

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia

The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities, dated December 13th, 2006. A critical approach to its implementation within the Spanish law and its reflection in case law

MANUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN

*Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid*

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET

*Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid  
Abogado*

Recibido: 14.06.2023 / Aceptado: 07.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8084

**Resumen:** El presente trabajo aborda el sistema de apoyos a la discapacidad establecido tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, cuestionando la protección de las personas con discapacidad o trastornos extremos mediante el estudio de resoluciones judiciales recaídas en tres casos: síndrome de Diógenes, trastorno bipolar tipo I y esquizofrenia paranoide. Dicho régimen de apoyos trae causa de la recepción en nuestro Derecho de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y de la consiguiente modificación del Código Civil. También se plantean dos supuestos de autotutela en los que se respetó la voluntad de la persona con discapacidad expresada en escritura pública. Por último, se analiza el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En definitiva, se han analizado algunos de los efectos prácticos y retos inmediatos que suscita una norma de Derecho uniforme como es la Convención mencionada.

**Palabras clave:** Convención de Nueva York 2006, discapacidad, medidas de apoyo, trastorno mental, autocratela, Derecho uniforme.

**Abstract:** The present paper tackles the support measures system for people with disabilities established after Spanish Act 8/2021, June 2nd, questioning people's with disabilities or extreme disorders protection through the study of the case law issued in three cases: Diogenes syndrome, bipolar disorder type I, and paranoid schizophrenia. Said system arises from the reception in our Legal System of the Convention of New York, dated December 13th, 2006, and the consequent amendment of the Civil Code. Likewise, two self-guardianship cases are also raised in which the will of the person with disability, as stated in the public deed, was respected. Lastly, non-voluntary confinement for reasons of mental disorder is analyzed. In essence, some of the practical effects and immediate challenges that a uniform law such as the mentioned Convention raises have been analyzed.

**Keywords:** New York Convention 2006, disability, support measures, mental disorder, self-guardianship, uniform law.

**Sumario:** I. Aproximación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 1. Consideraciones generales. 2. Características, contenido y propósito. 3. Recepción en el Derecho español de origen interno. II. El régimen judicial de apoyos tras la Convención de Nueva York. 1. Elementos caracterizadores y principios jurisprudenciales. 2. La problemática específica de los trastornos extremos. A) Síndrome de Diógenes. B) Trastorno bipolar tipo I. C) Esquizofrenia paranoide. 3. Algunos supuestos de primacía de la voluntad del interesado. A) STS núm. 706/2021, de 19 de octubre. B) STS núm. 734/2021, de 2 de noviembre. 4. Hacia una regla general en materia de respeto a la voluntad de la persona. 5. Internamiento no voluntario de personas mayores de edad con discapacidad. III. Conclusiones.

## I. Aproximación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

### 1. Consideraciones generales

1. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención)<sup>1</sup>, forma parte del llamado proceso de humanización legislativa que han experimentado los legisladores supranacionales, europeos y nacionales quizá debido a, entre otras circunstancias, al hecho de que, según datos de Naciones Unidas (en adelante ONU o UN), aproximadamente 650 millones de personas presentan algún tipo de discapacidad, siendo así la minoría más representativa<sup>2</sup>. Se trata de un cambio radical y revolucionario en materia de derechos de las personas con discapacidad<sup>3</sup>. Ese proceso de humanización legislativa podría fundamentarse también en el hecho de que hasta el año 2006, prácticamente no existían tratados internacionales sobre protección de derechos humanos de las personas con discapacidad porque simplemente recogían el derecho a la no discriminación o solo contenían referencias tangenciales a la discapacidad<sup>4</sup>.

2. En España la Convención fue acogida por Instrumento de Ratificación dado en Madrid el 23 de noviembre de 2007<sup>5</sup>, publicada en el BOE el 21 de abril de 2008 y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Desde entonces contamos con una norma internacional de Derecho uniforme y vinculante, que ha ido viendo progresivamente su reflejo en diversas normas de Derecho español de origen interno. Junto a la Convención, también se ha ratificado el Protocolo Facultativo<sup>6</sup>, en el cual no vamos a entrar.

### 2. Características, contenido y propósito

3. Se trata del primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, cuyos principios rectores son el *in dubio pro capacitas* y la intervención mínima<sup>7</sup> y que ha supuesto un cambio en la forma de regular

<sup>1</sup> Puede consultarse el texto completo de la Convención, así como el Protocolo Facultativo en: UN. "Convention On The Rights Of Persons With Disabilities (CRPD)". [Consultado el 13/06/2023]. Acceso en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

<sup>2</sup> Algunos datos interesantes sobre la discapacidad y la Convención pueden encontrarse en: UN. "Frequently Asked Questions regarding the Convention on the Rights of Persons with Disabilities". [Consultado el 13/06/2023]. Acceso en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>.

<sup>3</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "Indubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones", *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 2021, p. 751.

<sup>4</sup> I. VIVAS TESÓN, "La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, nº 1, 2011, pp. 114-115.

<sup>5</sup> BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Referencia: BOE-A-2008-6963.

<sup>6</sup> BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008. Referencia: BOE-A-2008-6996.

<sup>7</sup> Estos principios derivan del espíritu general de la Convención y podemos centrarlos en los siguientes puntos. Primero, la letra n) del Preámbulo de la Convención dispone que los Estados Partes reconocen *la importancia que para las personas con*

la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se trata del hecho jurídico más importante en lo que se refiere a la protección internacional de la discapacidad, lo que ha supuesto una revolución en los Derechos de origen interno al obligar a incorporar un nuevo tratamiento de la discapacidad basada en el modelo social<sup>8</sup>. Dicho de otra forma, se ha pasado del tradicional sistema inclinado hacia el modelo de sustitución en la toma de decisiones<sup>9</sup> de la persona discapacitada al sistema de apoyos<sup>10</sup>.

4. En cuanto al contenido, abarca diversos aspectos de la vida de las personas discapacitadas como la accesibilidad o la vida política. Destaca la referencia expresa y separada a las mujeres (art. 5) y a los niños con discapacidad (art. 6). Debemos entender que, dentro de los diferentes colectivos, la Convención ha querido hacer hincapié en aquéllos como especialmente vulnerables y a modo de llamada de atención a los Estados Partes.

5. La trascendencia de la Convención no radicaría en la innovación respecto de su contenido, pues no establece derechos distintos de los ya reconocidos en otros instrumentos, sino que remarca que las personas con discapacidad deben tener acceso a los mismos derechos que el resto de personas<sup>11</sup>. Dicha trascendencia, por tanto, descansaría en el hecho de que se trata de un instrumento jurídico obligatorio, en contraposición a otros de la ONU en materia discapacidad que, siendo inspiradores de leyes y políticas, no tienen fuerza normativa<sup>12</sup>. Se trata de un pacto internacional preceptivo y vinculante que genera una serie de obligaciones. En la práctica, obliga a una profunda reforma de nuestro Derecho interno al objeto de adaptarlo a sus fines. Además, introduce un nuevo concepto de discapacidad<sup>13</sup> y contempla tanto medidas de no discriminación como medidas de acción positiva para tutelar a las personas con discapacidad<sup>14</sup>.

6. Por otro lado, la Convención ha venido a establecer la total igualdad en materia capacidad –entendida en sentido amplio<sup>15</sup>– de las personas con discapacidad, cualquiera sea ésta, en relación con

---

*discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Segundo, el art. 3. a) de la Convención consigna, entre los principios generales de la misma, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. Finalmente, el art. 12.4 del mismo cuerpo normativo indica que los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias [...] para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona [...].*

<sup>8</sup> R. DE LORENZO GARCÍA, “Prefacio”, en J. SÁNCHEZ-CARO / F. ABELLÁN, *Aspectos bioéticos, jurídicos y médicos de la discapacidad*, Madrid, Fundación Salud 2000, 2012, p. XVIII.

<sup>9</sup> En la regulación actual del Código Civil, con base en el art. 199, quedan sometidos a tutela únicamente los menores. Éstos pueden ser bien menores no emancipados en situación de desamparo, bien menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

<sup>10</sup> I. VIVAS TESÓN, “Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador”, *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, nº 2, 2016, p. 536. También, *vid.*, arts. 259 y ss. CC, relativos a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>11</sup> R. DE LORENZO GARCÍA, “Prefacio...”, *cit.*, p. XVIII. Sin embargo, el autor critica que, a pesar de la generosidad de la Convención en el tratamiento de aspectos sensibles de la discapacidad en cuestiones de salud, se tiene la sensación de un desentendimiento en su aplicación mediante políticas de inclusión implementadas por los Poderes Públicos.

<sup>12</sup> Dentro de esta categoría de instrumentos no vinculantes, aunque puedan considerarse relevantes, podemos encontrar la Estrategia de las Naciones Unidas para la inclusión de la discapacidad (2019), los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991), el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (1982); Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975) y la Declaración de los derechos del Retrasado Mental (1971).

<sup>13</sup> Con base en el art. 1 de la Convención, *las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*. Como puede verse de una lectura del precepto, se trata de un concepto amplio, pues se incluye cualquier tipo de discapacidad y se pone en relación con las posibles barreras que se puedan encontrar en su desarrollo dentro de la sociedad.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el art. 5 de la Convención establece el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación. Por otro lado, en diversos artículos contempla medidas de acción positiva para tutelar a las personas con discapacidad en diversos aspectos de su vida como el propio derecho a la vida (art. 10) o el acceso a la justicia (art. 12).

<sup>15</sup> La Convención contempla un concepto de capacidad jurídica con un significado técnico más amplio que en nuestro Derecho, pues abarcaría tanto la capacidad jurídica *stricto sensu* como la capacidad de obrar, pero sin confundirlas. No significaría que la capacidad de obrar haya quedado absorbida por la jurídica, sino que existe una capacidad legal genérica que incluye tanto

el resto de las personas. En consecuencia, quedan prohibidas las formas de discriminación cuyo fundamento sea la discapacidad en sí misma. Entre dichas formas, se han considerado las medidas representativas sustitutivas de la toma de decisiones, como la tutela<sup>16</sup>, que se han sustituido por medidas de apoyo asistencial, que no suponen ni sustitución ni representación. No se reemplaza la voluntad de la persona, sino que se le ayuda a que tome las decisiones por sí sola<sup>17</sup>.

7. Esa equiparación en materia de capacidad viene consagrada por el art.12, que establece el *igual reconocimiento como persona ante la ley* de las personas con discapacidad. Según el numeral segundo de dicho artículo, los Estados Partes reconocerán que *las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás [...]*. Sin embargo, no se considera ni el tipo de discapacidad (física o psíquica) ni el grado de la misma (nula, leve, moderada, grave y muy grave). Yendo más allá, no hay ninguna referencia en todo el texto de la Convención ni en su Protocolo a los diferentes tipos de discapacidad y sus grados, lo cual consideramos como un criterio esencial a la hora tanto de reconocer capacidad a una persona como de limitarla, complementarla o apoyarla. En cuanto a su propósito, éste busca promover, proteger y asegurar el pleno e igualitario goce de los derechos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y la promoción del respeto de su dignidad inherente. En fin, al contrario de lo que sucede en el Derecho Internacional Privado puro donde, en materias como la ley aplicable y la competencia judicial internacional, encontramos normas de la Unión Europea (en adelante UE) y convenciones internacionales que agotan prácticamente la materia que regulan, la Convención contiene unas previsiones excesivamente abiertas, muy interpretables, políticamente correctas y que parecen más bien un desiderátum que efectivos preceptos que deben ser cumplidos por los Estados Partes. De esta forma, se trata de una Convención de redacción y factura bonita más que de una norma de Derecho internacional uniforme que prescribe un determinado comportamiento para el sujeto al que va dirigida, siendo, en este caso, los Estados Partes.

### 3.Recepción en el Derecho español de origen interno

8. La raíz de la profunda reforma de nuestro Derecho interno a causa de la Convención descansa en el hecho de que impone a los Estados Partes la adopción de medidas en diversos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad y, entre otras obligaciones generales, *adoptar todas las medidas legislativas [...] para hacer efectivos los derechos reconocidos [...]* (art. 4.1. a), así como *tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad* (art. 4.1. b).

9. En esta labor de creación, reforma o derogación legislativa, se deberá contar con la participación de las organizaciones que les representan (art. 4.3). La Convención también se ocupa de salvaguardar aquellas disposiciones que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que preexistan en la legislación interna de los Estados Partes o en el Derecho Internacional vigente, es decir, la recepción de aquélla no supondría la desaparición y reforma de toda nuestra legislación, siempre que se trate de disposiciones facilitadoras, cuestión, por otro lado, no definida. Complementariamente, se insiste en que no se podrán restringir o derogar derechos y libertades preexistentes a la Convención bajo la justificación de que no se reconocen en aquélla o que se reconocen en menor medida, es decir, su recepción no puede tener un efecto restrictivo, derogatorio o limitativo.

---

la capacidad jurídica como la capacidad de obrar. En este sentido, *vid.*, R. LÓPEZ SAN LUIS, “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2020, p.119.

<sup>16</sup> Antes de la reforma operada en el CC por la Ley 8/2021, el régimen jurídico de la tutela venía regulado en los arts. 215-285 CC.

<sup>17</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “*Indubio...*”, *cit.*, pp. 751-752.

**10.** En cuanto al proceso de adaptación de nuestro Derecho a los instrumentos internacionales, la doctrina ha puesto de manifiesto el proceso tendente a eliminar discriminaciones en las normas<sup>18</sup>. En este sentido, se ponen como ejemplos la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Ley 26/2011)<sup>19</sup> y 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<sup>20</sup>. La Ley 26/2011 es la primera de las reformas de adaptación a la Convención<sup>21</sup> y supuso la modificación de diecinueve leyes internas en cuestiones muy diversas. Una segunda etapa de reforma la constituye la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV)<sup>22</sup>. Para algunos, la LJV fue el primer acercamiento real a los principios de la Convención, pues supuso la modificación de los procedimientos de incapacitación judicial<sup>23</sup>. En una tercera fase encontramos 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 (en adelante Ley 8/2021)<sup>24</sup>, que opera una reforma sobre ocho normas. Entre ellas, su art. 2 modifica el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)<sup>25</sup>, modificando, entre otras cuestiones, el Título IX del Libro Primero, referido antes a la incapacitación y ahora a la tutela y guarda de los menores. También se modifica el Título X del mismo Libro, referido antes a la tutela, la curatela y la guardia de menores o incapacitados y ahora a la mayor edad y la emancipación. Por último, se modifica el Título XI referido antes a la mayor edad y la emancipación y ahora a regular, por primera vez y como consecuencia de la ratificación de la Convención, las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

**11.** Sobre la Ley 8/2021 destacaríamos dos aspectos. Primero, con base en la Disposición transitoria 5ª, se establece la revisabilidad judicial de las medidas en materia de capacidad que se hubieren establecido con anterioridad a la citada ley, con la finalidad de adaptarlas a la misma. Esto supone que, para asegurar la implantación del régimen de la Convención, deben ser revisadas todas las tutelas y curatelas vigentes en el momento de entrada en vigor de la ley<sup>26</sup>. Segundo, con base en la Disposición transitoria 6ª, los procesos en curso relativos a la capacidad se regirán por lo dispuesto en la nueva ley, especialmente en cuanto al contenido de la sentencia, sin perjuicio de las actuaciones precedentes. Sin embargo, a pesar de las normas que se han visto modificadas por la Ley 8/2021, a fecha de hoy no se han modificado diversas leyes especiales. Entre ellas se encuentra 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 (en adelante la LAP). El problema radicaría en varios aspectos de la norma, como la regulación del derecho a la información asistencial (art. 4), la titularidad del derecho a dicha información (art. 5), así como en materia de límites del consentimiento informado y consentimiento por representación (art. 9). La LAP sigue haciendo referencia al paciente como no capaz, a las situaciones de incapacitación y a la representación legal del incapaz, en contraposición al sistema de apoyos actual y, por tanto, debe adecuarse a lo previsto por la Ley 8/2021<sup>27</sup>. También debe adecuarse, entre otros, el

<sup>18</sup> I. VIVAS TESÓN, "Discapacidad...", cit., p. 536.

<sup>19</sup> BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011. Referencia: BOE-A-2011-13241.

<sup>20</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Referencia: BOE-A-2013-12632.

<sup>21</sup> R. LÓPEZ SAN LUIS, "El principio...", cit., p. 122.

<sup>22</sup> BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-7391. El punto IV *in fine* del Preámbulo de esta norma indica que *se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.*

<sup>23</sup> Mª. C. GONZÁLEZ CARRASCO, "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho y Constitución*, nº 39, 2021, p. 221.

<sup>24</sup> BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. Referencia: BOE-A-2021-9233. Sobre esta norma, *vid.*, L. FONTESTAD PORTALÉS, "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", *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2021, pp. 408-411.

<sup>25</sup> GAZ núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

<sup>26</sup> STS núm. 589/2021, de 8 de septiembre, FJ. 3º.

<sup>27</sup> Mª. C. GONZÁLEZ CARRASCO, "La prestación...", cit., p. 221.

art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)<sup>28</sup>, relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, por razones similares a lo ahora comentado y que serán desarrolladas en este trabajo. En conclusión, aunque ya existía una correspondencia aceptable entre los presupuestos de la Convención y nuestro Derecho, se ha venido realizando una revisión íntegra y profunda para ajustar de forma exacta éste a los principios, valores y mandatos de aquélla. Por ello, diferentes sectores de nuestro Derecho se han reformado con base en la Convención con el objeto de armonizarlos a los dictados de la misma, si bien quedan diversas leyes especiales por adaptar.

## II. El régimen judicial de apoyos tras la Convención de Nueva York

12. Tras la Convención y la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se ha suprimido la tutela, salvo en los supuestos señalados por el CC<sup>29</sup>, y el sistema de protección de las personas con discapacidad ha concentrado principalmente en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo. Ahora bien, sin entrar en el contenido de la nueva regulación sobre dichas medidas, contenida en los arts. 249 y ss. CC, resulta de interés desarrollar sus elementos caracterizadores, así como sus principios jurisprudenciales, que deben ser tenidos en cuenta a partir de ahora y que derivan directamente de la ratificación de la Convención. Por otro lado, debemos cuestionar si, desde el punto de vista del sistema de apoyos, podemos considerar protegidas a las personas con discapacidad extrema que necesiten de una protección más intensa consistente en una auténtica representación, en línea con la previa configuración de la tutela.

### 1. Elementos caracterizadores y principios jurisprudenciales

13. Con base en los arts. 249 y ss. CC y 12 de la Convención, el régimen legal de provisión de apoyos presenta los siguientes caracteres (STS núm. 589/2021, de 8 de septiembre, FJ. 4º):

- Ámbito subjetivo: mayores de edad o menores emancipados necesitados de medidas de apoyo para el correcto ejercicio de su capacidad jurídica.
- Finalidad de las medidas: permitir el desarrollo pleno de la personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, deben estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona, así como en la tutela de sus derechos fundamentales.
- Prevalencia de las medidas voluntarias: solo procederán las medidas judiciales de apoyo en caso de ausencia o insuficiencia de medidas voluntarias.
- Innecesariedad de previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona.
- Provisión judicial de apoyos: se regirá por los principios de necesidad y proporcionalidad, respetará la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderá a su voluntad, deseos y preferencias.

14. Por otro lado, ante el nuevo marco normativo, consecuencia de la actual concepción social de la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, se ha consolidado una jurisprudencia que se fundamenta en los siguientes principios y que se derivan de la ratificación de la Convención (STS núm. 269/2021, de 6 de mayo, FJ. 2º.3):

- Presunción *iuris tantum* de capacidad: presunción de la capacidad de autogobierno de toda persona. Una conducta extravagante, inusual o desviada no es asimilable a la enajenación.

<sup>28</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.

<sup>29</sup> En el régimen jurídico anterior a la última reforma del CC, con base en su art. 222 estaban sujetos a tutela los menores no emancipados que no estuvieran sujetos a patria potestad, los incapacitados cuando la sentencia así lo hubiere establecido, los sujetos a patria potestad cuando hubiere cesado ésta, salvo que procediera la curatela, y los menores en situación de desamparo. En el régimen actual, el art. 200 CC contempla la tutela exclusivamente para menores no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad.

- Flexibilidad, revisabilidad y graduabilidad: el sistema de protección es adaptable en función de las necesidades concretas, pues situaciones diferentes exigen medidas individualizadas. No es ni rígido ni estándar.
- Aplicación restrictiva: la incapacitación<sup>30</sup> debe realizarse con base en un criterio restrictivo, pues limita derechos fundamentales. Una privación de derechos solo es posible como sistema de protección.
- No alteración de la titularidad de derechos fundamentales: la modificación de la capacidad no afecta a la titularidad de derechos fundamentales, si bien determina su forma de ejercicio.
- Interés superior de la persona con discapacidad<sup>31</sup>: principio axiológico para la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo. Se trata de un concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial en función del caso.
- Consideración de los deseos y sentimientos de la persona: se trata de una manifestación del derecho de autodeterminación, el cual exige para su realización la consulta a la persona. Se deberá asegurar que la voluntad manifestada no esté condicionada por la propia situación que justifica la necesidad de apoyos.
- Fijación de apoyos: es el resultado del paso de un sistema de sustitución en la toma de decisiones a otro basado en el establecimiento de apoyos para que la persona pueda decidir<sup>32</sup>. Se deben fijar apoyos y no sustituir la voluntad respetando los principios de *in dubio pro capacitas* y de intervención mínima.

15. Señalado lo anterior, hay situaciones en las que, por las deficiencias o enfermedades y, especialmente, en sus últimas fases o por sus características, se requiere adoptar mecanismos de protección más intensos y extensos con el objeto de sustituir la decisión de quien ya no puede prestarla por sí mismo (STS núm. 269/2021, de 6 de mayo, FJ. 2º.2). Dado que en aquel momento por dicho sistema de sustitución se aludía a la tutela y, como se dijo, ésta ha sido reservada a los menores en determinados casos, debemos plantearnos si, de acuerdo con el actual sistema de apoyos, sus características y principios, quedan protegidas las personas con discapacidad o trastorno extremo.

<sup>30</sup> El texto de la sentencia hacía referencia todavía a la incapacitación. Tras la modificación operada en el CC por la Ley 8/2021, deberemos entenderla como *modificación judicial de la capacidad*. Lo más asimilable a la tutela en el contexto normativo actual es la curatela con funciones representativas con base en el art. 269 CC. Sin embargo y como se verá en el apartado correspondiente del presente trabajo, una curatela representativa no suple por completo la voluntad de la persona.

<sup>31</sup> Este principio resultaría contrario a lo dispuesto por la Observación general Nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo. En su apartado 21 señala que cuando no sea *posible determinar la voluntad [...], la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad [...]”*. *Ello respeta [...] la voluntad [...] de la persona [...]. El [...] “interés superior” no es una salvaguardia [...] en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” [...].* Además, el apartado 27 señala que *la decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en [...] el “interés superior” objetivo de la persona [...], en lugar de basarse en su propia voluntad [...].* Acudiendo a un eufemismo rimbombante, la Observación sustituye el *interés superior* por la *mejor interpretación de la voluntad* e ignora por completo los supuestos de discapacidad o trastornos extremos –a los que no se hace ninguna mención en todo su texto– en los que el sujeto no puede formar una voluntad -ni a favor ni en contra- o bien expresa su oposición a cualquier ayuda, pues su propia discapacidad le impide ver la necesidad de ayuda. En estos supuestos, en los que es imprescindible integrar la voluntad de la persona, el interés superior se configura como un criterio orientador válido y que para nada colisiona con el actual régimen de apoyos, pues precisamente el interés superior de la persona perseguirá, sin duda, la mejor y más precisa integración de su voluntad, cara a su bienestar. En otras palabras, no hay mejor interpretación posible de la voluntad que la determinación precisa del interés superior. Por todo lo anterior, nos situamos en la línea del Alto Tribunal y consideramos el principio del interés superior de la persona con discapacidad como uno de los principios más relevantes para la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo.

<sup>32</sup> Anteriormente, se decía que el sistema de apoyos estaba integrado también por la tutela (STS núm. 282/2009, de 29 de abril), pero se ha optado por reservarla exclusivamente a los menores. Por tanto, en la actualidad la fijación de apoyos a las personas con discapacidad incluye: medidas voluntarias de apoyo (art. 254 CC), guarda de hecho (art. 263 CC), curatela (art. 268 CC) y defensor judicial (art. 295 CC).

## 2. La problemática específica de los trastornos extremos

16. Tanto la Convención como el sistema de apoyos se centran en la autonomía y voluntad de la persona, lo cual podría plantear problemas en supuestos de discapacidad o trastorno extremo en los que la persona no puede formar su voluntad –ni favorable ni negativa- o manifestar su oposición como consecuencia de la propia discapacidad o trastorno. La cuestión no es otra que plantearnos la posibilidad de sustituir la voluntad en estos casos, así como adoptar medidas de apoyo aun en contra de aquélla<sup>33</sup>.

17. Hay quien sostiene que, habiéndose equiparado plenamente a toda persona en cuanto a su capacidad jurídica, cualquier restricción o limitación substitutiva de la capacidad de las personas con discapacidad deberá ser considerada como un disfavor injustificado, contrario al *favor libertatis*, que deberá interpretarse restrictivamente<sup>34</sup>. Por otro lado, también se ha sostenido la necesaria matización de los principios de la Convención, pues el colectivo de las personas con discapacidad es heterogéneo, y se ha afirmado que aquélla está pensada para grados de discapacidad no extrema. Esta posición se refiere a graves enfermedades psíquicas y físicas, así como a personas ancianas, que prácticamente carecen de la capacidad de formar su voluntad. En estos supuestos dicha posición considera que no sería suficiente un mero apoyo, sino que procedería una representación<sup>35</sup>. Analizamos algunos ejemplos prácticos y las soluciones que se adoptaron en cada uno de ellos.

### A) Síndrome de Diógenes

18. En la ya famosa STS núm. 589/2021, de 8 de septiembre<sup>36</sup>, se plantea una sustitución no total de la voluntad. Se trata de un supuesto en el que la persona presentaba un trastorno de conducta por el cual acumulaba basura obsesivamente y con dejadez en cuanto a su higiene y alimentación, es decir, un síndrome de Diógenes. Los informes médico-forenses y de los servicios sociales, así como la exploración judicial, pusieron de manifiesto la absoluta ausencia de conciencia por la persona tanto del trastorno como de sus consecuencias, que le habían provocado una situación de aislamiento social total. Esta situación de degradación personal había afectado al ejercicio de su capacidad jurídica, así como a sus relaciones sociales, evidenciando la necesidad de medidas de apoyo. Éstas, tendentes en el caso concreto a garantizar un mínimo de higiene personal y salubridad en el hogar, debían contar con la voluntad de la persona afectada, teniendo en cuenta la nueva regulación.

19. Ahora bien, el Alto Tribunal consideró que, debido a la mencionada falta de conciencia y al rechazo a la asistencia, estaba justificado suplir su voluntad, con alguna duda al respecto. En principio,

<sup>33</sup> Desarrollamos este concepto en: F. B. LANGELAAN OSSET, “Algunas consideraciones sobre discapacidad extrema y autocuratela en el actual sistema de apoyos a la discapacidad”, en R. M<sup>a</sup>. MORENO FLÓREZ (Dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2022, p. 172.

<sup>34</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “*Indubio...*”, cit., p. 753.

<sup>35</sup> S. DÍAZ ALABART, “Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal”, en M. PEREÑA VICENTE / G. DÍAZ PARDO / M. NÚÑEZ NÚÑEZ (Coords.), *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 166-168.

<sup>36</sup> Son diferentes las resoluciones del Tribunal Supremo que han citado, considerado o aplicado la Convención. Pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: núm. 282/2009, de 29 de abril; de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4100); núm. 625/2011, de 21 de septiembre; núm. 504/2012, de 17 de julio; núm. 617/2012, de 11 de octubre; de 16 de octubre de 2012 (RJ/2012/9889); núm. 175/2013, de 6 de marzo; núm. 421/2013, de 24 de junio; núm. 619/2013, de 10 de octubre; núm. 487/2014, de 30 de septiembre; núm. 342/2014, de 1 de julio; núm. 698/2014, de 27 de noviembre; de 2 de diciembre de 2014 (RJ/2014/6242); núm. 235/2015, de 29 de abril; núm. 244/2015 de 13 de mayo; núm. 553/2015, de 14 de octubre; núm. 557/2015, de 20 de octubre; núm. 717/2015, de 18 diciembre; núm. 373/2016, de 3 de junio; núm. 216/2017, de 4 de abril; núm. 298/2017, de 16 de mayo; núm. 530/2017, de 27 de septiembre; núm. 552/2017, de 11 octubre; núm. 596/2017, de 8 de noviembre; núm. 597/2017, de 8 de noviembre; núm. 118/2018, de 6 marzo; núm. 146/2018, de 15 de marzo; núm. 465/2019, de 17 de septiembre; núm. 118/2020, de 19 de marzo; núm. 654/2020, de 3 de diciembre; núm. 304/2021, de 12 de mayo; núm. 706/2021, de 19 de octubre; y núm. 734/2021, de 2 de noviembre. En cuanto a los autos, *vid.*, de 21 de septiembre de 2016 (JUR/2016/201147); de 12 de febrero de 2020 (JUR/2020/56406); de 28 de septiembre de 2021 (JUR/2021/308157); y de 23 de noviembre de 2021 (JUR/2021/368682).

a la luz de la nueva normativa y, especialmente, teniendo en cuenta la Convención, la adopción y ejecución de dichas medidas debe contar con el consentimiento del interesado, asumiendo el curador una función de auxilio. Podría asumir funciones de representación solo para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando dicho consentimiento falte. En este punto el Tribunal identifica el auténtico problema. En el régimen impuesto por la Ley 8/2021 y por los principios de la Convención, tanto en la provisión como en la ejecución de las medidas de apoyo, se debe contar con la voluntad del interesado. Sin embargo, en el presente caso se dio su oposición absoluta y el Tribunal se planteó si podían acordarse igualmente dichas medidas.

**20.** La respuesta fue afirmativa, por cuanto entendió que la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de apoyos se produce si, entre otros, el interesado manifiesta su oposición, acudiendo entonces a un juicio contencioso (art. 42 bis b.5 LJV), lo que puede suponer que en éste se adopten las medidas en contra de su voluntad. Por otro lado, el Alto Tribunal delimita lo que supone atender a la voluntad del interesado. En este sentido, al prescribir el art. 268 CC que las *medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos [...] atenderán en todo caso a su voluntad [...]*, se refiere a que el juez debe recabarla y tenerla en cuenta, siempre que resulte posible. Sin embargo, lo anterior no significa que en todo caso deba seguirse, es decir, se trataría de una suerte de consulta preceptiva, pero no vinculante. Señala que, si bien atender a la voluntad del interesado supone, en la práctica, dar cumplimiento a lo que éste quiere, pueden existir casos en que no deba seguirse aquélla, sin que pueda determinarse de antemano cuáles, pues debe atenderse a las particularidades de cada caso.

**21.** En casos de trastorno grave como el presente, la oposición –frecuente en enfermedades mentales- es consecuencia precisamente del propio trastorno que lleva aparejado la falta de conciencia de la enfermedad, es decir, es el trastorno, que suscita la necesidad de ayuda, el que impide que la persona tenga conciencia de la situación, provocando una situación degradante e impidiéndole ver tanto su carácter patológico como la necesidad de ayuda.

**22.** Siguiendo al Alto Tribunal, el no establecimiento de apoyos bajo el argumento del respeto absoluto a la voluntad -en este caso manifestada en forma de oposición- sería un acto de crueldad social y de abandono, lo cual entendemos que equivaldría a la desprotección total de la persona, lo que, a su vez, iría en contra del espíritu y finalidad de la Convención. Señala que la provisión de apoyo *en estos casos encierra un juicio de valor [...] de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno [...], estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal*. Dicho de otra forma, se permite integrar la voluntad del sujeto para buscar su bien con base en el razonamiento de cómo habría actuado de estar completamente en condiciones de expresar su voluntad. Tras analizar el caso concreto, en la misma sentencia se indica que:

*[...] puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. El [...] art. 269 CC [...] remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación [...].*

**23.** En cualquier caso, el establecimiento de una curatela con funciones representativas es una medida revisable y, con todo, no excluye por completo la voluntad del interesado. De esta forma no se trataría de una suerte de curatela asimilable a la tutela. Así lo dispone la sentencia para el caso concreto, al señalar que las medidas serán revisadas semestralmente y que, a la hora de prestar el apoyo, *la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio [...] para asegurar el tratamiento [...]*. Lo anterior debería interpretarse en el sentido de que, aun tratándose de una curatela con funciones representativas, la curadora debe, en un primer momento, intentar recabar la voluntad del interesado, gozando de mayores facultades –reconocidas subsidiariamente- en caso de que éste no consienta y, claro está, teniendo siempre en cuenta los intereses y bienestar de aquél, así como la proporcionalidad.

**24.** Sobre la resolución ahora comentada se pueden realizar algunas observaciones adicionales. En primer lugar, el procedimiento se inicia a instancia de los vecinos de la persona con síndrome de Diógenes, que acuden al Ministerio Fiscal por olores molestos en una comunidad de vecinos de propiedad horizontal. Cabría preguntarse si, de haberse encontrado dicha persona aislada en una casa en una finca, chalet o similar, se habría procedido de la misma forma, es decir, si se habría instado el proceso para la provisión judicial de apoyos. Desde luego, los vecinos afectados tienen derecho a vivir en un entorno agradable y, sobre todo, salubre. Lo que buscamos poner de manifiesto es el auténtico interés subyacente en el caso de la sentencia analizada, el de los vecinos, muy legítimo, pero que no deja de evidenciar la desprotección de aquellas personas que viven aisladas, pues existe una elevada probabilidad de que nadie se preocupe de instar procedimiento de apoyo alguno.

**25.** En segundo lugar, la curatela con funciones representativas resulta problemática, pues del tenor literal del art. 269 CC en relación con el art. 249 CC y de acuerdo con la sentencia ahora comentada, dicha curatela no puede constituir una tutela de facto, sino que se deberá tener siempre en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona. También resulta problemática en relación con los principios de la Convención por los mismos motivos. Ello puede resultar especialmente complejo en supuestos como el expuesto -donde la persona se opone sistemáticamente a la ayuda- o en supuestos en los que la persona no pueda expresar su voluntad -quizá por el grado de avance de la enfermedad- y sea necesario que el curador asuma en la práctica funciones permanentes y generales de representación, surgiendo así una curatela asimilable a la tutela o tutela de facto, cuestión que, por otro lado, chocaría con las finalidades pretendidas por la Convención<sup>37</sup>. Los principios de intervención mínima y de autonomía deberían ceder ante supuestos de discapacidad extrema, siempre de forma proporcional a las circunstancias. En este sentido y como se decía sobre la incapacitación judicial, la curatela con funciones representativas debería limitarse a supuestos residuales y de discapacidades extremas en los que sea la única medida de protección, siendo realmente necesaria y beneficiosa<sup>38</sup>. De esta forma, se cumpliría la función rehabilitadora de la persona vulnerable que debe perseguir el Derecho Civil<sup>39</sup>, si bien implique una mayor limitación de su capacidad.

## **B) Trastorno bipolar tipo I**

**26.** Otra resolución relevante la constituye la SAP de La Coruña núm. 267/2021, de 20 de octubre, en el marco de un procedimiento sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona diagnosticada con trastorno bipolar tipo I. La sentencia de instancia había limitado parcialmente la capacidad, circunscrita al ámbito de la salud de la persona y a la prohibición del manejo de armas. Practicada la prueba en segunda instancia (entrevista del afectado, audiencia de familiares próximos y dictámenes médicos y psiquiátricos), la Audiencia Provincial, acudiendo al art. 269 CC, considera que no es necesaria ninguna medida de apoyo, pues la persona acude regular y voluntariamente al centro de salud, toma la medicación pautada, acude frecuentemente a consulta psiquiátrica y vive con su hermano, además de contar con otro pariente que reside cerca.

**27.** Hasta aquí la resolución de la Audiencia no presentaría objeción alguna. La cuestión problemática reside en el hecho de que a la persona afectada por el trastorno bipolar se le permite, o, mejor, dicho no se le restringe o limita de ninguna forma el manejo de armas. En este sentido, la resolución señala que:

<sup>37</sup> Una exposición detallada de estas ideas puede encontrarse en: F. B. LANGELAAN OSSET, “Algunas consideraciones...”, cit., pp. 172-173.

<sup>38</sup> I. VIVAS TESÓN, “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº 17, 2015, p. 592.

<sup>39</sup> Op. cit., p. 572. Apunta que el Derecho Civil tiene una función terapéutica o rehabilitadora de la persona vulnerable, que busca su recuperación e integración jurídica en la sociedad, maximizando el ejercicio de sus derechos.

*[...] la simple prohibición de manejo de armas no está permitida actualmente como medida de apoyo, así como que la [...] posibilidad [...] a que en un futuro pudiera producirse una descompensación no justifica, con la actual legislación, el sometimiento a ningún tipo de régimen de apoyo.*

**28.** La cuestión lógica que surge es qué podría ocurrir en un momento de recaída, crisis o descompensación, más aún cuando la propia resolución reconoce que los dos episodios críticos sufridos se ponen en relación con decisiones médicas de cambio de medicación o estrés laboral anormal. Si bien la persona es consciente de su enfermedad, sigue una pauta médica supervisada y cuenta con un entorno familiar cercano, no deja de ser problemática la cuestión de la posible tenencia de armas por parte de una persona diagnosticada con dicho trastorno mental, más aún si tenemos en cuenta los dos episodios críticos mencionados por circunstancias tan comunes en la vida de una persona como puede ser un cambio de medicación o una situación de estrés laboral. Una persona armada en uno de esos episodios puede ser un peligro para sí misma, para su entorno familiar inmediato y para cualquier persona que potencialmente pudiera encontrarse con ella. En concreto, el problema surgiría desde el inicio de uno de esos episodios y hasta que se consigue estabilizar a la persona, lo cual puede llevar varias semanas, si es que se actúa a tiempo.

**29.** Por otro lado, que actualmente siga sin problemas las pautas médicas y se encuentre acompañado de familiares, no quiere decir que en un futuro pueda dejar de ir a consulta o dejar la medicación, así como alejarse de sus familiares, por cualquier cuestión no necesariamente relacionada con su enfermedad. La cuestión aquí no es otra que la protección preventiva de la vida tanto de la persona afectada por el trastorno mental como la del resto de personas que la rodean y una privación del derecho a la tenencia de armas en este caso ni puede resultar contraria al art. 269 CC ni ser calificada de innecesaria o desproporcionada, por mucho que pudiera chocar con los principios derivados de la Convención. Siendo este un caso muy concreto, podemos afirmar que dicha tenencia no es ni para una persona con trastorno mental ni para cualquier otra un derecho vital o fundamental y, en un caso como este, parece más que razonable la prohibición judicial de su tenencia.

**30.** Con todo, en caso de querer obtener efectivamente la licencia de armas, el art. 3. m) del Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada (en adelante el Real Decreto)<sup>40</sup>, incluye entre las comprobaciones necesarias para la concesión del permiso de armas la inexistencia de trastornos mentales y de conducta. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Apartado XIII del Real Decreto establece que determinados trastornos mentales y de conducta pueden obtener el permiso de armas con una evaluación positiva psicológica y/o psiquiátrica, mientras que en otros no se admite dicha obtención en ningún caso. Dentro de aquéllos y, en concreto, de los trastornos del estado del ánimo, ni el trastorno bipolar tipo I ni el tipo II pueden obtener el permiso de armas. Tampoco en el caso de la esquizofrenia y trastornos esquizofreniformes, que serán tratados en el siguiente apartado, se puede obtener la licencia de armas. En conclusión, si bien la Audiencia Provincial no dispone por sentencia la prohibición del manejo de armas, el resultado será la denegación en vía administrativa del permiso, salvo que en un futuro esto también llegue a considerarse desproporcionado, injustificado y discriminatorio y se elimine o modifique el Apartado XIII. La sentencia es recurrible ante el Tribunal Supremo, por lo que tendremos que esperar a la posible resolución del recurso.

### C) Esquizofrenia paranoide

**31.** En la STS núm. 269/2021, de 6 de mayo, se dio un supuesto de esquizofrenia paranoide en el que destaca la transcripción completa de las conclusiones del informe del médico forense, que pueden

<sup>40</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1998. Referencia: BOE-A-1998-27866. El precepto en cuestión dispone que: *Artículo 3. Las pruebas de aptitud psicofísica tendrán por objeto comprobar que no existe enfermedad o deficiencia alguna que pueda suponer incapacidad para tener o usar armas, o para prestar servicios de seguridad privada, asociada con: [...] m) Trastornos mentales y de conducta.*

servir de criterios orientadores en casos similares. En ellas se pone de manifiesto que la persona presenta un trastorno de esquizofrenia paranoide, así como que se trata de un estado crónico y persistente. Con todo, la supervisión y ayuda de terceros no abarca todas las dimensiones de su vida, sino que en seis epígrafes se desgana actividad por actividad qué puede hacer de forma independiente y en qué supuestos necesita ayuda. En resumen, se considera necesaria la ayuda de terceros en relación con la administración de sus bienes, supervisión de la administración de la medicación, asistencia a consultas y seguimiento psiquiátrico. En este caso, la persona parece tener un autogobierno razonable.

**32.** Otro punto destacado de la resolución es que el único motivo del recurso de casación fue la constitución de la tutela por parte de la Audiencia Provincial a favor del hermano de la persona diagnosticada con el mencionado trastorno. El Alto Tribunal casa la sentencia de apelación y constituye una curatela ejercida por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Por último y dado que el resto de aspectos de la sentencia hay que considerarlos invariables, destacar que, junto al informe médico, las pruebas practicadas en la instancia fueron la audiencia de familiares próximos y reconocimiento personal judicial.

### 3. Algunos supuestos de primacía de la voluntad del interesado

**33.** Vistos varios supuestos en los que resultaba necesario alguna medida de apoyo, la siguiente cuestión está en determinar cuándo deben primar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, mediante dos ejemplos recientes de autotutela en la que dichos conceptos fueron respetados íntegramente<sup>41</sup>, lo cual representa la finalidad última de la Convención internacional que venimos estudiando.

#### A) STS núm. 706/2021, de 19 de octubre

**34.** En el presente caso la interesada había dispuesto por testamento que se nombrase como único tutor a uno de entre tres de sus seis hijos en un determinado orden de prelación excluyente. Además, se excluía expresamente tanto a los otros tres hijos como a cualquier asociación pública o privada<sup>42</sup>.

**35.** En primera instancia se declara la incapacidad de la persona y se designa como tutor a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. La sentencia es recurrida en apelación, siendo el punto discutido tal designación. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y, lejos de atender a la voluntad de la persona, con base en un conflicto entre los dos grupos de hermanos –tres por un lado y tres por otro- establece una tutela mancomunada. Para ello selecciona un hermano del primer grupo y otro hermano del segundo, habiendo sido éste último expresamente excluido por la testadora. La cuestión se revuelve, en primer lugar, en la STS núm. 465/2019, de 17 de septiembre, en la que el Tribunal señala que:

*la Audiencia constata [...] un conflicto entre hermanos, [...] constituyendo una tutela mancomunada en contra de los deseos de la otorgante [...]. Se hace referencia al conflicto [...] para prescindir de la voluntad [...] expresada en documento público notarial, y por esta razón, por sí sola no es suficiente, sino trasciende en contra del interés de la tutelada.*

<sup>41</sup> Dados los últimos cambios legislativos, por autotutela debemos entender ahora autocuratela y ésta se regirá por la nueva ley. En este sentido, el art. 271 CC dispone que *cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica [...], podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*. En el anterior régimen jurídico la cuestión venía regulada por el art. 234 CC.

<sup>42</sup> De acuerdo con la sentencia, la disposición testamentaria era del siguiente tenor: *Si fuera necesario el nombramiento de tutor es deseo de la testadora que se nombre a su hija Enma, en su defecto, Carlos Alberto, en su defecto, Carmen. En ningún caso es deseo que se nombre tutor a cualquiera de los otros tres hijos, ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar.*

**36.** La causa se devuelve a la Audiencia, que dicta una nueva sentencia en la que sigue los mismos argumentos que en la primera. El Alto Tribunal considera, en consecuencia, la argumentación de la Audiencia como pobre, contradictoria e injustificada, pues *la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona [...]*. En este sentido, se recuerda que el antiguo art. 234 del CC – ahora 272 CC- permitía prescindir de la designación realizada por el tutelado siempre que se dieran dos condiciones: 1ª. Concurrencia de circunstancias que lo justifiquen y 2ª. Que las circunstancias sean desarrolladas en la resolución judicial<sup>43</sup>.

**37.** La Audiencia aduce como motivo para no respetar la voluntad de la interesada el mencionado conflicto entre hermanos, pero el Tribunal Supremo considera que ello no supone la exteriorización de las razones necesarias que deben darse para no atender la voluntad de la persona. Insiste en que se trata de una argumentación pobre, insuficiente y desligada de las circunstancias del caso. Califica el argumento del conflicto entre hermanos como razonamiento inasumible, así como la invocación de la regla general del control institucional del ejercicio de la tutela mancomunada. Dado que considera la nueva sentencia de la Audiencia como carente de motivación por insistir en los mismos argumentos, el Alto Tribunal asume el conocimiento del caso.

**38.** Ya en la resolución final, es decir, la STS núm. 706/2021, de 19 de octubre, podemos extraer la regla general de cuándo debe ser respetada la voluntad de la persona. De esta forma, para prescindir de dicha voluntad, deben concurrir circunstancias graves que sean desconocidas por aquélla, o que las circunstancias contempladas al designar a la persona hayan variado, como indica el art. 272 CC. En aplicación de esta regla, el Alto Tribunal considera que en el caso no se dan tales circunstancias y que no proceden sistemas alternativos de curatela como la institucional o la mancomunada. Además, considera que el informe del equipo psicosocial, que es quien opta por la tutela institucional, no aporta elementos concluyentes para no atender a la voluntad de la persona. Por tanto, en aplicación del nuevo régimen jurídico derivado de la Convención, deja sin efecto la declaración de incapacidad, la sustituye por la fijación de medidas judiciales de apoyo y sustituye la tutela por una curatela.

## **B) STS núm. 734/2021, de 2 de noviembre**

**39.** En este caso también se declara la incapacitación en primera instancia y se constituye una doble tutela separada para los aspectos personales y otra para los patrimoniales. En segunda instancia, se desestima el recurso de apelación y se confirma íntegramente la sentencia.

**40.** La interesada, mediante instrumento público autorizado por notario, había manifestado que era su voluntad que el cargo de tutora lo ejerciese su hija. Al momento de realizar dicha manifestación, había sido diagnosticada con demencia –si bien poco avanzada- por lo que no se consideró la voluntad alterada. Tampoco quedó acreditado ningún tipo de manipulación externa. Además, la propia interesada reiteró esa misma voluntad en la exploración judicial. En consecuencia, nos encontramos ante la voluntad inequívoca de designar como tutor –ahora entendido como curador- a una hija en concreto, sin que existiera una enfermedad que anulase la capacidad de formar su voluntad o algún tipo de manipulación externa que la alterase.

**41.** Quizá el elemento definitorio en estos casos sea la superación del juicio notarial de capacidad, que parece erigirse en la piedra angular sobre la que asentar la prevalencia de la voluntad. En efecto, la sentencia indica que no concurren razones que avalen prescindir de la voluntad de la demandada disponiendo que:

---

<sup>43</sup> El actual art. 272 CC prescribe que, si bien la propuesta de nombramiento y las disposiciones voluntarias del interesado vinculan al juez, éste *podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.*

*[...] al superar el juicio de notarial de capacidad, [...] procedió a la designación de tutora [...], así como, posteriormente, se expresó de la misma forma, en la exploración judicial [...], en la que, con claridad y precisión, expuso, de forma coherente, las razones por las que quería que fuera su hija la que desempeñara tal cargo, por su mayor disponibilidad, atención y confianza [...].*

#### **4. Hacia una regla general en materia de respeto a la voluntad de la persona**

**42.** De las sentencias comentadas podemos intentar definir una regla general sobre la prevalencia de la voluntad de la persona, si bien admitiendo que estas situaciones deben analizarse caso por caso. De este modo, deberemos atender a la voluntad expresada por la persona, comprobando que no presente alteraciones por factores internos, como una enfermedad mental, que le impidan formar su voluntad, o manipulaciones externas provocadas por su entorno. En este sentido, si bien los informes médico-forenses y de otro tipo pueden constituir un punto de partida, parece que un elemento clave de comprobación lo constituye el juicio notarial de capacidad efectuado en el momento de la designación de curador al otorgar escritura pública, así como su posible reiteración o reafirmación en sede de exploración judicial. En consecuencia, superados estos controles y salvo supuestos de ausencia total de voluntad por existir oposición expresa o de ausencia de capacidad de formular aquella derivada del propio trastorno, debe seguirse en sus términos literales la voluntad expresada por la persona, sin perjuicio de que, como indica el art. 272 CC, el juez *podrá prescindir [...] de esas disposiciones [...] si existen circunstancias graves desconocidas por la persona [...] o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta [...].*

**43.** Solo en casos de discapacidad extrema o trastorno severo —si se prefiere— se debería sustituir la voluntad. Como hemos visto en uno de esos casos, la persona puede no ser consciente de su discapacidad o trastorno y de ahí venir, precisamente, su oposición. Es su propia situación la que le provoca una alteración de su percepción de tal intensidad que no puede reaccionar de otra manera que con la oposición a cualquier medida de ayuda pues, en definitiva, para la persona afectada no existe ninguna situación merecedora de la misma. Por otro lado, determinados trastornos severos también pueden resultar en la total incapacidad de la persona para poder formar una voluntad por sí misma, haciendo que no pueda manifestar ni su aquiescencia ni tampoco su oposición. En todos estos casos sería deseable suplir la capacidad en beneficio de la persona, pues no hacerlo equivaldría al abandono y a la desprotección total.

#### **5. Internamiento no voluntario de personas mayores de edad con discapacidad**

**44.** Como hemos visto, la reforma operada en nuestra legislación con motivo de la aplicación de la Convención objeto de estudio ha planteado muchos interrogantes no resueltos. Uno de los que nos parecen más importantes es la falta de reforma del denominado *internamiento involuntario*, figura crucial del tratamiento de las personas con discapacidad y cuya regulación ha planteado innumerables problemas en el pasado, tal y como han puesto de manifiesto tanto la doctrina como la jurisprudencia, y que todavía hoy se siguen produciendo, en gran parte por la indicada falta de respuesta por parte del legislador.

**45.** En aras de un mejor entendimiento, nos parece importante resaltar todos los elementos que configuran esta figura y que pueden ayudar a una mejor comprensión del problema. Uno de los derechos fundamentales comúnmente aceptados, es el derecho a la libertad, que viene reconocido en innumerables instrumentos legislativos de todo orden. En el orden internacional, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoce este derecho, al afirmar que: *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*, el cual se debe poner en relación con el art. 13 de la propia Declaración, que reconoce el derecho que tiene toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

46. En el mismo sentido se manifiestan distintas normas europeas; así, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente<sup>44</sup>, en su art. 5.1 indica que: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*; aún más, y en lo que aquí nos interesa, el propio instrumento reconoce como supuesto de privación de libertad el internamiento, conforme a derecho, *de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo*. Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010<sup>45</sup>, en su art. 6, establece que *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*, incluyendo, en el art. 25 una especial referencia a las personas mayores, reconociendo el derecho de las mismas a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

47. Toda esta normativa se ve refrendada y recogida en nuestro Derecho interno en el art. 17 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE)<sup>46</sup>, que reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad.

48. En lo que hace referencia a las personas dependientes o con ciertas discapacidades, la la Convención, reconoce en el art. 18 el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, indicando en el art. 14 que no pueden ser privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad debe realizarse de conformidad con la ley, así como que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad.

49. Del mismo modo, y por lo que se refiere a nuestro Derecho interno, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>47</sup>, reconoce, en su art. 4.2. g), el derecho de las mismas a decidir libremente sobre su ingreso en un centro residencial y al *ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio*, en el art. 4.2.h).

50. Centrándonos en nuestra legislación patria y, específicamente en el tema que nos ocupa, debemos hacer especial mención de toda aquella normativa que, en los últimos años, ha regulado la institución del internamiento, todo ello, sin pretender ser exhaustivos.

51. De todos es sabido que la aprobación de nuestra CE provocó lo que podríamos considerar un verdadero *tsunami* de reformas legislativas, especialmente en el orden civil. Ejemplo de ello es la reforma que en 1983 se realiza del CC en materia de tutela. Fruto de la misma, el nuevo art. 211 establece:

*El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.*

*El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.*

*Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269, 4.º, el Juez, de Oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento.*

<sup>44</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Referencia: BOE-A-1979-24010).

<sup>45</sup> DOUE núm. C 83, de 30 de marzo de 2010.

<sup>46</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 Referencia: BOE-A-1978-31229.

<sup>47</sup> BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006 Referencia: BOE-A-2006-21990.

**52.** Son varios los problemas que esta legislación planteó y que han sido señalados por la doctrina: así por ejemplo, NAVARRO-MICHEL señala que, en muchas ocasiones la exigencia de previa autorización judicial era soslayada mediante acuerdos entre los responsables de los Centros y los propios familiares de los ancianos<sup>48</sup>. GUTIÉRREZ BERLINCHES, plantea como problemas fundamentales, entre otros, que:

*no estaba prevista expresamente la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, ni la audiencia a otras personas o familiares; tampoco se disponía nada acerca de la representación y defensa del afectado por la medida; establecía un sistema más rígido de seguimiento y alta del paciente, pues era el juez el que instaba la recepción de los informes periódicos [...]*<sup>49</sup>.

**53.** Con posterioridad, la aprobación de la nueva LEC supuso una gran alteración de la figura del internamiento. El efecto principal de esta reforma, en lo que aquí nos interesa, es derogar, entre otros, el art. 211 CC, quedando a partir de entonces regulado el internamiento involuntario en el art. 763<sup>50</sup> de la norma procesal. En su nueva redacción, el artículo en cuestión establece que: *El internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí [...], requerirá autorización judicial [...]*.

**54.** Desde este punto de vista, podemos establecer en el art. 763 LEC dos tipos de internamiento involuntario:

- Internamiento ordinario: Exige autorización judicial, que debe ser previa al ingreso del sujeto en el Centro correspondiente.
- Internamiento urgente: aquél que es adoptado sin previa autorización judicial por razones de urgencia, pero que debe ser ratificado por el órgano jurisdiccional competente con posterioridad; en este caso, el responsable del Centro ha de poner en conocimiento del Juzgado competente (recordemos que según la propia norma procesal se trata del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento) esa situación. En concreto y, en todo caso, esa puesta en conocimiento ha de realizarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso. Y todo ello para que el juzgador, en un plazo de setenta y dos horas desde que tenga conocimiento del mismo, lo ratifique o no.

**55.** Al tratar el internamiento involuntario urgente, surgen cuestiones importantes a las que debemos atender; por un lado, creemos importante resaltar, que, a pesar de las últimas reformas legislativas producidas en el ámbito de la discapacidad, esta materia no se ha visto alterada. En efecto la tan conocida Ley 8/2021, a pesar su importancia y amplitud no ha reformado el art. 763 LEC, por lo que la institución del internamiento involuntario sigue intacta.

**56.** Además, debemos atender a cuál es la finalidad última de la redacción aún vigente, o lo que es lo mismo, en qué supuestos es realmente aplicable el art. 763. Para NAVARRO-MICHEL<sup>51</sup>, *La norma está*

<sup>48</sup> M. NAVARRO-MICHEL, “El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. Rev. Bioética y Derecho. 2019. [Consultado el 06/06/2023]. Acceso en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872019000100016&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000100016&lng=es&nrm=iso), pp. 231-251.

<sup>49</sup> A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, “Envejecimiento, discapacidad, trastorno psíquico e internamiento no voluntario de personas mayores de edad”, en J. BANACLOCHE PALAO (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 152.

<sup>50</sup> Como es de todos conocidos, la redacción de este art. 763 LEC provocó en su momento un intenso debate que coronó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de gran parte del párrafo primero de este artículo. En la misma el Alto Tribunal estableció que *la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, en tanto que constitutiva de una privación de libertad [...] sólo puede regularse mediante ley orgánica*. Como sabemos, esta declaración no supuso la derogación automática de este precepto, sino que el carácter orgánico le vino dado a través del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-8222).

<sup>51</sup> M. NAVARRO-MICHEL, “El ingreso involuntario...”, cit., p. 235. Del mismo modo GUTIÉRREZ BERLINCHES, para quien *la finalidad originaria del precepto [...] era dar respuesta a situaciones desvinculadas de la incapacitación y sus causas; es decir, se trataba de ofrecer cobertura legal a la restricción de la libertad en casos en que no está en duda la capacidad de obrar del*

*concebida para someter a control judicial los internamientos involuntarios de personas que padecen una enfermedad mental y necesitan con urgencia un tratamiento médico, es decir, que se trataría de un internamiento por razón de un trastorno psíquico, que tiene un marcado carácter temporal y cuya finalidad es terapéutica. En un sentido parecido se manifiesta la jurisprudencia; así, la STS núm. 4/2016, de 26 de enero:*

*la autorización de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico constituye una medida acordada fundamentalmente para la protección de la persona afectada, que necesita recibir tratamiento psiquiátrico en régimen de internamiento para satisfacer su derecho a la salud y para protegerle, a ella y a las personas de su entorno, en un momento en que por los efectos del trastorno psiquiátrico no está en condiciones de decidir.*

**57.** Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en distintas resoluciones ha hecho referencia a este tema; así, la STC 141/2012 de 2 de junio estableció que el art. 763 LEC configura, como presupuesto objetivo del internamiento, *la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la urgencia o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección*; del mismo modo y como requisito necesario impone la existencia de *un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato*, y ello porque, si bien es cierto que el propio responsable médico de la institución puede tomar la decisión de proceder al internamiento, *es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.*

**58.** De todas formas, existe una corriente que entiende que la aplicabilidad de este precepto no se circunscribe a los supuestos apuntados, sino que tiene una fuerza expansiva; en este sentido, el AAP de La Coruña núm. 104/2011, de 15 de septiembre, que en un caso relativo al control judicial de un internamiento ya realizado en un centro residencial, estableció, *no consideramos que sea, en estos casos, el dato decisivo o determinante la denominación o tipo de centro en que la persona se encuentra o va a ser ingresada, sino si se halla en un régimen cerrado, carente de su capacidad de deambulación, con sus movimientos limitados en el recinto en donde habita, así que no se cuente con su consentimiento que no esté en condiciones para prestar uno consciente y libre*, indicando con posterioridad, *que en tales supuestos se debe aplicar el régimen del art. 763 de la LEC, único que prevé nuestra legislación para los casos de ingresos de quien no “esté en condiciones de decidirlo por sí”<sup>52</sup>.*

---

*sujeto afectado, aunque exista un trastorno psíquico, como pudiera suceder en casos de anorexia, un brote psicótico, una crisis aguda paranoide, o la presencia de ideaciones suicidas; en los que para proteger la vida del afectado o la de sus familiares y allegados, se precisa de un internamiento que no es consentido por el sujeto y -generalmente- con la finalidad de recibir un tratamiento terapéutico o farmacológico de carácter temporal. En este sentido, vid., GUTIÉRREZ BERLINCHES, “Envejecimiento...”, cit., pp. 153-154.*

<sup>52</sup> Se ratifica esta Audiencia en su argumentación en dos Autos de 2020; en concreto los números 31 y 32, ambos del 17 de marzo. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), en Auto núm. 142/2020 de 25 de septiembre, establece: *Considerando las circunstancias concurrentes en el presente supuesto se concluye la procedencia de que, siendo el internamiento no voluntario una clara limitación de la libertad personal, constitucionalmente consagrada, la exigencia de autorización judicial sea predicable no sólo cuando exista padecimiento o trastorno psíquico, sino también cuando se trata de una persona que, por sus limitaciones intelecto-volitivas, no puede prestar su consentimiento, sin que sea preciso que el ingreso tenga una finalidad terapéutica, curativa o de tratamiento temporal de la enfermedad, sino asistencial e indefinida en un centro de tal naturaleza, como acontece con las residencias de ancianos o de personas que, por sus discapacidades o limitaciones, necesitan la permanente y continuada atención de terceras personas para cubrir sus necesidades elementales, que no pueden ser satisfechas por sus parientes más próximos fuera del entorno residencial. Añadiendo más adelante que: El trastorno psíquico a que se refiere el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a aquellas deficiencias o patologías que padecen numerosas personas, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, la enfermedad de Parkinson y otras alteraciones caracterizadas por el deterioro de la memoria, la reducción del control emocional o de la motivación, y la disminución de la capacidad cognoscitiva. No hay razón objetiva para no hacer extensivas a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías del mentado art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

**59.** Frente a esta opinión, encontramos resoluciones de otras Audiencias Provinciales que niegan esta posibilidad; importante nos parece el AAP de Orense núm. 54/2022, de 11 de marzo. En el mismo, y tras citar resoluciones del Constitucional y del Supremo, entiende, en el Fundamento de Derecho Tercero:

*Tras 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, los argumentos en contra de la utilización, al menos de forma generalizada, del procedimiento del art. 763 de la LEC para autorizar el internamiento en centros asistenciales de personas de edad avanzada con deterioro cognitivo son, si cabe, más contundentes al suprimirse cualquier declaración judicial de modificación de capacidad. Tras la reforma no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona, solo la provisión de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad precise para el ejercicio de su capacidad jurídica.*

**60.** Argumenta seguidamente que no sólo la aplicación del principio de intervención mínima que inspira la propia ley, sino también el carácter netamente subsidiario que reconoce a las medidas de apoyo que se puedan adoptar, impiden apostar por la vía del art. 763.

**61.** En este punto creemos necesario analizar cuáles son las vías que se abren para poder solicitar el ingreso en situaciones en las que parece que no cabe acudir a la vía del art. 763 LEC. El propio Auto anuncia algunas de ellas; en los casos en los que exista un guardador de hecho, la propia Ley 8/2021 remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria para que el propio guardador pueda solicitar el ingreso en una residencia geriátrica de tipo asistencial. En este sentido el art. 264 CC establece que *Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad; añadiendo el párrafo segundo que: En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287, entre los que debereamos entender incluido el internamiento en centro geriátrico.*

**62.** Para el supuesto en que la persona carezca de guardador de hecho, habrá que nombrar un curador, tal y como se establece en el CC. Teniendo en cuenta además que la vía a utilizar será la establecida en el art. 42 bis b) LJV<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Artículo 42 bis b) Procedimiento. 1. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia. 2. Admitida a trámite la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia, este convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación aquellas diligencias de prueba que consideren necesario practicar en la comparecencia. También se recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas. La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso. 3. En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

4. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente. 5. La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta

**63.** Existe otro supuesto que indica el propio Auto y que nos parece interesante destacar; se trataría del caso en que la persona con discapacidad se encuentre desasistida; para este supuesto propone la utilización, como medida cautelar, del art. 762 LEC que sí ha sido reformado por la Ley 8/2021. Según éste:

*1. Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria.*

*2. El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.*

*Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento.*

*3. Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.*

**64.** Punto importante que debemos considerar, y que ha sido largamente discutido, es el de la posible *convalidación* del internamiento realizado sin cumplir las exigencias establecidas en el art. 763 LEC. En efecto, son muchas las resoluciones en las que los distintos tribunales han decidido sobre internamientos que, no son voluntarios, puesto que la persona ingresada, o bien no dio su consentimiento, o bien no podía darlo por carecer de capacidad suficiente, pero tampoco se han respetado los requisitos del supuesto de la involuntariedad, al no exigir ni la declaración judicial previa ni la comunicación posterior en tiempo y forma<sup>54</sup>.

**65.** Respecto a este supuesto, nos parece primordial analizar la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, y que se concentra en varias sentencias de 2016. Así, la STC núm. 34/2016, de 29 de febrero, estableció:

*En relación al internamiento involuntario urgente por trastorno psíquico, señalamos en la misma STC 141/2012, FJ 4, que «en este supuesto el legislador permite excepcionalmente y por “razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin». Que, por tanto, «[s]e configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la “urgencia” o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad.*

**66.** Continúa el Alto Tribunal aclarando que el plazo de veinticuatro horas del que dispone el encargado del Centro es improrrogable, como así mismo lo es el de las setenta y dos horas que se conceden al órgano judicial para ratificarlo o no; añadiendo que:

*Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecu-*

---

*días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso. No se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.*

<sup>54</sup> Recordemos que, para este último supuesto, el art. 763 LEC requiere una comunicación al juez en las veinticuatro horas siguientes al internamiento y que éste debe ratificarlo, si fuera menester, dentro de las setenta y dos horas desde que se recibió la comunicación.

*tarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE.*

**67.** En el caso de personas con una enfermedad prolongada en el tiempo y que no tiene visos de curación, no se trataría realmente de un internamiento urgente, por lo que la vía que propone es la declaración de su discapacidad:

*e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC.*

**68.** En conclusión y como establece el Alto Tribunal:

*no resulta posible hablar de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3, puede ser el «centro» al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad). No cabe «regularizar» lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE).*

**69.** En otra Sentencia<sup>55</sup>, el propio Tribunal establece que, en los casos de personas que carecen de capacidad para consentir y que ya están ingresadas sin que se haya producido la preceptiva autorización judicial, tal y como establece el artículo 762 LEC, es necesario solicitar el inicio de oficio del procedimiento para la incapacitación y, en aras a una mejor protección del presunto incapaz, debe acordarse por el juzgado el ingreso ya realizado, por el tiempo en el que se tramite el referido procedimiento de incapacitación.

### III. Conclusiones

**70.** La Convención internacional objeto de estudio, así como la jurisprudencia recaída bajo sus principios, dibujan un nuevo panorama en la protección de personas con discapacidad a través de un auténtico tratado o norma de Derecho uniforme que es de carácter obligatorio. Sin embargo, aun teniendo tal carácter, se trata de una convención redactada en términos muy amplios y generales que ofrece una serie de guías y principios orientadores más que una regulación completa o casi completa sobre la materia, como sí se da en otros tratados o normas tanto de Derecho Internacional Privado (p. ej. el popularmente conocido como Reglamento Bruselas I bis) como de Derecho Internacional Público (p. ej. la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

**71.** En este sentido, la Convención recuerda a una Directiva de la UE, que simplemente fija una obligación de resultado y unos mínimos, pero que necesita de transposición en cada Estado, lo cual puede conducir a eventuales normativas dispares, más que a un auténtico tratado internacional obligatorio para los Estados Partes y sin que éstos puedan regular la materia comprendida por aquél o bien regulando cuestiones muy residuales y más bien propias de la esfera del Derecho nacional de producción interna. Lo anterior vendría demostrado por el hecho de que la legislación interna española se está adaptando

<sup>55</sup> STC núm. 132/2016, de 18 de julio de 2016.

a la Convención cuando, de tratarse de un auténtico tratado o convención internacional, lo que sería necesario hacer es derogar o inaplicar cualquier norma interna que entre en contradicción con aquél.

**72.** Por otro lado, no consideramos pertinente la ratificación de la Convención, pues ya existían normas relativas a los derechos de las personas con discapacidad. Partimos del art. 14 CE y de la legislación previa a la Ley 8/2021 que hemos comentado en el trabajo. Si se quería dotar de mayor o mejor protección a las personas con discapacidad, lo acertado hubiese sido realizar una revisión de las normas que les afectasen para actualizarlas y adecuarlas a sus necesidades, no ratificar una convención de contenido más bien genérico y orientativo necesitado de adaptación y desarrollo por el Derecho interno. La Convención ni es tan novedosa como parece, pues no contempla derechos distintos de los ya previstos por los sistemas jurídicos modernos, ni viene a salvar a los Derechos nacionales por carecer de protección específica para las personas con discapacidad.

**73.** La siguiente cuestión es la profunda reforma en materia de capacidad que se ha llevado a cabo a raíz de la ratificación de la Convención. En este sentido, la tutela ha quedado reservada a los menores y se ha establecido un sistema de apoyos a las personas con discapacidad. Sin embargo, esta regulación podría plantear problemas en supuestos de discapacidad extrema, como hemos visto, y no queda claro si se solucionarían mediante una curatela con funciones representativas que, en cualquier caso, deberá intentar recabar la aquiescencia de la persona. Por tanto, no nos encontramos ante una curatela asimilable a la tutela. Más bien ante una curatela en la que, no pudiendo obtener el consentimiento de la persona, se pueden ejercer subsidiariamente facultades representativas, con los requisitos apuntados en el trabajo. Dicha curatela con funciones representativas no termina de satisfacer el grado de protección que se podría alcanzar con una tutela como la prevista por la legislación anterior a la reforma de 2021. Además, una curatela que en la práctica funcionase como una auténtica tutela vendría a vulnerar los principios de la Convención que hemos mencionado.

**74.** Por otro lado, existen supuestos en los que se debe respetar la voluntad de la persona cuando, en documento público otorgado ante notario, el otorgante ha designado como tutor a una determinada persona. Nos referimos a la autocuratela, que vinculará a la autoridad judicial, salvo que existan circunstancias graves desconocidas por el otorgante o alteraciones en las circunstancias manifestadas o que tuvo en cuenta en sus disposiciones. Debemos comprobar que no presente alteraciones por factores internos –como su propia discapacidad– que le imposibilite formar una voluntad, o manipulaciones externas de la misma. Por tanto, salvo en estos casos, no será admisible otra forma de autocuratela que la consignada por el otorgante en escritura pública, constituyendo el juicio notarial de capacidad y los informes médico-forenses, de servicios sociales y de otro tipo, como elementos relevantes de comprobación de la existencia y validez de dicha voluntad.

**75.** De todo lo visto hasta en relación con el internamiento no voluntario ahora podemos entresacar algunas conclusiones que nos sirvan como colofón a esta parte del trabajo.

**76.** Es indudable que la ausencia de reforma del art. 763 LEC en consonancia con la realizada en otros artículos de la propia Ley procesal y de las demás normas sustantivas, ha dejado abierto un problema que debería haberse cerrado oportunamente. El contenido de este precepto no satisface plenamente los distintos intereses concurrentes. Recordemos que su aplicabilidad se circunscribe a los supuestos en los que existe un trastorno psíquico diagnosticado; que se produzca una situación urgente que requiera el internamiento (lo que podríamos considerar un *brote* de la enfermedad); que esa urgencia lleve a no solicitar el pertinente permiso judicial previo; que se notifique en un plazo máximo de veinticuatro horas al juzgado correspondiente; que éste ratifique o deniegue el mismo en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que tenga conocimiento del internamiento; que en este último plazo debe oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal, a cualquier otra persona que estime conveniente y al propio afectado, además de al facultativo que designe el propio afectado. En definitiva, nos encontramos con un procedimiento en el que los plazos establecidos constriñen en el tiempo la posible actuación del juzgador.

77. Además, se plantea el problema de los internamientos de personas mayores en centros geriátricos. Se trata de un tema controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tal y como hemos podido ver con anterioridad. Son muchas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que se muestran reacias a solicitar la autorización judicial para este tipo de ingreso, aunque chocan frontalmente con la interpretación que en este sentido ha realizado el Tribunal Constitucional en las sentencias que hemos tenido la oportunidad de analizar. Sería conveniente que se regulara y se aclarara cuál es la vía para poder solicitar el internamiento en centros geriátricos de personas con discapacidad que no se encuentren con medidas de apoyo.

78. Por otro lado, nos encontramos con el problema de la posible *convalidación* o *ratificación* de un internamiento que ya se ha producido y sobre el que no ha existido ninguna decisión judicial. Existen opiniones divergentes sobre la posible solución: desde quienes abogan por tal convalidación siguiendo la vía del art. 763 LEC, hasta los que como el Tribunal Constitucional entienden que sería necesario pedir la medida cautelar de internamiento vinculada a un proceso de modificación de capacidad, pero con la persona en libertad.

79. En definitiva, abogamos por una reforma en profundidad de esta institución que aclare todos los problemas que hemos planteado.