, teóricamente avanzados en materia de respeto de los derechos humanos, como es el caso de Alemania, cuyo Tribunal Constitucional se ha pronunciado hace no mucho tiempo en sentido similar; ha sido también una explicación utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en algunas sentencias donde, por ejemplo, no ha dado validez a la voluntad de casarse de una persona con discapacidad mental, al considerar que no era contrario al Convenio Europeo de derechos humanos (LA LEY 16/1950) una norma francesa que le impedía casarse, a pesar de ser este su deseo, bajo la premisa de que se trataba de una voluntad viciada por la enfermedad.

De forma reiterada, tanto el Comité de Derechos antes mencionado, como los intérpretes más conspicuos de la Convención han manifestado que este punto de vista, basado en la anosognosia, confunde la capacidad mental con la capacidad jurídica, supone una discriminación sangrante contra las personas con discapacidades que afectan a su voluntad de decidir y expresarse, contraría el modelo social de discapacidad y perpetúa el modelo paternalista anterior, que sigue tratando a determinadas personas adultas, en concreto, aquellas que tienen cierto tipo de

enfermedades mentales o psicosociales, como seres inmaduros o sin voluntad, por lo que sus deseos o preferencias no han de ser tenidos en cuenta cuando resultan ser contrarios a su mejor interés. Precisamente por ello, todas estas decisiones que he citado han sido duramente criticadas en sus respectivos ámbitos, como lo ha sido también la STS que he mencionado más arriba y todas las que lo siguen. Sencillamente, porque no respetan el modelo basado en el reconocimiento pleno de los derechos humanos de las personas con discapacidad, derechos entre los que está el decidir sobre su propia vida en las mismas condiciones que los demás; ello implica, desde luego, también el de decidir si desean o no ser asistidos por apoyos en el ejercicio de su capacidad para vender, comprar, casarse, tener hijos, educarlos, etc., etc.

Personalmente hace ya tiempo que estoy convencida de la profunda injusticia del modelo anterior y de la necesaria eliminación de todo tipo de discriminación contra las personas con discapacidad, especialmente las que tienen discapacidad mental. Por ello reitero mi respuesta inicial: no se puede proveer de apoyos a las personas adultas con discapacidad en contra de su voluntad en ningún caso.

Luis Cayo Pérez. Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

La respuesta es terminante. No hay interés superior al que la propia persona (también con discapacidad) haya establecido como tal. Nada ni nadie, ajeno a la persona, puede erigirse en instancia decisoria sobre ese interés superior, al punto de, invocándolo cual elemento taumatúrgico, enervar su eventual voluntad de solicitar e incluso la de rehusar la imposición de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. La libertad personal en todo su vigor (y para bastantes, crudeza), aun la que se despliega comportando equivocación y hasta descuido (de su persona, de sus intereses, de sus derechos y de sus bienes), sobrepuja el interés y la conveniencia decidida por instancias distintas a sí misma. Conforme a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y a su interpretación auténtica —por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en la observación general n.º 1, sobre el artículo 12 del tratado)—, esta provisión forzosa queda vedada, de todo punto. La radicalidad del mandato de la igual capacidad jurídica para todas las personas con discapacidad resulta, incluso en aquellos aspectos que suscitan en algunos, dudas, y en los que de acuerdo con un juicio remiso debería ceder, incuestionable. Aunque el ejercicio de la libertad lleve al abismo, ésta resulta prevalente al interés definido e impuesto coercitivamente por mecanismos, que se perciben a sí mismos como generosos y benévolos, distintos de la persona. La libertad puede infundir miedo, pero es preferible a los caminos de servidumbre, únicas vías que históricamente se ha dejado transitar a las personas con discapacidad.

Rafael de Lorenzo. Prof. Dr. D. Rafael de Lorenzo García. Secretario General de la ONCE. Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector y de la Plataforma de mayores y Pensionistas.

En relación con la pregunta de la provisión de apoyos personales en contra de la voluntad del beneficiario, resulta necesario llevar a cabo una precisión: estaremos hablando siempre de una situación comprendida en el Título XI del Código Civil, bajo la denominación de «medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», en relación con personas con discapacidad, mayores de edad. La reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021), 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, tiene un eje central que recoge la nueva redacción del artículo 249 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que es el de que las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera; no obstante, las medidas de apoyo de origen legal o judicial se instituyen en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. El supuesto que se plantea resulta, por lo tanto, aquella situación en la que se ha considerado que la persona beneficiaria no puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y se instituye un apoyo bajo la institución de la representación, siendo así que el representante contradiga las preferencias que manifieste el beneficiario del apoyo. La redacción del artículo 249 deja claro que este supuesto se considera siempre que es un caso excepcional, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona; en este caso, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. Parece, por lo tanto, que cuando no se ha instituido representante, la persona beneficiaria del apoyo podrá declarar su voluntad y ser esta tenida en cuenta. No obstante, la respuesta a la pregunta planteada nos la puede dar una cuestión importante a tener en cuenta: las medidas de apoyo a las personas mayores de edad para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, estando inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Esto significa que el fin que persiguen es la satisfacción plena del proyecto vital de esa persona, en condiciones de libertad e igualdad.

Para HOBBS, la dignidad era la estimación pública de un hombre, el valor conferido a él por el Estado. No obstante, el concepto moderno de dignidad humana presenta como eje que el individuo es valioso en sí y que la igual dignidad pretende generar una igualdad jurídica y política de los individuos a pesar de sus posiciones sociales y desigualdades naturales, tal como recoge el profesor PELÉ. La dignidad, es el «valor espiritual y moral inherente a la persona» ha dicho el

Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril (LA LEY 9898-JF/0000), FJ 8); debe «permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» (STC 120/1990, de 27 de junio (LA LEY 1761-JF/0000), FJ 4). La dignidad se proyecta sobre todas las personas de forma igual, constituyendo con los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)). Desde este punto de vista, entiendo que una decisión que tomara el beneficiario del apoyo en contra de su propia dignidad personal, podría ser sustituida por la intervención de un representante por decisión judicial. Serían todas aquellas situaciones en que el efecto de su decisión limite la libertad de esa persona. Para ello, el representante debería tomar su decisión sobre la base de un criterio de necesidad, siendo su intervención en representación la única alternativa posible para la consecución del fin perseguido, y proporcionalidad, siendo ésta el medio adecuado para la obtención del fin indicado. Como decía, este caso es excepcional, tal como figura desarrollado por la norma y debe tener en cuenta aspectos tales como 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.

Miguel Loya, socio Garrigues y Mariana Samaniego, asociada principal Garrigues

El punto de partida para responder a esta cuestión debería situarse en la propia Ley 8/2021, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021), 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 («ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021)») y en la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (LA LEY 14088/2006) («la Convención») de la que trae causa. La citada Ley —que se centra precisamente como elemento esencial en el respeto a la voluntad de las personas— establece que las medidas de origen legal o judicial «sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate» (artículo 249 CC (LA LEY 1/1889)), sin recoger específicamente un derecho a rechazar los apoyos.

La Convención, por su parte, consagra en su artículo 12.4 cuáles son los parámetros para el ejercicio de su capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, girando también en torno a la garantía del respeto a su voluntad, lo que evidencia que esta garantía debe ser el elemento esencial del nuevo sistema de provisión de apoyos. Cabe recordar también que la Observación General núm.1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, en interpretación de dicho precepto, reconoce expresamente que la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo.

Sin embargo, es cierto que a este planteamiento general —en el que, como norma, no puede suplirse o contrariarse la voluntad de la persona con discapacidad— puede oponerse la existencia de supuestos excepcionales que plantean situaciones realmente complejas. Así lo ha apreciado el Tribunal Supremo en la conocida Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre —Rec. 4187/2019 (LA LEY 147318/2021)—, paradigmática en este contexto (por tratarse, además, del primer pronunciamiento del Alto Tribunal sobre la reforma normativa), en la que aborda el supuesto de una persona que padecía síndrome de Diógenes que se oponía expresamente a la provisión de apoyos consistentes esencialmente en que la Administración —que se designaba como curadora— procediera a la limpieza habitual de su domicilio.

No procede aquí realizar un comentario detallado sobre tal pronunciamiento. A los efectos que nos ocupan, simplemente cabe resaltar uno de los elementos esenciales que se extraen del razonamiento de la Sentencia para concluir afirmativamente sobre la posibilidad de adoptar medidas en contra de la voluntad de una persona. En concreto, el Tribunal apreció que puede haber supuestos en los que esté justificado alejarse de la voluntad expresada por la persona con discapacidad, que se ejemplifican en el caso analizado en el que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que la persona tenga conciencia clara de su situación, que se considera degradante hasta el punto de que no intervenir se considera una «crueldad social». El Tribunal reflexionó que «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», de donde se extrae una lectura finalista de la norma que permita superar una declaración de voluntad que esté claramente afectada.

Este pronunciamiento seguramente constituirá la base de las posteriores decisiones judiciales en esta materia. Así se ha confirmado en el marco de la designación de la persona llamada a ejercer la curatela, supuesto en el que el Tribunal Supremo ha reiterado el criterio anteriormente mencionado, con remisión expresa a la citada Sentencia de 2021 (por ejemplo, en su Auto, de 12 de enero de 2022 —Rec. 5568/2021 (LA LEY 2273/2022)—).

La realidad es que la posición mantenida por el Tribunal Supremo y su interpretación de la norma encierra algunos riesgos, dados los contornos difusos a los que puede extenderse y constatado que con ello se habilita para una interpretación amplia de la voluntad de la persona, incluso contraria a lo que haya exteriorizado. Dicho de otro modo, una interpretación extensiva de esta doctrina podría llevar a caer en la inercia de aplicar inadecuadamente criterios del sistema previo a este

nuevo régimen, de forma que se tienda a sustituir el criterio de la voluntad de la persona por el del interés superior que, aunque formalmente se habría abandonado, reaparece de alguna forma con esta tesis (también se menciona en la Sentencia de 17 de septiembre —Rec. 305/2021—).

En todo caso, es previsible y lógico que se susciten supuestos excepcionales en los que no pueda atenderse o satisfacerse (total o parcialmente) la voluntad de la persona con discapacidad, a los que será necesario dar respuesta mediante la necesaria intervención judicial en garantía de los intereses que resulten en conflicto.

2. ¿Cuáles son los límites de una eventual provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad contra su voluntad?

Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

A la vista de lo manifestado antes, pienso que más que hablar de límites, habría que hablar de en qué casos estaría justificado adoptar una medida de apoyo en contra de la voluntad del interesado. Y, en cualquier caso, no es posible delimitarlo con antelación, pues la realidad, que desborda cualquier previsión humana, se irá encargando de situarnos ante dilemas en los que habrá que resolver si debe prevalecer la voluntad contraria del interesado o no.

Hasta ahora, la jurisprudencia ha analizado un tipo de supuestos en que la voluntad contraria del interesado puede estar afectada de tal forma por la enfermedad o trastorno que provoca la necesidad asistencial o representativa que se pretende cubrir con el apoyo, que le impida ser consciente de ella y de sus consecuencias.

Contamos ya con dos ejemplos, en la propia jurisprudencia, que lo ilustran mejor.

Así, de una parte, la citada sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (LA LEY 147318/2021), justifica por qué en ese caso no podía seguirse la voluntad contraria del interesado a las medidas de apoyo. La sentencia razona que en aquellos casos «en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación». Y se remarca que «el trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda». Como advierte luego el tribunal,

«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».

De otra parte, contando con el anterior precedente y la jurisprudencia que contiene, en la sentencia 964/2022, de 21 de diciembre, el Tribunal Supremo apreció que la voluntad manifestada en contra por la persona objeto de curatela no estaba afectada por la causa de la discapacidad y era consciente de sus necesidades. Razón por la cual debía prevalecer en ese caso.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo advierte que de los hechos acreditados en la instancia no resulta que la negativa expresada por una persona a que se le constituyeran apoyos judiciales fuera expresión de una voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padecía. Y expresamente aclara que aunque hayan quedado evidenciados los problemas de salud y sociales de esa persona, así como la compleja patología física y psíquica que padece; por el contrario no constaba que se tratara de una discapacidad que afectara a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales, que es la que justificaría una medida judicial de apoyo.

Estas dos resoluciones, que se apoyan en la misma interpretación jurisprudencial del art. 268 CC (LA LEY 1/1889), y que difieren en el resultado en atención a las diferentes circunstancias en que se aplicaban, permite entender mejor esa jurisprudencia.

No obstante, como decía antes, no cabe negar de antemano que pudiera existir otro tipo de causas que justificaran, en un caso concreto, que el tribunal adopte una medida de apoyo a favor de una persona con discapacidad en contra de su voluntad.

Maria José Segarra Crespo, Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala para la Protección de Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado

Los presupuestos que de forma absolutamente excepcional hacen posible adoptar la provisión de apoyos judiciales a una persona en contra de su expresión de voluntad, funcionarán como sus propios límites, que no son otros que el respeto a los derechos fundamentales de la persona interpretados a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (LA LEY 14088/2006).

Una eventual provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad en contra de su voluntad tendrá como límites el respeto al derecho a su dignidad, intimidad y libertad, derechos que se verán vulnerados si la persona ha conformado su voluntad —con las adaptaciones y apoyos que

precise—, libre de abusos e injerencias indebidas. El respeto a esta autonomía, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, forma parte del derecho a la dignidad conforme al recto entendimiento de la Convención mencionada.

Y cuando sea el ejercicio de una voluntad el que conculque la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona, la autoridad judicial tendrá la base argumentativa para desatender esa manifestación de voluntad. Análisis que solo podrá llevarse a cabo desde la perspectiva de la afectación del núcleo esencial de dicho derecho.

Esta idea supone en la práctica desterrar del análisis judicial la perspectiva del interés o beneficio de la persona con discapacidad, para valorar la decisión o expresión de voluntad de la persona con discapacidad desde la perspectiva del perjuicio. En esta nueva óptica, habrá que valorar si el ejercicio de esa autonomía me sitúa ante una grave vulneración de mis derechos personales y me ocasiona un perjuicio efectivo superior al que sería admisible en una decisión adoptada por la media de los ciudadanos en mi misma situación.

No admitir este cambio sustancial en la perspectiva del juzgador, supondría no asumir la posibilidad de error en las decisiones personales, —consustancial por otra parte al ejercicio de toda autonomía—, y volver al sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad claramente erradicada en la reforma.

Y si convenimos que es a través de la voluntad como la persona se puede desarrollar y expresar como individuo, al apartarnos de la regla por entender afectada dicha voluntad por el trastorno que padezca, la excepción tendrá que ser rigurosamente controlada. Por ello, resulta tan importante la exigencia redoblada de argumentación, como —añado— la vigilancia judicial posterior sobre el correcto desarrollo de esa curatela que debe ir orientada a ir disminuyendo los espacios de apoyo sustitutivo, los cuales en todo caso deben ser desarrollados con el máximo respeto a la intimidad (art. 18 CE (LA LEY 2500/1978)), evitando toda estigmatización.

Tras la constitución del apoyo emerge la obligación de supervisión, que desarrollen tanto el órgano judicial como el Ministerio Fiscal. El juzgador puede adoptar las salvaguardas oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios del art. 249 *in fine*, «...y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera». Asimismo, el art. 270 prevé la posibilidad de que la autoridad judicial pueda establecer medidas de control en la misma resolución que constituye la curatela o en otra posterior, para preservar el respeto a los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, así como para evitar influencias

indebidas o conflicto de intereses. La obligación de exámenes periódicos, mediante el procedimiento de revisión de la medida, o la posibilidad de exigir en cualquier momento informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona son garantías añadidas de que su desarrollo obedezca a potenciar su autonomía, aminorando los espacios de sustitución de la persona.

Este completo sistema constituye una garantía de excepcional importancia para la persona afectada por una medida de apoyo. Como señala Montserrat Pereña Vicente resulta complicado introducir en la Ley la regulación de lo que son relaciones humanas, y más aún, incorporar a la norma una perspectiva pluridisciplinar. Sin embargo, recuerda que hay ordenamientos jurídicos que lo han conseguido y cita el artículo 4 de la *Mental Capacity Act* de Reino Unido. Dicha norma contiene una guía sobre los pasos a seguir por las personas de apoyo cuando deben tomar decisiones por otras. La interacción permanente con la persona obliga a quien asume el apoyo a ir replanteándose las respuestas en un proceso de adaptación continua.

Luis Cayo Pérez. Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Los límites son todos, pues no procede, en absoluto, la imposición de apoyos contra la voluntad de la persona con discapacidad. Esto no significa necesariamente que no pueda hacerse nada para sin quebrantar los deseos de ésta, evitar situaciones indeseables. Se puede y se debe proporcionar a la persona ofertas no invasivas de acompañamiento para que por sí propia adquiera y posea todos los elementos de juicio precisos para que adopte una decisión genuinamente autónoma. Esto sería admisible, siempre que el ofrecimiento no devenga establecimiento. Cabría también, pero esto requeriría de investigaciones más exhaustivas, la anulación de decisiones adoptadas por la persona que rehúsa el apoyo si en virtud de su libertad se han infringido materias de las consideradas de orden público, de derecho necesario, que no están al albur de la decisión de ninguna persona, con o sin discapacidad, con arreglo al ordenamiento jurídico de que se trate. Podrían desencadenarse, de oficio, las espirales de ineficacia previstas para ese tipo de situaciones con carácter general, sin especificidades por razón de discapacidad.

Rafael de Lorenzo. Prof. Dr. D. Rafael de Lorenzo García. Secretario General de la ONCE. Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector y de la Plataforma de mayores y Pensionistas

El establecimiento de límites en la adopción de las provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad en contra de su voluntad es un aspecto de especial importancia puesto que, tal y como se ha apuntado, el nuevo sistema configurado por la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) se basa en el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad a la hora del establecimiento de

los apoyos que sean necesarios para facilitar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

En este sentido, los principios rectores que deben regir la aplicación del sistema de apoyos con la nueva regulación son los siguientes: i) proporcionalidad; ii) necesidad; iii) subsidiariedad y iv) respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

El artículo 249 del Código Civil (LA LEY 1/1889) establece que las medidas de apoyo que se precisen deberán tener como finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Podemos comprobar el marco establecido por el legislador a la hora de definir la finalidad que todos los apoyos, tanto los voluntarios como los que se puedan adoptar en defecto de la misma deben dar respuesta, esto es, garantizar el desarrollo pleno de la personalidad.

Este aspecto deriva directamente de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (LA LEY 14088/2006), que supuso un cambio de paradigma en el derecho de la discapacidad, superando modelos tradicionales y obsoletos como el médico-rehabilitador o el representativo, poco respetuosos con la dignidad de la persona.

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad.

De esta manera, la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) estableció que las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y, además, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Sin embargo, el propio artículo 249 del Código Civil (LA LEY 1/1889) dispone que, en aquellos casos (los define como 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. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener 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.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

El Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 8 de septiembre de 2021 (STS 3276/2021) en aplicación de la DT 6ª de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021), trató este tema disponiendo lo siguiente en su Fundamento Jurídico Cuarto:

«5. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

[...]

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique.

[...]

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno(mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.»

Así, aunque la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) no se pronuncie sobre la tutela del interés de la persona con discapacidad, el juzgador tiene la obligación de tutelar y tomar en consideración ese interés para la determinación de la provisión de las medidas de apoyo, incluso en contra de la voluntad de la persona interesada respetando, en la medida de lo posible los deseos y preferencias de la persona.

Por lo que puedes deducir, cuando me preguntas por los límites de esta actuación debemos destacar el esencial papel del Juzgador, quien debe moverse entre criterios de decisión como los apuntados de proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Son conceptos jurídicos indeterminados que, siguiendo los criterios de los Tribunales (STC 180/96, de 12 de noviembre (LA LEY 120/1997)) «han de ser dotados de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico». Y que, no obstante, no se puede olvidar que el concepto jurídico indeterminado se configura «de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho» (STS de 28 de abril de 1964). Según te indico, será la resolución judicial la que, partiendo de tales consideraciones, llegue a una única solución, que deberá resultar justa desde un punto de vista exclusivamente material.

Miguel Loya, socio Garrigues y Mariana Samaniego, asociada principal Garrigues

Podría convenirse que, en todo caso, una interpretación conforme con la Convención y con la propia Ley debería llevar a limitar la posibilidad de contravenir la voluntad de la persona con discapacidad a supuestos absolutamente excepcionales o límite (que, dada la infinita casuística que puede plantearse, es difícil definir de forma apriorística).

Singularmente, la coherencia con la finalidad de la norma exigiría la apreciación por los Tribunales de la existencia de una necesidad de intervenir realmente ineludible, esto es, con una justificación clara y específica para tal decisión, que en todo caso debe ser —cabe insistir— excepcional. Por ello, la labor de justificación y prueba debería ser particularmente intensa y exigente en estos supuestos, debiendo huirse siempre de planteamientos paternalistas, tal y como se enfatiza en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021).

Algunos autores (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) han señalado que solamente podría cohonestarse la finalidad que impone la Convención de Nueva York y la anteriormente citada Observación nº1 en estas circunstancias si «quedare debidamente probado que, con ello, se conjura la influencia indebida y los abusos de los que es víctima o puede llegar a serlo la persona con discapacidad».

En cualquier caso, por supuesto, tal decisión debería ajustarse de forma estricta a criterios de proporcionalidad. En fin, se trata de una cuestión que contiene a su vez muchas incógnitas y que precisará de una sólida construcción doctrinal y jurisprudencial para que pueda contarse con un

criterio homogéneo y coherente con la Convención que dote de la imprescindible seguridad jurídica en este ámbito.

III. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la atenta lectura de las opiniones de los expertos sobre la posibilidad o imposibilidad de proveer de apoyos a las personas con discapacidad *contra su voluntad*, podemos destacar -a modo de síntesis- las siguientes conclusiones:

Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, estima, por su parte, que sí es posible la provisión de apoyos a personas con discapacidad, incluso contra su voluntad «en la medida en que la propia ley procesal contempla esta posibilidad. Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria, no impide que las medidas puedan ser solicitadas mediante un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

María José Segarra, Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de la discapacidad y Mayores de la FGE, parte de la idea -coincidente con el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo- de que «el legislador sí que ha previsto la posibilidad de proveer de apoyo a una persona sin contar con, o prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias expresados por esta»; para a continuación, secundar, con base en este mismo argumento, «la tesis sostenida por el Tribunal Supremo sobre la posibilidad de acordar apoyos judiciales en contra de la voluntad de la persona, sustentada de manera fundamental en el argumento procesal de la previsión del art. 42 bis b) 5 LJV (LA LEY 11105/2015) de oposición a los apoyos por parte de la persona. No olvidemos, por otro lado, que el mismo precepto valora la entidad de la oposición de la persona a los apoyos propuestos y desestima que su desacuerdo sobre la identidad de quien vaya a ser designado como curador suponga el archivo del procedimiento de jurisdicción voluntaria: otra posibilidad legal de resolución judicial no armónica con la voluntad, deseos y preferencias de la persona».

Luis Cayo Pérez, Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), responde negativamente a la cuestión planteada y lo hace de forma terminante: «No hay interés superior al que la propia persona (también con discapacidad) haya establecido como tal. Nada ni nadie, ajeno a la persona, puede erigirse en instancia decisoria sobre ese interés superior, al punto de, invocándolo cual elemento taumatúrgico, enervar su eventual voluntad de solicitar e incluso la de rehusar la imposición de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica». Y esta respuesta ofrecida por el experto no admite matizaciones ni siquiera

para los casos en que esté comprometida la misma seguridad, pues entiende que «aunque el ejercicio de la libertad lleve al abismo, ésta resulta prevalente al interés definido e impuesto coercitivamente por mecanismos, que se perciben a sí mismos como generosos y benévolos, distintos de la persona». Y todo lo responde como un -emotivo- alegato a la libertad de las personas con discapacidad frente a tantos años de relegación de su voluntad y consiguiente sumisión a los deseos de los demás: «La libertad puede infundir miedo, pero es preferible a los caminos de servidumbre, únicas vías que históricamente se ha dejado transitar a las personas con discapacidad».

Rafael de Lorenzo García, Secretario General de la ONCE, Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector y de la Plataforma de Mayores y Pensionistas, coincide con Rafael Cayo y con María Paz García Rubio en la necesidad de ensalzar la «voluntad, deseos y preferencias» de las personas con discapacidad; si bien, a diferencia del criterio mantenido por estos expertos, Rafael de Lorenzo puede admitir esta posibilidad -la de la provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad contra su voluntad- cuando se vea comprometida la propia dignidad, al entender que «una decisión que tomara el beneficiario del apoyo en contra de su propia dignidad personal, podría ser sustituida por la intervención de un representante por decisión judicial. Serían todas aquellas situaciones en que el efecto de su decisión limite la libertad de esa persona. Para ello, el representante debería tomar su decisión sobre la base de un criterio de necesidad, siendo su intervención en representación la única alternativa posible para la consecución del fin perseguido, y proporcionalidad, siendo ésta el medio adecuado para la obtención del fin indicado. Esta opción, reconocida por el experto, de provisión de apoyos de la persona con discapacidad, incluso contra su voluntad, debe responder a juicios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad; pero también debe, eso sí, utilizarse de forma muy excepcional. En este sentido, el experto apunta que «este caso es excepcional, tal como figura desarrollado por la norma y debe tener en cuenta aspectos tales como 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».

María Paz García Rubio, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, responde, como ella misma indica -con su arrolladora personalidad- de forma «simple y tajante»: «no se puede proveer de apoyos a las personas adultas con discapacidad en contra de su voluntad en ningún caso». Según la Profra. María Paz García Rubio, «la disposición convencional es clara, tienen derecho, pero en ningún caso tienen obligación de soportar un apoyo que no desean, ni pueden verse obligados a ejercitar sus derechos con dicho apoyo. El Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General Primera, dictada

en 2014 precisamente para interpretar el art. 12, al haber constatado que no estaba siendo bien comprendido por los Estados destinatarios, explica por extenso esas ideas y se pronuncia de manera explícita y reiterada en el sentido que he señalado: los apoyos no pueden ser impuestos en contra de la voluntad de la persona con discapacidad; muy al contrario, han de ser siempre voluntarios y en la actuación de quien actúe como apoyo se ha de respetar siempre la citada voluntad».

Miguel Loya, socio Garrigues y Mariana Samaniego, asociada principal Garrigues, tras elaborar, primero, un análisis de la nueva legislación y evaluar, después, el impacto de la doctrina del TS, en la realidad legislada y social, una vez vigente aquella legislación, mantienen una prudente posición intermedia al estimar que «es previsible y lógico que se susciten supuestos excepcionales en los que no pueda atenderse o satisfacerse (total o parcialmente) la voluntad de la persona con discapacidad, a los que será necesario dar respuesta mediante la necesaria intervención judicial en garantía de los intereses que resulten en conflicto».

Tras este intenso cruce de opiniones, no podemos cerrar el Debate -como puede desprenderse de las voces de los expertos- con una conclusión unívoca: entre tanto unos consideran -con una posición más tajante (Luis Cayo y María Paz García Rubio)- que no debe proveerse de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad en ningún caso; otros (como Rafael De Lorenzo, Miguel Loya y Mariana Samaniego) estiman -con una posición menos categórica- que la provisión de apoyos debe, con carácter general, ser consentida; si bien, en ciertos casos, por razón de la dignidad y seguridad comprometidas, resulta razonable la inmisión judicial, incluso incontestada por la persona con discapacidad; y al término, no faltan quiénes (María José Segarra e Ignacio Sancho Gargallo) opinan que la provisión de apoyos a personas con discapacidad contra su voluntad es una realidad reglada perfectamente prevista en nuestra vigente legislación.

Queremos -finalmente- manifestar nuestra gratitud a los siete expertos por el tiempo, energía y talento depositados en un tema tan vertebrador del ordenamiento jurídico como lo es la «voluntad de las personas con discapacidad» y la posibilidad a su alcance -o no- de bloquear, en el ámbito judicial, su misma provisión de apoyos. Aunque la respuesta unívoca -al menos por el momento- no ha llegado; los argumentos de expertos tan destacados en todos los ámbitos -la Magistratura, la Fiscalía, la Universidad, el CERMI, la ONCE y la Abogacía- como los que hoy hemos tenido el privilegio de leer, contribuyen -y mucho- a iluminar y clarificar los conceptos jurídicos menos diáfanos de nuestra legislación. Muchas gracias.

LA LEY adquiere todos los derechos de explotación de la obra y tendrá plena libertad para ejercerlos, incluyendo hacerlo por si misma o a través de otras personas físicas o jurídicas o

entidades. También tendrá plena libertad para decidir las formas de reproducción de dicha obra, que podrá efectuar tanto en forma de libro (de hojas intercambiables o no), como en soporte informático, electrónico o magnético, tanto en CD ROM, como en sistema on line, DVD o Internet, etc. Asimismo, tendrá derecho a decidir la presentación de la obra (formato, tamaño, etc.), su posible reproducción en forma resumida, abreviada, comprendida o integrada en otras obras o colecciones, total o parcialmente. LA LEY está facultada para decidir la edición, publicación y venta de la obra y sus actualizaciones a todo el mundo, a traducirla a cualquier idioma, así como a realizar cuantas ediciones considere convenientes. Lo anterior no será de aplicación en los casos en los que se haya firmado con el autor un contrato específico de edición.

La difusión pública por cualquier medio (páginas webs, blogs, newsletter, repositorios universitarios, redes sociales...) de los trabajos publicados en *Actualidad Civil* deberá ser autorizada expresamente por LA LEY.

(1)

Este Debate se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado "Ejes de la Justicia en tiempos de cambio", del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00.