

El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad

Celia Prados García

Prólogo de María Paz García Rubio

DYKINSON

EL INGRESO INVOLUNTARIO
EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

EL INGRESO INVOLUNTARIO
EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Celia Prados García

Prólogo de María Paz García Rubio

DYKINSON
2023

Publicación financiada por:

Proyecto (P20_01134) Historia del Estado español en perspectiva comparada (1923-1983). Retos de la sociedad andaluza: sociedades inclusivas, innovadoras y reflexivas, Consejería de Conocimiento, Investigación y Universidad de la Junta de Andalucía.

Proyecto “La guarda de hecho desde la perspectiva jurídico-social de la discapacidad”. Convocatoria del Plan Propio de Investigación 2022. Modalidad 2. Formación y Promoción de Recursos Humanos. Submodalidad 2.6. UCOIMPULSA de la Universidad de Córdoba.

Extravagantes, 15

ISSN: 2660-8693

© 2023 Celia Prados García

© 2023 María Paz García Rubio, para el prólogo

Editorial Dykinson

c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Tlf. (+34) 91 544 28 46

E-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1122-975-3

Depósito legal: M-4821-2023

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/36605>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

*A mi padre, por mostrarme el camino.
A José Juan, por recorrerlo conmigo.
A Lara y a Pepe, por convertirlo en una aventura.*

LISTA DE ACRÓNIMOS

AAP	Auto Audiencia Provincial
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADPCO	Archivo de la Diputación Provincial de Córdoba
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil Catalán
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CGC	Comisión General de Codificación
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CHPA	Convenio de la Haya de protección de adultos de 2000
CND	Consejo Nacional de la Discapacidad
CP	Código Penal
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DIDDM	Clasificación de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

- LAJG Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita
- LAPD 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
- LBAPIDC Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- LEC Ley de Enjuiciamiento Civil
- LH Ley Hipotecaria
- LJV Ley de Jurisdicción Voluntaria
- LO Ley Orgánica
- LOREG Ley Orgánica de Régimen Electoral General
- LRC Ley del Registro Civil
- OMS Organización Mundial de la Salud
- ONU Organización de Naciones Unidas
- SAP Sentencia Audiencia Provincial
- SJPI Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional
- STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- STS Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TAI Tratamiento Ambulatorio Involuntario
- TC Tribunal Constitucional
- TS Tribunal Supremo

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	15
PRÓLOGO de María Paz García Rubio	17
INTRODUCCIÓN	23
I. EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD	
1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	29
1.1. La perspectiva social de la discapacidad	39
1.2. Mecanismos de control y aplicación del tratado	43
1.3. Modelos antagónicos en el marco internacional	48
2. ADAPTACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO INTERNO A LA CON- VENCIÓN	59
2.1. Evolución de la reforma civil en materia de discapacidad	59
2.2. Aspectos generales de la LAPD	66
2.2.1. Ámbito de aplicación	74
2.2.2. El respeto a la voluntad de la persona en detrimento del criterio del mejor interés	75
2.2.3. Derecho al apoyo y a su renuncia	82
2.2.4. Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad de los apoyos	86
2.2.5. La persona en su integridad	88
2.2.6. La sustitución en la toma de decisiones	89
2.2.7. Establecimiento de salvaguardias	90

2.2.8. Las medidas de apoyo	92
2.2.8.1. Las medidas voluntarias	97
2.2.8.2. La guarda de hecho	103
2.2.8.3. La curatela	110
2.2.8.4. El defensor judicial	116
2.2.9. Repercusión de la reforma en otros ámbitos	118
2.2.10. El régimen transitorio de la LAPD	124
2.3. Cuestiones no resueltas por la reforma	126
II. EL INGRESO INVOLUNTARIO COMO MÁXIMO EXPONENTE DEL MODELO MÉDICO-REHABILITADOR DE LA DISCAPACIDAD	
1. DEL SUBMODELO DE LA MARGINACIÓN AL MODELO MÉDICO-REHABILITADOR	131
1.1. El submodelo de la marginación en el contexto de la beneficencia	131
1.2. El submodelo de la marginación en el desarrollo de la psiquiatría	135
1.2.1. El criterio jurídico	135
1.2.2. El criterio médico	141
1.3. El modelo médico-rehabilitador	147
2. EL PARADIGMA VIGENTE EN LOS INGRESOS INVOLUNTARIOS CIVILES	155
2.1. Ámbito de aplicación del art. 763 LEC	158
2.2. Procedimiento del ingreso involuntario ordinario	163
2.2.1. Legitimación activa	163
2.2.2. Competencia territorial	164
2.2.3. Representación y defensa	165
2.2.4. Dictamen del facultativo	166
2.2.5. Examen personal y audiencia	168
2.2.6. Otras diligencias	169
2.2.7. La autorización judicial	171
2.3. Procedimiento del ingreso involuntario urgente	174
2.4. Garantías de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad durante el internamiento	178
2.4.1. Utilización de contenciones	179
2.4.2. Tratamientos involuntarios	185
2.5. Críticas a la regulación y aplicación del internamiento involuntario	187

III. EL INGRESO INVOLUNTARIO EN EL CONTEXTO DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

1. UN MODELO INCOMPATIBLE CON LA CDPD

1.1. Lo que España no ha hecho a pesar de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	197
1.1.1. Intentos de adaptación del ordenamiento jurídico fallidos	202
1.1.2. Compromisos, propósitos y retos del Estado español	205
1.2. Aplicación e interpretación del art. 763 LEC tras la entrada en vigor de la LAPD	206
1.3. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	209
1.4. Más allá de lo jurídico	215
1.4.1. Un sistema de salud mental basado en el modelo social de la discapacidad	215
1.4.2. Se necesita un cambio de conciencia social	217

BIBLIOGRAFÍA	221
DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS	250
INFORMES	251
FUENTES DOCUMENTALES	252
RESOLUCIONES JUDICIALES	253

AGRADECIMIENTOS

La última fase de redacción de este libro coincide con el cierre de una etapa de mi carrera investigadora especialmente complicada, aunque la idea inicial de abordar este tema me perseguía desde hacía años. Durante los últimos días de escritura me acompañó una lectura, especialmente emotiva, que habla de la ingratitud del ser humano, pero también de las segundas oportunidades que nos da la vida, incluso para dar las gracias. Por ello, aunque creo haberles trasladado ya mi gratitud, hoy quiero hacerlo de nuevo, esta vez por escrito, para que sean las palabras las que hablen al oído¹.

Gracias, María Paz García Rubio, no solo por los valiosos comentarios realizados a este trabajo, sino por todo cuanto me has enseñado. No sé si he conseguido plasmar parte de tu magisterio en el libro, pero me has ayudado a recuperar la ilusión y la energía necesarias para una carrera en la que, en ocasiones, hay demasiados obstáculos.

A Eugenia Torres Costas, gracias por compartir conmigo tu valioso conocimiento sobre la Convención, por tus observaciones al texto, y, muy especialmente, por tu calma ante los momentos de crisis.

A Eulalia W. Petit, gracias por tus observaciones sobre la regulación del internamiento involuntario en el CEDH.

Gracias a las compañeras y compañeros que integran los proyectos de investigación en los que se enmarca este estudio. También al *Observatorio de jurisprudencia sobre sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*, creado por Plena Inclusión, Líber y el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

Al personal de biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba, por su constante asesoramiento. Y también al de la Biblioteca Concepción Arenal, de la Universidad de Santiago de Compostela, por el tiempo y recursos que pusieron a mi disposición durante mi estancia en Santiago.

A José Roldán Castaño, por su compromiso con la memoria histórica de quienes fueron silenciados y olvidados en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba.

A María José Catalán Chamorro y Alicia Cárdenas Cordón, por tejer una red de apoyo y escucha colaborativa, que hace del camino un lugar menos solitario.

1 SIMÓN, Pedro, *Los ingratos*, Madrid, Espasa, 2021.

Gracias, Manuel Martínez Neira y Josefa Dolores Ruiz Resa por vuestro apoyo constante.

Dejo a mi familia para el final. Y los primeros pensamientos que irrumpen mi mente me trasladan a lugares de ausencia; lugares desocupados en los que se me necesitaba y requería –en el sentido de querer doblemente–. Qué tendrá la culpa, que emerge sola, sin que la invoquen. Por ello, gracias, José Juan, por entender mi ausencia, sin cuestionarla. Gracias, Lara, por tu comprensión y amor infinito. Gracias, Pepe, por hacerme reír, incluso en las tardes más grises.

PRÓLOGO

Camille Claudel, genial artista a la que en vida robaron la obra, el nombre y la libertad, vivió los últimos treinta años de su vida encerrada en un manicomio en condiciones deplorables. Por mucho que su madre primero, y su hermano después, justificasen el encierro por razones diversas, lo cierto es que las cartas por ella manuscritas que la sobrevivieron demuestran, sin lugar para la duda, que se trataba de un internamiento absolutamente contrario a su voluntad, que esta voluntad existía y se manifestaba de forma coherente y reiterada, y que su deseo era, por encima de todas las cosas, el de recuperar su vida y su libertad. La historia ha demostrado la indignidad de su reclusión, la cual, en realidad, no fue sino el epítome de una triple discriminación: por artista, por mujer y por tratarse de una enferma mental.

La desgraciada biografía de la escultora francesa, probablemente autora, o cuando menos coautora, de piezas hermosísimas atribuidas a Rodin, es la historia de un internamiento involuntario justificado por la enfermedad mental de su protagonista; internamientos que, más de un siglo después, todavía permiten numerosas leyes modernas, incluida la ley española.

Se dirá que la situación descrita por el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, destinada a regular el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, no se puede identificar con la que sufrió Camille. Y es cierto que el citado precepto exige, con carácter general, que el internamiento involuntario sea precedido de una autorización judicial; permite, además, que por razones de urgencia se prescindiera de este requisito previo, en cuyo caso el responsable del centro de internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación judicial de la medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. A mayores, antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento ya efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado. Por añadidura, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. También se exige que la misma resolución que acuerde el internamiento exprese la obligación de los facultativos que atien-

dan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida; finalmente, incluso se admite que cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

Es indudable que la norma descrita, cuyo carácter de ley orgánica ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional, contiene una serie de garantías o salvaguardas que, probablemente, de haber sido este el precepto de aplicación en su tiempo y en su lugar, habrían ayudado bastante a la artista francesa en sus ansias de libertad. Pero no aseguran que la hubiera conseguido, ni mucho menos. Lo cierto es que, en su esencia, sigue siendo una norma que admite que un tercero, la autoridad judicial, basándose sustancialmente en un informe médico, o incluso el propio médico, decida sobre el internamiento o la libertad de una persona cuyo delito no es otro que el de tener un trastorno psíquico, o lo que es lo mismo, una de las condiciones asociadas a la discapacidad mental.

Hace ya tres quinquenios que España ratificó la Convención de Nueva York de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y ya dos que entró en vigor la Ley 8/2021, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, texto legal que trataba de traer a nuestro sistema de modo definitivo el cambio de paradigma sobre la discapacidad que había realizado, tal vez sin que los Estados firmantes fueran muy conscientes de su verdadero alcance, el citado tratado internacional. Este cambio de paradigma, como es bien sabido a estas alturas, implica, sobre todo, el abandono del modelo médico de discapacidad, sustituido por el modelo social que pone el fulcro en las barreras sociales impuestas a las personas con cualquier tipo de discapacidad. El objetivo último de la Convención no es otro que el de garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad en la tenencia y ejercicio de sus derechos humanos, proscribiendo así cualquier forma de discriminación. Precisamente por ello, en este modelo el respeto al derecho de autodeterminación de la persona con discapacidad en las mismas condiciones que los demás es un elemento irrenunciable e intangible que forma parte de la propia dignidad humana.

Con mayor o menor fortuna, el legislador de 2021, trata de impregnar nuestro Derecho interno de este nuevo paradigma, centrándose en el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad,

incluida la mental y psicosocial, derecho que se consagra en el artículo 12 de la Convención. Pero lo cierto es que el reconocido en este precepto es, en realidad, un derecho instrumental de todos los demás presentes en el tratado; al fin y al cabo, el reconocimiento de la capacidad jurídica, en su doble dimensión de titularidad y ejercicio, supone, ni más ni menos, que el derecho a tomar las propias decisiones cuando estas tienen trascendencia en la propia esfera jurídica y en las relaciones con terceros. Tampoco conviene olvidar que en el mismo artículo se incluye el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica con los apoyos que precise la persona en cuestión, y se impone a los Estados la obligación de prever salvaguardas que aseguren el respeto a su voluntad, aunque no sea este el lugar para tratar ambos asuntos.

No existe una explicación sensata sobre por qué la Ley 8/2021 no alcanzó a modificar, como sí hizo con otras, unas cuantas leyes cuyo contenido es claramente contrario al modelo de la Convención y a los principios y reglas que, en atención a esta, el legislador español introdujo en aquella. Menos aun se comprende por qué, casi dos años después de la entrada en vigor de esta ley, siguen vigentes otras claramente contrarias al nuevo sistema; básicamente, leyes sectoriales relativas al ejercicio de la capacidad en el ámbito sanitario, donde se continúa reconociendo la validez del consentimiento por representación *ex lege*, algo totalmente proscrito en el nuevo paradigma de la discapacidad. Pero, con probabilidad rayana en la certeza, lo más sorprendente para cualquier conocedor del texto de las Naciones Unidas es que siga intocado la disposición legal que da carta de naturaleza al internamiento involuntario en el citado artículo 763, una figura que prescinde completamente de la voluntad de una persona, por razón de su trastorno psíquico, y que la despoja del derecho fundamental a la libertad, para dejar ambos derechos, la voluntad y la libertad, en manos de terceros. Es poco discutible que unos cuantos artículos de la Convención de Nueva York chocan frontalmente con esa norma de la ley procesal española que, vuelvo a recordar, sigue estando vigente en nuestro ordenamiento jurídico; sin ánimo de exhaustividad, recuerdo el artículo 3 a) (respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas); el artículo 5 (interdicción de la discriminación por razón de discapacidad), el artículo 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley), el artículo 14 (derecho a la libertad y a no verse privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y, muy en particular, que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad); el artículo 15 (que proscribía la tor-

tura y el trato cruel o inhumano), el artículo 16 (interdicción de la violencia y el abuso), el artículo 17 (derecho a la integridad personal, física y mental), el artículo 18 (libertad de desplazamiento y elección de residencia), el artículo 19 (derecho a vivir de forma independiente, donde se reitera el derecho a elegir el lugar de residencia), o el artículo 25 (derecho a la salud), disposiciones del tratado internacional que difícilmente pueden cohonestar con el internamiento forzoso basado en una discapacidad psíquica.

Toda esta exposición, quizás demasiado larga y tediosa, sirve para introducir al lector en el tema que aborda este libro. Su autora hace una exposición, exhaustivamente documentada, de la evolución de la normativa y la práctica sobre los internamientos de las personas con trastornos mentales, desde la marginación decimonónica, plasmada en algunas joyas de la literatura, pasando por los modelos de beneficencia y médico-rehabilitador, hasta llegar al momento presente. Después de explicar con detalle suficiente el nuevo modelo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su plasmación en la ley española de 2021, se detiene en el análisis del ya varias veces mencionado artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya evolución por vía interpretativa, sobre todo por la intervención del Tribunal Constitucional, también estudia con precisión. Finalmente lo somete al test de la coherencia con la Convención, para llegar a una conclusión rotunda y categórica: el internamiento involuntario de nuestra ley rituaría no es conforme con el nuevo paradigma de la discapacidad y, en consecuencia, debe desaparecer del ordenamiento jurídico español.

Se trata, sin duda, de una tesis arriesgada y valiente, defendida por alguien que conoce bien el nuevo sistema, que cree en él y que no tiene miedo de llegar a sus últimas consecuencias, aunque estas no sean las más populares o las más fáciles de sustentar. Por eso no duda tampoco en sustentar que ningún cambio normativo será suficiente, si no viene acompañado de un cambio social que revierta absolutamente el modo de contemplar la enfermedad mental y sus metáforas.

Por esa valentía, por la coherencia personal y profesional que destilan las páginas que siguen, y porque estoy sustancialmente de acuerdo con las ideas vertidas en este libro, no puedo sino recomendar vehementemente su lectura. Una lectura que, si me permiten el consejo, para ser provechosa ha de hacerse de modo desprejuiciado y con la mente abierta; tratando de entender que el no admitir, sin matices que valgan, los internamientos involuntarios basados en la discapacidad mental o psicosocial del afectado no supone el caos, ni

tampoco el incremento exponencial del riesgo de daño para esa persona o para su entorno social. Y no porque la situación de discapacidad mental sea inmune a cualquier limitación o intervención jurídica, sino porque, sencillamente, la libertad de una persona con una discapacidad del tipo descrito ha de tener los mismos límites y las mismas restricciones que la de cualquier otra, pero no más; y desde luego, ninguna restricción adicional basada en la propia discapacidad. Este y no otro es el mensaje de este libro tan valiente y tan poco convencional.

Conocí a Celia Prados no hace demasiado tiempo, en época todavía de pandemia o postpandemia, lo que explica que nuestros primeros contactos fueran a través de las tecnologías, ya no tan nuevas, las cuales, al menos para mí, son a la vez una bendición y una condena, pues al tiempo que permiten encontrarnos nos alejan de mil maneras. Algo después ya coincidimos varias veces en persona, o como ahora se prefiere decir, presencialmente; desde entonces mantenemos un contacto estrecho y fluido que ha superado la mera relación entre colegas para pasar al campo de los afectos, que además se extiende, como el buen aceite andaluz, hasta conformar una amistad en red. Con toda probabilidad, vivencias de una y otra con razonable parecido y algunos intereses personales y profesionales comunes, explican esta buena conexión. El que ambas tenemos por estudio del nuevo modelo de la Convención de Nueva York y su reflejo en la Ley 8/2021, es uno de esos intereses convergentes; es el que ha llevado a la autora del libro a pedirme este prólogo y el que me ha dado la gran satisfacción de escribirlo. Que su hijo Pepe quiera ser gallego es otra buena razón que no puedo dejar de mencionar.

Brión, febrero de 2023.

María Paz García Rubio

INTRODUCCIÓN

Queremos ser escuchados y queremos tomar decisiones sobre cómo llevar nuestra vida. A veces podríamos necesitar ayuda para tomar decisiones, pero eso no significa que no podamos decidir.

Independiente pero no solo (2014)

La privación de libertad de personas con discapacidad es uno de los principales motivos de preocupación en materia de derechos humanos en todo el mundo. Los informes de Naciones Unidas evidencian que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual son recluidas o sometidas a restricciones físicas, con independencia de la tradición jurídica del país¹. Estas medidas coercitivas suelen adoptar la forma de hospitalización involuntaria en instituciones de salud mental y los tratamientos forzosos. La regulación de este tipo de medidas ha venido de la mano de disposiciones legislativas que permiten su autorización, a pesar de que constituyen una violación continuada de los derechos fundamentales. Y ello obviando los estudios que evidencian que ni el ingreso ni el tratamiento forzoso constituyen medidas terapéuticas efectivas, aunque sí causan secuelas irreparables en los usuarios de salud mental. De forma que, el ingreso de personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas o asistenciales, sin consentimiento de la persona afectada o consentido por un tercero que la sustituye en la toma de decisiones, vulnera derechos fundamentales como son, entre otros, el derecho a la libertad y a la integridad física, pues el ingreso conlleva, en la mayoría de los casos, la administración forzada de la medicación y el uso de medidas de contención. Derechos que, a pesar de estar ampliamente reconocidos por instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, han sido negados a las personas con discapacidad basándose en criterios como son la propia deficiencia o la combinación de ésta con otros factores (el posible riesgo para la propia persona o terceros y cuando necesita tratamiento médico o cuidados)².

1 NN.UU. A/HRC/40/54. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 11 de enero de 2019.

2 NN.UU. A/HRC/40/54. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 11 de enero de 2019, párrafo 41.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), primer tratado internacional de derechos humanos del siglo XXI, subraya el derecho de las personas con discapacidad a la libertad personal, en igualdad de condiciones con las demás, por lo que no pueden ser privadas de su libertad de forma ilegal o arbitraria. Además, el art. 14 CDPD aclara que la privación de libertad por motivo de discapacidad es discriminatoria y contraria a la Convención. Asimismo, ha supuesto un cambio radical en el paradigma de la toma de decisiones con apoyo, en detrimento del tradicional sistema sustitutivo de la voluntad. Su art. 12 CDPD reconoce el igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, e introduce un cambio de pensamiento al afirmar que, con apoyo, todas las personas con discapacidad son capaces de tomar decisiones y tener el control de sus vidas. Un cambio que trata de romper con la negación de su capacidad jurídica a lo largo de la historia, reflejo de los prejuicios y mitos preconcebidos sobre la capacidad, que impiden comprender y respetar la condición de “ser persona”³. Y ello ha ocurrido a pesar del reconocimiento de la igualdad ante la ley de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ello, puesto que la igualdad es un principio básico general de la protección de los derechos humanos, indispensable, al mismo tiempo, para el ejercicio de otros derechos humanos, el art. 12 CDPD constituye el eje sobre el que gira la CDPD. El artículo se centra en las esferas que tradicionalmente han sido negadas a las personas con discapacidad y describe los elementos que los Estados han de tener en cuenta para garantizar el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica. Un nuevo régimen de apoyos que obliga a los Estados Partes a un profundo y complejo cambio legislativo para adecuar los ordenamientos jurídicos al nuevo modelo y abolir la toma de decisiones por sustitución. De forma que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos no permite la regulación de un supuesto que permita la detención y reclusión involuntaria de personas precisamente por la discapacidad. El internamiento de personas con discapacidad en una institución psiquiátrica o asistencial sin su consentimiento o con el consentimiento de una tercera persona que le sustituye en la toma de esa decisión viola el derecho a la capacidad jurídica y a la libertad reconocidos en la Convención, entre otros.

En el caso del Estado español, la implementación del tratado internacional

³ Klaus LACHWITZ en INCLUSION INTERNACIONAL, *Independiente pero no solo. Informe mundial sobre el derecho a decidir*, 2014, p. ix.

comenzó en el año 2011, y las distintas reformas se han sucedido durante una década, si bien, la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD), ha resultado ser el proyecto más ambicioso para adaptar el ordenamiento interno al art. 12CDPD. Y ello se ha materializado en el cuidadoso reconocimiento a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, mientras ésta pueda expresarlos, pero también en el respeto a su trayectoria vital cuando no sea posible expresar su voluntad. Sin embargo, pese al carácter rupturista de la reforma, ésta no puede entenderse concluida, pues quedan textos normativos que no han sido ajustados a los mandatos del tratado internacional. Es el caso de los internamientos involuntarios regulados en el art. 763 LEC, que permite la imposición de medidas coercitivas en base a un diagnóstico psíquico. El precepto responde al modelo médico-rehabilitador, pues legitima la sustitución en la toma de decisiones y la privación de libertad por no estar la persona en condiciones de hacerlo por sí misma. De ahí que su reforma deba ser acometida cuanto antes por el legislativo, compromiso que ya constituye uno de los objetivos de la Estrategia Española de Discapacidad 2022-2030.

Este estudio parte de una hipótesis, la incompatibilidad del art. 763 LEC, con la letra y espíritu de la CDPD. Estructurado en tres partes, el primer capítulo está dedicado al estudio del modelo social de la discapacidad, que da comienzo con la CDPD y sitúa a la persona en el centro de la toma de decisiones. Esta nueva conceptualización ha requerido y requiere de cambios legislativos, de ahí la relevancia de detenernos en los mecanismos de control y aplicación del tratado, así como en las reformas que el Estado español ha llevado a cabo hasta la fecha; centrándonos, mayoritariamente, en el análisis de la LAPD, la numerosa doctrina científica generada desde la entrada en vigor de la Ley, así como las resoluciones judiciales que la interpretan y aplican. Un modelo que no siempre está siendo comprendido ni aceptado por los operadores jurídicos, como se podrá comprobar en las siguientes páginas.

La segunda parte se ocupa de la regulación del internamiento involuntario, así como del estudio de la jurisprudencia y la doctrina científica que se ha ocupado del art. 763LEC. No obstante, antes de proceder al análisis jurídico formal, nos ocupamos de los distintos estadios evolutivos de la regulación del internamiento involuntario, desde el submodelo de la marginación, que en España puede situarse a comienzos del siglo XIX, en el contexto de la beneficencia, al vigente paradigma médico rehabilitador. Para ello se han analizado

fuentes de tipo documental, en concreto, los expedientes de internamiento involuntario del Hospital Psiquiátrico de Córdoba, custodiados en el Archivo de la Diputación Provincial de la misma ciudad. La remisión a modelos anteriores sirve hoy para constatar lo poco que se ha avanzado en materia de derechos humanos y salud mental.

Por último, en la tercera parte se desarrolla la investigación reformadora, es decir, las propuestas de *lege ferenda*. Así, tras la crítica del sistema legal vigente, también del jurisprudencial y doctrinal, se formula la necesidad de un cambio normativo y social.

I

EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante) y su Protocolo Facultativo, fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. La Convención marcó un hito al abordar la discapacidad desde un nuevo enfoque, el de los derechos humanos. Así se desprende de su artículo primero, que establece el propósito de proteger y asegurar el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

La Convención es resultado de un intenso proceso de negociación internacional, en el que además de los Estados, participaron organizaciones no gubernamentales¹, representantes de la sociedad civil y, especialmente, personas con discapacidad². De un modo global, se podría fijar el origen de la Convención en el marco del desarrollo de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Dos años después de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió varias resoluciones sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque hubo que esperar hasta 1970 para que se adoptasen dos declaraciones expresas: la Declaración de los Derechos de las Personas Mentalmente Retardadas (1971) y la Declaración de los Derechos de las Personas Discapacitadas (1975). A partir de los años ochenta se aprecian algunos cambios. Así, la Asamblea General proclamó el año 1981 como el “Año Internacional de las Personas Discapacitadas” y se adoptó el

1 Estuvieron presentes las organizaciones integradas en la *International Disability Alliance*, que a su vez engloba numerosas organizaciones globales y regionales, la Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS), *Handicap Internacional* y *World Network of Users and Survivors of Psychiatry* (WNUSP).

2 María Eugenia Torres Costas ha estudiado en profundidad el proceso negociador de la Convención. Véase: TORRES COSTAS, María Eugenia, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2020.

Programa de Acción Mundial para los Impedidos³. El cambio más decisivo vino de la mano de una reunión de expertos que tenía que evaluar el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, llegándose a la conclusión de la necesidad de desarrollar una Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aunque la propuesta no fue respaldada por todos los asistentes⁴. Sostiene María Eugenia Torres Costas que estos antecedentes históricos de la Convención evidencian el interés por proteger a las personas con discapacidad, aunque, por el momento, desde el enfoque médico rehabilitador y desde instrumentos jurídicos no vinculantes⁵. Sin embargo, los primeros intentos de Convención específica para las personas con discapacidad se remontan al año 1987. Un grupo de expertos que analizaban el “Programa de Acción Mundial para los Impedidos” recomendó y solicitó a la Asamblea General de Naciones Unidas la celebración de una conferencia para elaborar una convención internacional⁶. No obstante, dicha propuesta no prosperó favorablemente y hubo que esperar al 20 de diciembre de 1993 para que se aprobaran las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad⁷. Dichas normas carecían de carácter vinculante, pero contribuyeron al mantenimiento del interés en una Convención. No obstante, el “arranque formal” del proceso de elaboración de la Convención se sitúa en los llamamientos que el gobierno de México dirigió a la comunidad internacional en el año 2001⁸. El primero en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de Durban, celebrada en Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. El segundo llamamiento tuvo lugar en la sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de noviembre de 2001 cuando el Presidente de México, Vicente Fox, abogó por la elaboración de un instrumento jurídico internacional para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, que tuviese

3 NACIONES UNIDAS, 1982. Resolución 37/52. Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

4 HOYOS SUÁREZ, Sara; GARCÍA BETNACURT, Jorge Mauricio; “La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Público*, n° 38, enero-junio, 2017. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit.

5 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 26.

6 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 26.

7 A/RES/48/96.

8 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 26.

carácter vinculante. La propuesta de México culminaría en la Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, que decidía establecer un Comité Especial para la preparación de la Convención⁹. Durante el período 2002-2006 se desarrollaron los períodos de sesiones que culminaron en la aprobación de la Convención en la sede de Naciones Unidas de Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. La Convención obtuvo 82 firmas y el Protocolo Facultativo 44. Al parecer, ninguna convención de las Naciones Unidas había recibido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma¹⁰. En lo que se refiere al Estado español, la Convención fue ratificada el 23 de noviembre de 2007, aunque no entró en vigor hasta el 3 de mayo de 2008, tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado¹¹.

La Convención ha supuesto la consagración de un cambio de paradigma de la discapacidad, fundamentado en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, en lugar de como objetos de protección¹². De esta forma, la Convención desarrolla un modelo social que persigue la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad. Este modelo entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en la deficiencia, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan. En este sentido la discapacidad vendría a ser “una construcción relacional entre la sociedad y un sujeto (individual o colectivo)”¹³. Este nuevo planteamiento desplaza el centro de gravedad de la persona a la sociedad en la que vive¹⁴. Pero ello requiere que la

9 A/56/168. Resolución aprobada por la Asamblea General.

10 NN.UU. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html> (Consultado el 02/02/2022).

11 España no presentó reserva alguna al tratado internacional, aunque ha tardado trece años en implantar el nuevo enfoque de la discapacidad que incorpora la Convención.

12 GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 58, 2018, pp. 143-192.

13 BROGNA, P., “El nuevo paradigma de la discapacidad y el rol de los profesionales de la rehabilitación”, *El Cisne*, 2006, pp. 7-12.

14 CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde

sociedad cambie y tenga en cuenta la situación real de las personas con algún tipo de discapacidad, así como las dificultades que pueden encontrar en su entorno, ya sea físico, social o jurídico.

Los principios generales que inspiran la Convención han sido recogidos en el artículo 3, que distingue el de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. También se recoge el principio de no discriminación, el de participación e inclusión plena, el respeto por la diferencia, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer y, por último, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad, así como el derecho a preservar su identidad. De hecho, la Convención desarrolla un concepto de igualdad que va más allá de la igualdad formal, al crear una concepción de igualdad estrechamente vinculada con la percepción de la discapacidad como una desventaja cuando las personas interactúan en el contexto social¹⁵. Este desarrollo de la igualdad conlleva el siguiente modo de entender la discriminación como:

[...] cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo¹⁶.

A su vez, estos principios han sido proyectados sobre derechos a lo largo de la Convención. De esta forma, se recoge el derecho a igual protección legal y a no ser discriminados por razón de la discapacidad (art. 5) y el derecho de acceso al entorno físico, al transporte, la información, las comunicaciones y a otros servicios e instalaciones abiertos al público, tanto en zonas rurales como urbanas (art. 9). La Convención también regula el derecho inherente a la vida (art. 10), el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás (art. 13), el derecho a la integridad física y mental (art. 17), la libertad de desplazamiento (art. 18), el derecho a vivir de forma independiente y a ser in-

la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR 10*, diciembre 2012, pp. 61-94.

¹⁵ Comisionado para los Derechos Humanos. *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Estrasburgo, 2012.

¹⁶ Art. 2 CDPD.

cluido en la comunidad (art. 19) o el derecho a la atención a la salud (art. 25). Sin embargo, es el derecho al igual reconocimiento ante la ley el que merece nuestra especial atención, por representar el corazón que da vida a la CDPD¹⁷. Este derecho, regulado en el art. 12 CDPD, es el máximo exponente del nuevo modelo social de la discapacidad y su tratamiento jurídico. De ahí que haya sido calificado como el *alma mater* de la Convención¹⁸.

En el párrafo primero del art. 12 CDPD los Estados Partes reafirman el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad¹⁹. En el párrafo segundo se comprometen a reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, sin distinción por razón de discapacidad alguna. Así, el texto normativo prescinde de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y opta simplemente por el término “capacidad”. Es decir, la expresión “capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás” incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercitarlos. Así se concreta en la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité): “la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”²⁰. De ahí que el Comité considere que el reconocimiento de la capacidad jurídica impide la separación de estas dos facetas. En este sentido, aprovecha para dejar claro que “los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como

17 NILLSON, A., “Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities”, Issue Paper, Council of Europe, Febrero, 2012, p. 14, citado en GARCÍA RUBIO, María Paz, “Variaciones sobre la reforma con discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad”, en *Debates en torno a la contractualización del Derecho de familia y la persona*, GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta (dirs.), La Coruña, Colex, 2023 [en prensa].

18 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 25.

19 Sostiene María Paz García Rubio que del precepto se extraen tres ideas básicas: la personalidad entendida como la tradicional capacidad de obrar, el reemplazo del modelo sustitutivo de la voluntad por un sistema de apoyos para la toma de decisiones, y el establecimiento de salvaguardas para asegurar el reconocimiento de la capacidad jurídica. GARCÍA RUBIO, “La necesaria y urgente”, cit., pp. 151-153.

20 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.

justificación para negar la capacidad jurídica”²¹. Al tiempo que insiste en que la capacidad mental no obedece a un fenómeno científico u objetivo, sino que, por el contrario, depende del contexto social. De acuerdo con esta interpretación, la presunción de capacidad establecida en el art. 12.2 CDPD se “presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*”²², viniendo el sistema de apoyos a reemplazar el sistema sustitutivo de la voluntad. Este planteamiento revoluciona, en cierta manera, el Derecho positivo y en particular el que en nuestra tradición jurídica se denomina Derecho civil, y, conlleva necesariamente un cambio de mentalidad, no solo del legislador, sino de todos los operadores jurídicos, que nos aleje de antiguas visiones paternalistas y estereotipos que el propio Derecho ha perpetuado durante siglos. Justamente, el Comité insiste en que los Estados Partes deben examinar holísticamente sus legislaciones para asegurarse que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no se vea restringido, tal y como ha venido ocurriendo históricamente²³.

En el apartado tercero, se ordena a los Estados que adopten las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Los Estados no solo no deben negar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar en la toma de decisiones. En cuanto a la definición de apoyo, el Comité ha concretado que se trata de “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”²⁴. De esta forma, el Comité interpreta el apoyo en una dimensión amplia y menciona expresamente que éste puede englobar desde la elección de una persona de confianza que preste ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica, a otras formas como “el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse”. Además, el apoyo puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales para que las personas con discapacidad puedan realizar actos jurídicos o transacciones sociales²⁵.

En el párrafo cuarto se regula el deber de los Estados Partes de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionen

21 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

22 CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones, cit., p. 74.

23 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

24 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

25 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

las salvaguardias adecuadas y efectivas que impidan situaciones de abuso. Dichas salvaguardias deben asegurar el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, así como que no se produzca un conflicto de intereses ni influencia debida. Al mismo tiempo se establece el principio de proporcionalidad y necesidad. Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Comité que ha insistido en que el objetivo principal de las salvaguardias debe ser garantizar el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona. Es más, puntualiza que:

cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”²⁶.

Y para evitar cualquier malentendido deja claro que “el principio del interés superior no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos”²⁷.

Por último, en el párrafo quinto se establece el derecho al reconocimiento como actor jurídico, en el que se expone la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes, gestionar sus asuntos económicos, así como tener acceso a crédito financiero, lo que en realidad, de nuevo desde nuestra tradición jurídica, significa el reconocimiento pleno de la que venía siendo llamada capacidad de obrar.

En el art. 14 CDPD se regula el derecho a la libertad y seguridad que conlleva necesariamente que las personas “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente [...] y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”. En el segundo párrafo del art. 14 CDPD se insta a los Estados Partes a que aseguren que las personas con discapacidad que puedan verse privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan derecho a garantías conforme al derecho internacional de derechos humanos, incluida la realización de ajustes razonables. El art. 15 CDPD establece que ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El art. 16 CDPD insiste en las medidas que deben adoptar los Estados Partes para proteger a las personas con discapacidad contra la explotación, la violencia y el abuso. De ahí que inste a los Estados a asegurar la efectiva supervisión de los servicios y programas para servir

²⁶ NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

²⁷ NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

a las personas con discapacidad. Y tomarán las medidas pertinentes para la promoción de la recuperación física, cognitiva y psicológica de quienes hayan sido víctimas de cualquier forma de violencia, mediante la prestación de servicios de protección, debiendo tener lugar ésta “en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona”, y tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

El reconocimiento al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19 CDPD) obliga a los Estados a la adopción de medidas efectivas para facilitar el pleno goce de este derecho, asegurando que:

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

En lo que se refiere al derecho a la salud se recoge en el art. 25 CDPD, que reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud sin que quepa discriminación alguna por razón de discapacidad. Para ello, los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el acceso a los servicios de salud. El artículo hace referencia al deber de proporcionar programas de salud pública, así como servicios específicos destinados a prevenir y reducir las enfermedades. Pero, especialmente, incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. En consecuencia, se obliga a los Estados a exigir de los profesionales sanitarios, incluidos los psiquiatras, la obtención del consentimiento libre e informado antes del sometimiento a cualquier tratamiento o intervención. En consecuencia, no hay cabida para la sustitución en la adopción de decisiones²⁸.

Además, los derechos reconocidos en los arts.5, 12, 14, 17, 19 y 25 están directamente relacionados entre sí. De forma que, el derecho a no ser discri-

²⁸ TORRES COSTAS, María Eugenia, *La capacidad jurídica*, cit., p. 427.

minado requiere del disfrute de la capacidad jurídica (art. 12 CDPD)²⁹, que no puede ser negada por motivos de discapacidad (art. 5 CDPD)³⁰. También conlleva garantizar la toma de decisiones sobre dónde, con quién y cómo quiere vivir la persona (art. 19 CDPD)³¹, al tiempo que obliga a los profesionales de la salud y de la medicina a la obtención del consentimiento libre e informado del paciente ante la aplicación de cualquier medida terapéutica, incluso la del propio ingreso (art. 25 CDPD)³². Para ello, debe garantizarse la prestación de los apoyos que sean precisos en el ejercicio de los derechos (art. 12 CDPD). A su vez, el derecho a la libertad (art. 14 CDPD) está “vinculado de manera insoluble” con el reconocimiento de la capacidad jurídica (art. 12 CDPD)³³, en concreto con el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental³⁴. Si, además, tenemos en cuenta que el internamiento involuntario suele estar originado o se ve incrementado por la falta de recursos específicos, una correcta aplicación del art. 19 CDPD impediría la violación del art. 14 CDPD³⁵.

Sostiene un sector de la doctrina que la principal novedad de la CDPD no está en el reconocimiento de nuevos derechos, sino en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad³⁶. Sin embargo, no falta quien eleva a la categoría de nuevo derecho el reconocimiento de la capacidad jurídica, de lo

29 CRPD/C/GC/6. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación

30 CRPD/C/GC/1. Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

31 CRPD/C/GC/5. Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

32 CRPD/C/GC/1. Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

33 BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá V*, 2012, pp. 53-80.

34 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

35 CRPD/C/GC/5. Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

36 LÓPEZ BARBA, Elena, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, 2020, p. 15.

que deriva su inalienabilidad e indivisibilidad³⁷. Así, la Convención supone un cambio sustancial de paradigma, pues supera el modelo de protección que excluía la voluntad en las decisiones de la persona, e instituye un modelo de protección basado en la autonomía³⁸. Para ello, surge la obligación de prestar los medios necesarios para que la persona con discapacidad pueda tomar sus propias decisiones³⁹, también cuando estas decisiones tienen transcendencia jurídica⁴⁰. Este cambio de enfoque declara obsoletos la mayoría de los sistemas europeos en materia de capacidad jurídica y obliga a los Estados Partes a una reforma legislativa que debe concentrarse en el respeto a la voluntad y en ofrecer las medidas de apoyo necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica⁴¹.

En definitiva, el nuevo modelo de la discapacidad constituye un “auténtico tsunami” que impacta en todo el ordenamiento jurídico, pues conlleva la adaptación de todas las normas relativas al ejercicio de derechos por parte de sujetos privados⁴². El reconocimiento pleno de la capacidad jurídica implica la posibilidad de realizar actos de transcendencia jurídica, cuya celebración, validez y eficacia debe ser interpretada según el nuevo modelo social de la discapacidad.

37 BOOTH GLEN, Kristin, “Introducing a new human right: learning from others bringing legal capacity home”, *Columbia Human Rights Review*, 2018, pp. 2-98, esp. 5. GARCÍA RUBIO, “Variaciones sobre la reforma, cit. [en prensa].

38 Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2017.

39 LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, DE SALAS MURILLO, Sofía, MAYOR DE HOY, M^a Victoria (dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212, esp. 166.

40 GARCÍA RUBIO, María Paz, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n^o 136, 2021, esp. 3.

41 Comisionado para los Derechos Humanos, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Estrasburgo, 2012.

42 GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, n^o 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 173-197.

1.1. La perspectiva social de la discapacidad

Como se ha mencionado anteriormente, la Convención introduce un cambio fundamental en la forma de entender la discapacidad. Así, introduce un enfoque social que obliga a los Estados Partes a abandonar el modelo médico-rehabilitador, caracterizado por un sistema proteccionista que articulaba las decisiones de las personas con discapacidad a través de un representante que decidía por la persona, pero sin tener en cuenta lo que ésta quería realmente. De esta forma, la ratificación de la Convención conlleva para los Estados la obligación de derogar el modelo médico. Este modelo se consolida –especialmente en el ámbito legislativo– a mediados del siglo XX, con la salvedad de las políticas eugenésicas desarrolladas durante este siglo, en las que surge de nuevo el modelo de la prescindencia. El modelo médico considera que las deficiencias que provocan la discapacidad, han de ser rehabilitadas. Es por ello que, uno de los rasgos principales de este modelo es su empeño por “normalizar” (desde el punto de vista físico, mental, psíquico o sensorial) a las personas con discapacidad⁴³. En su búsqueda de la rehabilitación se consolidan como herramientas la institucionalización o la educación especial. Sostiene Agustina Palacios que el enfoque de este modelo se centra en lo que la persona no puede hacer, subestimando de esta forma, a las personas con discapacidad, al tiempo que desarrolla frente a ellas una actitud paternalista y protectora⁴⁴. Una muestra de este modelo lo encontramos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. En el art. 7.1 se ofrece la siguiente definición de “minusválido”:

toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

En el mismo sentido, la *American with Disabilities Act*, sec. 12102, define la discapacidad como un impedimento físico o mental que limita sustancialmente una o más actividades importantes de la vida de una persona. De esta forma, el foco se centra en la deficiencia, caracterizada y considerada como enfermedad, sin tener en cuenta las causas o factores sociales. Y es que, el

43 PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI n° 36, CERMI, 2008, p. 26.

44 PALACIOS, El modelo social de la discapacidad, cit. p. 26.

modelo médico entendía la salud y la discapacidad como conceptos excluyentes⁴⁵. En el año 1980 la Organización Mundial de la Salud (OMS) desarrolló una clasificación de la discapacidad y publicó la Clasificación de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (DIDDM), “cuyo objetivo principal fue clasificar las consecuencias de la enfermedad y no tanto recopilar sus causas”⁴⁶. La DIDDM planteó una aproximación conceptual nueva y describió tres niveles derivados de la enfermedad (deficiencia, discapacidad y minusvalía) que estuvieron vigentes en los años 80 e influyeron en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Sin embargo, pese a las críticas recibidas⁴⁷, no fue hasta el año 2001 cuando la OMS reformuló y publicó la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF)⁴⁸. La CIF constituye el marco de la OMS para la salud y la discapacidad y se plantea desde un modelo multidimensional complejo estructurado en torno a las categorías de funcionamiento (hace referencia a las funciones corporales, actividades y participación), discapacidad (engloba deficiencias, limitaciones en la actividad o en la participación) y los factores ambientales (descriptores del contexto en el que vive una persona). De esta forma, un sector de la doctrina considera que la CIF “ha pasado de ser una clasificación de “consecuencias de enfermedades” a ser una clasificación de “componentes de salud”⁴⁹. La clasificación abarca la mayoría de los aspectos que pueden afectar al funcionamiento, la discapacidad y la salud de especial relevancia para las personas y que constituyen objetivos de la intervención sanitaria y social⁵⁰.

45 FERNANDEZ-LÓPEZ, Juan Antonio; FERNÁNDEZ-FIDALGO, María; GEOFREY, Reed; STUCKI, Gerold; CIEZA, Alarcos; “Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF)”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 83, nº 6 (nov/dic 2009), pp. 775-783, esp. 776.

46 CRESPO, Manuela; CAMPO, Manuel; VERDUGO, Alonso; “Historia de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF): un largo recorrido”, *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 34 (1), núm. 205 (2003), pp. 20-26.

47 Esta clasificación recibió numerosas críticas, especialmente porque las distintas categorías se formulaban de forma negativa. Véase: CUENOT, M, “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”, *EMC – Kinesiterapia – Medicina física*, Vol. 39, nº 1 (febrero 2018). DOI: [http://dx.doi.org/10.1016/S1293-2965\(18\)88602-9](http://dx.doi.org/10.1016/S1293-2965(18)88602-9)

48 Se la denomina CIF porque pone el acento en la salud y el funcionamiento que en la discapacidad.

49 CRESPO, CAMPO y VERDUGO, “Historia de la Clasificación Internacional, cit.

50 FERNANDEZ-LÓPEZ, FERNÁNDEZ-FIDALGO, GEOFFREY, STUCKI y CIEZA, “Funcionamiento y discapacidad”, cit.

Esta nueva conceptualización supone un cambio radical con respecto al modelo anterior, pues asume que cualquier persona puede experimentar un deterioro de la salud a lo largo de su vida y, en consecuencia, un cierto grado de discapacidad. Así, la discapacidad deja de ser una característica común de algunos grupos sociales que pasa a considerarse una experiencia humana, “un concepto dinámico bidireccional fruto de la interacción entre estado de salud y factores contextuales (modelo biopsicosocial)”⁵¹. Desde este enfoque, la discapacidad no equivale a la deficiencia, ni a una limitación funcional. Por el contrario, se considera “una restricción de la participación social que corresponde a los resultados negativos de la interacción entre las características individuales y las características del entorno”⁵².

Este cambio de paradigma en el ámbito de la salud también tiene su proyección en el universo jurídico. El nuevo el modelo social rompe con la estructura del sistema de sustitución de la voluntad, deroga el sistema de modificación judicial de la capacidad, y, en su lugar, reconoce el derecho a la toma de decisiones y a disponer de los apoyos necesarios para el ejercicio de derechos⁵³. Desde el punto de vista del modelo social la discapacidad está en la sociedad, en el entorno físico, pero también en el jurídico. De ahí que el cambio de paradigma ponga a la persona, y no a la deficiencia, en el centro de un enfoque que parte del reconocimiento de los derechos humanos. El modelo social pone fin a la imagen de las personas con discapacidad como sujetos especiales⁵⁴ y abandona el presupuesto de la protección o mejor interés de las personas con discapacidad y las incluye garantizando que puedan tomar sus propias decisiones. Sin embargo, esto no quiere decir que la deficiencia

51 FERNANDEZ-LÓPEZ, FERNÁNDEZ-FIDALGO, GEOFFREY, STUCKI y CIEZA, “Funcionamiento y discapacidad, cit.

52 CUENOT, M, “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”, *EMC – Kinesiterapia – Medicina física*, Vol. 39, nº 1 (febrero 2018). DOI. [http://dx.doi.org/10.1016/S1293-2965\(18\)88602-9](http://dx.doi.org/10.1016/S1293-2965(18)88602-9)

53 LOPEZ MASÍS, Rocío, “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político institucional. El paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad. Revista de Educación*, 6 (2), 2011, pp. 102-108. Disponible en: <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/8277/1/Evoluci%C3%B3n%20hist%C3%B3rica%20y%20conceptual%20de%20la%20discapacidad%20y%20el%20respaldo%20jur%C3%ADico-pol%C3%ADtico%20internacional.pdf>

54 CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), octubre-diciembre, 2012, pp. 103-307.

desaparezca de la definición de discapacidad que ofrece la Convención, sin que se trate de un aspecto residual del modelo médico. Así, el Preámbulo, tal y como se ha mencionado anteriormente, señala que la discapacidad “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por el contrario, en el art. 1 CDPD indica que:

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.

De hecho, se considera que en el concepto de discapacidad deben concurrir ambos elementos, es decir, la existencia de barreras y la deficiencia. De tal forma que la discapacidad estaría constituida por una “situación caracterizada por la existencia de barreras a la participación social de una persona, relacionadas con la circunstancia de que ésta presenta una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial”⁵⁵.

No obstante, un sector de la doctrina sigue considerando innegable el sustento médico de la discapacidad, sobre todo en ciertos tipos de discapacidad mental o psicosocial, y considera que no se puede hacer responsable a la sociedad de la discapacidad, haciendo una interpretación del modelo social que no se ajusta a la Convención⁵⁶. Incluso ha llegado a afirmarse que la discapacidad ha de ser “contemplada por el Derecho como un mal objetivo”⁵⁷. Entre los argumentos más reiterados encontramos el del carácter heterogéneo de la discapacidad, que es tratada de la misma forma por la Convención a pesar de las diferentes discapacidades existentes. Sobre esta cuestión, recuerda María Eugenia Torres Costas que, de acuerdo a la Convención, la deficiencia en

55 MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de derecho y discapacidad*, nº 1 (2016), pp. 9-28, esp. 26.

56 SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Ingresos involuntarios civiles: salvaguardias ante el nuevo paradigma en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2022, p. 42.

57 ALEMANY, Macario, “Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual”, *Práctica de tribunales* nº 145, julio-agosto 2020 y SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 42.

sí misma no implica la existencia de discapacidad, sino que se requiere que exista una barrera externa que impida el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad con los demás. En concreto, las “barreras físicas, estructurales, ambientales, etc., solo entonces se puede hablar de discapacidad en los términos de la CDPD y solo entonces se puede “homogeneizar” al colectivo”⁵⁸. De hecho, la Observación General Primera remarca que no se debe identificar la capacidad jurídica con la capacidad mental:

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja claro que el “desequilibrio mental” y otras denominadas discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits de la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica⁵⁹.

En definitiva, lo que sí incapacita y discrimina a la persona es la negación de apoyos para superar las barreras que dificultan o impiden el ejercicio de su capacidad jurídica⁶⁰. Así, la Convención supera el modelo médico y establece una premisa: que las personas con discapacidad tienen derecho al mismo tratamiento jurídico que las demás personas, y que además de ser titulares de derechos, tienen derecho a ejercitarlos.

1.2. Mecanismos de control y aplicación del tratado

En base al art. 34 CDPD se crea el Comité, como órgano de expertos que supervisa e interpreta la aplicación de la Convención. El Comité está compuesto por dieciocho miembros⁶¹ que han de representar las diferentes formas de ci-

58 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 97.

59 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.

60 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 97.

61 En este momento (18/01/2022– no se esperan cambios hasta 31/12/2022) son miembros electos del Comité: Rosa Idalia Aldana Salguero (Guatemala), Soumia Amrani (Marruecos), Danlami Umaru Basharu (Nigeria), Gerel Dondovdorj (Mongolia), Vivian Fernández de Torrijos (Panamá), Odelia Fitoussi (Israel), María Cristina Gabrilli (Brasil), Amalia Gamio (México), Samuel Njuguna Kabue (Kenya), Rosemary Kayess (Australia), Miyeon Kim (República de Corea), Robert George Martin (Nueva Zelanda), Floyd Morris (Jamaica), Gertrude Oforiwa Fefoame (Ghana), Jonas Ruskus (Lituania), Markus Schefer (Suiza), Saowalak Thongkuay (Tailandia), Risnawati Utami (Indonesia).

vilización y los principales ordenamientos jurídicos, es decir, debe tenerse en cuenta una distribución geográfica equitativa. De hecho, la Convención hace referencia a una necesaria representación equilibrada y a la participación de expertos con discapacidad. También establece el art. 34 CDPD que deben ser personas de “gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia”.

Además, se invita a los Estados Partes a que cuando elijan a sus candidatos tengan en cuenta el enunciado del art. 4.3 CDPD, que establece lo siguiente:

en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

Los miembros son elegidos mediante voto secreto de entre un listado de personas propuestas por los Estados Partes. Desempeñarán su cargo por un período de cuatro años, aunque pueden ser reelegidos, una sola vez, si se presenta de nuevo su candidatura. En lo que se refiere a sus funciones, la Convención señala que se desempeñan a título personal, es decir, que no son representantes gubernamentales. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará las instalaciones y el personal necesario para el efectivo desempeño de las funciones encomendadas al Comité. Así, los períodos de sesiones se celebran en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, aunque, en consulta con el Secretario General puede designarse otro sitio para celebrar un período de sesiones.

En cuanto a su funcionamiento interno, la Convención remite a la elaboración de un reglamento que será adoptado por el propio Comité. Así, el 13 de agosto de 2010 fue aprobado el Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶². El Reglamento regula, en una primera parte, la celebración y funcionamiento del período de sesiones, el programa de cada período, el mandato de los miembros del Comité, la provisión de vacantes, el funcionamiento de la presidencia y la secretaría, los métodos de comunicación e idiomas utilizados por los miembros, los tipos de documentos, la distribución de informes, la dirección de los debates y la adopción de decisiones. En una segunda parte se desarrollan las funciones del Comité, la participación de organismos especializados, el procedimiento para el examen

62 NN.UU. CRPD/C/4/2. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4eeefe632>

de las comunicaciones recibidas en virtud del Protocolo facultativo y las actuaciones relativas al procedimiento de investigación del Protocolo. Por último, en los arts.92 a 95 se regula la interpretación del Reglamento, así como las posibles enmiendas al mismo.

El Comité tiene atribuida una función de control. Los Estados Partes deben presentar un “informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones” conforme a la Convención, así como los progresos realizados durante los dos primeros años desde la entrada en vigor (art. 35 CDPD). Con posterioridad, los Estados deben presentar informes, al menos cada cuatro años o cuando el Comité lo solicite. El Comité examina cada informe y dirige sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “observaciones finales”.

Más allá de esta competencia de control, el Comité elabora y publica Comentarios, así como las Observaciones Generales sobre la base de los artículos y las disposiciones de la Convención con la finalidad de promover su aplicación ulterior y ayudar a los Estados Partes a cumplir sus obligaciones de presentación de informes (art. 47 Reglamento). Hasta la fecha el Comité ha publicado ocho Observaciones Generales⁶³, siendo la primera de ellas la más controvertida. En el año 2014, tras venir observando que existía un malentendido general acerca del alcance de las obligaciones de los Estados Partes en

63 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. NN.UU. 2014. CRPD/C/GC/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 2 (2014). Artículo 9: Accesibilidad. NN.UU., 2016. CRPD/C/GC/3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. NN.UU., 2016. CRPD/C/GC/4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva. NN.UU., 2017. CRPD/C/GC/5. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. NN.UU., 2018. CRPD/C/GC/6. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación. NN.UU., 2018. CRPD/C/GC/7. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención. NN.UU., 2022. CRPD/C/CG/8. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm.8 sobre el derecho de las personas con discapacidad a trabajar y al empleo (2022).

virtud del art. 12 CDPD, el Comité publicó la Observación General Primera, que ha sido comentada anteriormente. El propósito no era otro que el de reflejar la interpretación del artículo 12 a la luz de los principios generales establecidos en el artículo 3 de la Convención. Un contundente posicionamiento a favor del modelo social de la discapacidad⁶⁴ que ha sido tildado de radical por un sector de la doctrina⁶⁵. Entre los argumentos más reiterados encontramos el del carácter heterogéneo de la discapacidad, que es tratada de la misma forma por la Convención a pesar de las diferentes discapacidades existentes⁶⁶. O también que tras las observaciones del Comité se deduce cierta ideología liberal, característica de los Estados Unidos, que ha terminado proyectada en el marco de las Naciones Unidas⁶⁷.

Tal ha sido la controversia en torno a la Observación General Primera, que se ha discutido intensamente sobre su carácter vinculante. De un lado, un sector de la doctrina considera que los países firmantes no están obligados a seguir la Observación⁶⁸. E incluso que la Observación General Primera no expresa lo que dice el art. 12 CDPD, sino lo que los “miembros del Comité piensan que debería haber dicho, viniendo a reemplazar así el texto de la Convención por el de la Observación”⁶⁹. En este mismo sentido, se ha pronuncia-

64 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 89.

65 CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas* (39), pp. 13-30. ALEMANY, Macario, “Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual”, *Práctica de tribunales* n° 145, julio-agosto 2020.

66 ALEMANY GARCÍA, Macario, “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación n° 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 201-222.

67 ALEMANY GARCÍA, “Representación y derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 3/17.

68 ARNAU MOYA, Federico, “Aspectos polémicos de la ley de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista boliviana de derecho* n° 33, 2022, pp. 534-573, esp. 539. DURÁN ALONSO, Silvia, “Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la ley 8/2021”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 34, julio 2022, pp. 44-71. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Ingresos involuntarios civiles*, cit.

69 MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.); GARCÍA MAYO, M. (dir.), GIL MEMBRADO, C. (coord.), PRETEL SERRANO, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

do Sofía de Salas que considera que la Observación, “más que una interpretación, realiza una modificación del art. 12 CDPD, cuando excluye radicalmente la consideración del interés de la persona afectada como criterio rector de la actuación del prestador”⁷⁰.

Por el contrario, hay quienes defienden que los informes, observaciones, y recomendaciones deben tener carácter vinculante para los Estados que han ratificado la Convención y, en su caso, el Protocolo Facultativo⁷¹. De tal forma que las interpretaciones formuladas por los órganos de supervisión son interpretaciones autorizadas, que han de ser tenidas en cuenta, a su vez, para realizar interpretaciones relativas a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, de acuerdo al art. 10.2 CE⁷². En el caso concreto de las observaciones generales operan “como un dictamen jurídico general que expresa cómo el Comité entiende conceptualmente alguna disposición particular”⁷³. En consecuencia, dichas observaciones han de ser utilizadas como criterio interpretativo por los jueces y tribunales españoles.

Sin embargo, la jurisprudencia española ha venido negando el carácter vinculante de los informes emitidos por los órganos de control de los tratados internacionales. Así, aunque podríamos citar otras sentencias⁷⁴, la STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2^a de lo Penal, respecto del Comité de Derechos Humanos, afirmaba que el Comité no tenía carácter jurisdiccional, por lo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear doctrina o precedente⁷⁵. Quedando de esta forma zanjada la controversia doctrinal

70 DE SALAS MURILLO, Sofía, “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n^o 17, junio, 2022, pp. 16-47, esp. 39.

71 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités”, en C. ESCOBAR FERNÁNDEZ y A. PASTOR PALOMAR, *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Madrid, Colección Escuela Diplomática, 2009, pp. 179-198.

72 MARTÍNEZ-PUJALTE, “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones, cit., p. 81.

73 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 70.

74 STS Sala Tercera de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 3862/2009), STS Sala Segunda 25 julio 2002 (recurso de revisión 69/2001), Sala Quinta 9 noviembre 2001 (recurso casación 28/2001), STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018.

75 GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. I (enero-marzo), pp. 279-334.

en torno al carácter vinculante o no de las observaciones. Si bien, en esta sentencia se está haciendo referencia a otro Comité de derechos humanos⁷⁶.

1.3. Modelos antagónicos en el marco internacional europeo

La CDPD prevé que cualquier Estado, así como las organizaciones regionales de integración, firmen y se adhieran al tratado. Por organización regional de integración entiende la “constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la presente Convención”⁷⁷. En este sentido, la Unión Europea firmó la CDPD el 30 de marzo de 2007 y la ratificó el 30 de diciembre de 2010, convirtiéndose en la “primera organización regional que ratifica un tratado de derechos humanos concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas, con lo que sienta un precedente positivo en el derecho internacional pública”⁷⁸. Conforme al art. 44 CDPD, la UE acompañó la ratificación de una declaración sobre el ámbito territorial y competencial de la CDPD en la Unión y formuló una reserva en relación con discapacidad y fuerzas armadas⁷⁹.

La UE presentó su informe inicial el 5 de junio de 2014 en el que puso de manifiesto su falta de competencia normativa para la adaptación normativa al art. 12 CDPD⁸⁰. El Comité examinó el informe y aprobó las observaciones

76 El TS se pronunció de forma contraria en la STS 17/07/2018 (Roj: STS 2747/2018 –ECLI:ES:TS:2018:2747), aunque ha vuelto a aplicar su doctrina anterior en la STS de 12 de febrero de 2020 (Roj: STS 401/2020-ECLI:ES:TS:2020:401). No obstante, la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, dictó la sentencia de 27 de abril de 2022, Recurso 0000002/21, que invoca la doctrina fijada por el TS en la sentencia 2747/2018, resolviendo que los dictámenes de los Comités supervisores de los tratados internacionales son vinculantes y ejecutivos, aunque no exista procedimiento *ad hoc* para exigir su cumplimiento.

77 Art. 44 CDPD.

78 CRPD/C/EU/1, de 3 de diciembre de 2014.

79 Aborda esta cuestión de forma detallada PETIT DE GABRIEL, Eulalia W., “Lo prometido es deuda: la Ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José (coord.); CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (dir.), GARCÍA MAYO, Manuel (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwers, 2021, pp. 55-78, esp. 58.

80 Sostiene Eulalia Petit de Gabriel que la lista de cuestiones dirigidas por el Comi-

finales el 3 de septiembre de 2015, mostrando preocupación, entre otras cuestiones, por el hecho de que no haya ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención ni haya llevado a cabo una revisión transversal de la legislación con el propósito de armonizarla con la CPDD. En consecuencia, recomendó la ratificación del Protocolo y la revisión transversal de la legislación para su adecuada armonización a la CDPD⁸¹. Respecto del art. 12, mostró preocupación por el elevado número de personas con discapacidad cuya capacidad jurídica estaba restringida en la Unión Europea. Así, recomendó la adopción de las:

medidas apropiadas para que todas las personas con discapacidad que se han visto privadas de su capacidad jurídica puedan ejercer todos los derechos consagrados en la legislación y los tratados de la Unión Europea, como el acceso a la justicia y el acceso a otros bienes y servicios, incluidos los servicios bancarios, el empleo y la atención de la salud, el derecho al voto y los derechos de los consumidores, de conformidad con la Convención, como se indica en su observación general núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley⁸².

El Comité también recomendó la intensificación de esfuerzos orientados al fomento de la investigación, recopilación de datos e intercambio de buenas prácticas respecto de las medidas de apoyo para la toma de decisiones de las personas con discapacidad, en consulta con el movimiento social⁸³. Recientemente se ha adoptado la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2021-2030)⁸⁴ que persigue mejorar la vida de las personas con discapacidad, mediante la acción coordinada y el compromiso de los Estados miembros de aplicar las medidas propuestas por la Comisión. La Estrategia señala que existen determinados ámbitos, como la salud, en los que la competencia recae

té para que la elaboración del informe no contenía ninguna pregunta específica sobre el art. 12, dada la incompetencia de la UE para las reformas requeridas. Véase: PETIT DE GABRIEL, “Lo prometido es deuda, cit.

81 CRPD/C/EU/CO/1, de 2 de octubre de 2015.

82 CRPD/C/EU/CO/1, de 2 de octubre de 2015.

83 CRPD/C/EU/CO/1, de 2 de octubre de 2015. Conviene recordar que la UE no ha presentado nuevo informe periódico, a pesar de que le correspondía hacerlo

84 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030*, COM/2021/101 final, de 3 de marzo de 2021. Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021DC0101>

en los Estados miembros, desempeñando la Unión una función de apoyo. De esta forma, corresponde a los Estados la implementación en consonancia con las normas aplicables de la Unión. Y aquí es donde encontramos el primer escollo, pues la Convención no solo entra en contradicción con los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes, sino que lo hace también con instrumentos regionales europeos. En concreto, y respecto del ingreso involuntario, éste ha sido regulado en el ámbito del Consejo de Europa por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)⁸⁵, de 4 de noviembre de 1950, y por el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo), de 4 de abril de 1997⁸⁶. El CEDH prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en su art. 3 y regula en su artículo 5 el derecho a la libertad y a la seguridad, así como los supuestos en los que una persona puede ser privada de su libertad con arreglo a un procedimiento legal. Entre los supuestos de hecho se contemplan:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de

85 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, página 23564 a 23570.

86 Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825-36830.

propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

El artículo regula un *numerus clausus* de causas que legitiman la detención en las que no tiene en cuenta a las personas con discapacidad, salvo por la lamentable excepción del art. 5.e)⁸⁷. Por ello, adquiere especial relevancia la doctrina del TEDH, que ha venido interpretando restrictivamente este precepto, pues en ningún caso se puede permitir la privación arbitraria de la libertad⁸⁸. Sin embargo, señala el Tribunal que las personas que padecen una enfermedad mental constituyen un grupo especialmente vulnerable debiendo, por tanto, cualquier injerencia a sus derechos, estar sujeta a un examen estricto. Aunque sí admite la restricción del derecho a la libertad cuando ésta se basa exclusivamente en razones de máxima importancia, siempre que se haya constatado previamente la insuficiencia de otras medidas menos severas para salvaguardar el interés individual o público⁸⁹. En una sentencia de 24 de octubre de 1979 el Tribunal fijó tres requisitos imprescindibles para un ingreso involuntario (*Winterwerp vs. Holanda*, § 39): verificación del estado mental mediante una previa peritación médica objetiva y concurrencia de una perturbación de tales características y amplitud que justifiquen el internamiento⁹⁰. Por último, que el internamiento dure lo estrictamente necesario. Criterios que han sido desarrollados en sentencias posteriores y que han sido criticados duramente por la doctrina, al justificar el empleo de medios coercitivos durante el internamiento por atender a razones de necesidades terapéuticas (*Herczegfalvy vs. Austria*, § 82)⁹¹.

87 CUENCA GÓMEZ, “Sobre la inclusión de la discapacidad, cit., p. 226.

88 TORRES COSTAS, María Eugenia, “Capacidad jurídica e ingresos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018”, en RUDA GONZÁLEZ, A., y JERTE DELGADO, C. (dirs.), *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Institute*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 271-290.

89 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 431.

90 *Winterwerp v. The Netherlands*, no. 6301/73, § 39, ECHR 24.10.1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173

91 *Herczegfalvy v Austria*, no. 10533/83, § 82, ECHR 24.9.1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0924JUD001053383

Es cierto que estas sentencias son anteriores a la CDPD y al modelo social de la discapacidad. Pero no hemos encontrado grandes avances en la jurisprudencia europea, que sigue considerando justificado el ingreso involuntario cuando hay un diagnóstico médico y continúa entendiendo que se vulnera el art. 5 CEDH únicamente cuando el procedimiento no se ajusta a derecho, si bien es cierto que se aprecia, tímidamente, que otorga más valor a la autonomía⁹².

Así, el Tribunal de Estrasburgo consideró lamentable que las autoridades no realizaran ajustes razonables en la reclusión en un centro penitenciario de una persona con discapacidad auditiva, que no sabía leer ni escribir⁹³. En el caso *Stanev* el TEDH sostuvo una violación del art. 5 e), porque no se hizo conforme a derecho, pero en ningún momento se cuestiona el carácter voluntario o no de la medida⁹⁴. Quizás, se intuye un leve cambio en el caso de una mujer diagnosticada de esquizofrenia, incapacitada en el año 2000 e ingresada en una institución en contra de su voluntad. Sostuvo el Tribunal que no hubo violación del art. 5 § 1 (derecho a la libertad y la seguridad) porque el diagnóstico justificaba el internamiento, aunque sí apreció una violación del artículo 5 § 4 (derecho a que un tribunal decida rápidamente la legalidad de la detención), porque no se le dio la oportunidad de ser escuchada, ni de impugnar la medida de internamiento⁹⁵.

En otros casos más recientes, aunque no es un caso de internamiento involuntario, (*Caso A.-V vs. Finlandia* o *Delecolle vs. Francia*) el argumento de la anosognosia ha justificado el paternalismo de los tribunales, no advirtiendo el TEDH vulneración del art. 5, al considerar que la discapacidad impide a la persona ponderar las consecuencias de su decisión. Respecto del caso *Delecolle vs. Francia* se ha destacado el voto particular de la jueza Nussberger, que cuestiona los límites a la autonomía de la voluntad y si el Estado puede restringir esta autonomía precisamente para proteger a la persona de su propia

92 PORXAS ROIG, M. Ángels, *El dogma de las capacidades y la racionalidad. Un análisis crítico sobre el tratamiento jurídico de las personas diagnosticadas con problemas de salud mental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 365.

93 *Z.H. v. Hungary*, no. 28973/11, ECHR 8.11.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114276>.

94 *Stanev v. Bulgaria*, no. 36760/06, ECHR [GC] 17.1.2012

95 *D.D. v. Lithuania*, no. 13469/06, ECHR 14.2.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD001346906

voluntad⁹⁶. Argumentos más propios del modelo médico de la discapacidad que de la CDPD⁹⁷.

Por otro lado, el ya citado Convenio de Oviedo regula lo siguiente en su art. 7, rubricado “protección de las personas que sufren trastornos mentales”:

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

En el art. 8 del mismo tratado regula las llamadas situaciones de urgencia, que permiten cualquier intervención “indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”, sin que sea preciso la obtención del consentimiento adecuado. Además, contiene varios preceptos sobre la protección de personas que “no tengan capacidad para expresar su consentimiento”. En concreto, el art. 6 establece que “solo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”. Añadiendo en su párrafo tercero que cuando una persona adulta:

No tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley.

La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

Los arts. 17 y 20 contienen especificaciones del consentimiento. El pri-

96 Se ocupa del estudio de las decisiones del TEDH relacionadas con derechos de personas con discapacidad, posteriores a 2017: GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre la discrepancia en la exégesis de dos convenios internacionales de derechos humanos”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena; CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 531-572.

97 Sostiene Eugenia Torres Costas que el TEDH sigue “sin alterar un ápice un criterio que sustenta, al menos, desde el año 1979 y haciendo caso omiso a la lucha del colectivo de personas con discapacidad (la mayoría del mundo) plasmada en el primer Tratado de Derechos Humanos del Siglo XXI, cual es la reiterada CDPD”. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 433.

mero relativo a un experimento⁹⁸, el segundo relativo al consentimiento a la extracción de órganos⁹⁹.

De esta forma, el Convenio de Oviedo permite la intervención en contra de la voluntad de la persona para que ésta reciba tratamiento, premisa a todas luces contraria a los arts.12, 14, 15 y 25 de la CDPD. Sobre esta controvertida “compatibilidad” se pronunció el Comité de Bioética en 2011 al considerar que la existencia de una discapacidad no justifica por sí sola la

98 1. Sólo podrá hacerse un experimento con una persona que no tenga, conforme al artículo 5, capacidad para expresar su consentimiento acerca del mismo, cuando se den las siguientes condiciones:

- i) Que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 16, párrafos (i) a (iv).
- ii) Que los resultados previstos del experimento supongan un beneficio real y directo para su salud.
- iii) Que el experimento no pueda efectuarse con una eficacia comparable con sujetos capaces de prestar su consentimiento al mismo.
- iv) Que se haya dado específicamente y por escrito la autorización prevista en el artículo 6.
- v) Que la persona no exprese su rechazo al mismo.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, podrá autorizarse un experimento cuyos resultados previstos no supongan un beneficio directo para la salud de la persona si se cumplen las condiciones enumeradas en los párrafos (i), (iii), (iv) y (v) del apartado 1 anterior, así como las condiciones suplementarias siguientes:

- i) El experimento tenga por objeto, mediante una mejora significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno, o que presenten las mismas características.
- ii) el experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo.

99 1. No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento.
- ii) Si el receptor es hermano o hermana del donante.
- iii) Si la donación es para preservar la vida del receptor.
- iv) Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente.
- v) si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

privación de libertad o el tratamiento involuntario. Medida que solo puede justificarse en conexión con un problema mental grave, ante el cual la ausencia de tratamiento puede causar daños graves a la salud de la persona o de un tercero¹⁰⁰.

En el año 2013, el Comité de Bioética del Consejo de Europa comenzó los trabajos de preparación de un borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios. La iniciativa se abrió a consulta pública en 2015, siendo numerosos los interesados, entre los que se encuentra el Comité, que pidieron su retirada por su manifiesta contradicción con la CDPD. En una carta abierta de 2021 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomienda que el Consejo de Europa retire esta decisión, pues el Protocolo mantiene un enfoque de la política y práctica de la salud mental basado en la coerción, a todas luces incompatible con los derechos humanos, en especial, el derecho humano a la capacidad jurídica que requiere el respeto de la toma de decisiones de la persona (art. 12 CDPD). Sostiene el Comité de la CDPD que este derecho requiere de un nuevo modelo de salud mental, desarrollado en torno a la elección personal, la vida comunitaria y la participación de las personas con discapacidad. De tal forma que la adopción del Protocolo Adicional supondría, además de un claro retroceso respecto de los logros alcanzados con la ratificación de la CDPD¹⁰¹, la fragmentación del marco internacional de los derechos humanos, confrontando un tratado internacional con un instrumento regional europeo¹⁰². Petición a la que se han unido organizaciones no

100 Steering Committee on Bioethics, *Statement on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, CDBI/INF (2011) 10, November 2011, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804553bo>

101 TORRES COSTAS, María Eugenia, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020), pp. 265-285, esp. 278.

102 Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities, *Open letter to the secretary-general of the Council of Europe, the Committee of Ministers of the Council of Europe, the Committee on Bioethics of the Council of Europe, the Steering Committee for Human Rights, the Commissioner of Human Rights, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and other organizations and entities of the Council of Europe*, 2021. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/statements-declarations-and-observations>

gubernamentales de derechos humanos y de representantes de personas con discapacidad. Es el caso tanto de Salud Mental España como del CERMI, que se han manifestado públicamente contra el Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo. De hecho, estas entidades sostienen que:

El documento confunde coerción y cuidados, autoriza la privación de libertad de la persona con problemas de salud mental basada en la presunción de riesgo, no apoya ni promueve la creación de recursos alternativos en los que se respeten la voluntad y las preferencias de las personas y no da respuesta a las advertencias de los organismos más relevantes en el ámbito de los derechos humanos¹⁰³.

En definitiva, en el marco internacional existe una falta de sinergia entre la Unión Europea y el Consejo de Europa, por un lado, y la Convención de las Naciones Unidas por otro¹⁰⁴. Ni el CEDH ni el Convenio de Oviedo, adoptados con anterioridad a la CDPD, cumplen con el nuevo paradigma de la discapacidad, especialmente en el ámbito de la salud mental. En el caso concreto del Protocolo Adicional es promovido por el Comité de Bioética del Consejo de Europa, desde las directrices de la Bioética, no desde el enfoque de los derechos humanos. Lo que de alguna forma marca una tendencia legislativa hacia estándares diferenciados en la atención de la salud, respecto del resto de pacientes (sin diagnóstico psiquiátrico)¹⁰⁵, así como una interpretación jurisprudencial desde el modelo médico vigente en ambos textos legales. Sobre esta contradicción patente entre ambos tratados internacionales, se ha pronunciado Eugenia Torres Costas que considera que los miembros del Consejo de Europa, que también han ratificado la CDPD, están obligados a respetar este tratado en aplicación de los principios de temporalidad, especialidad y *pro persona*, debiendo prevalecer lo establecido en el art. 14 y 19 CDPD por encima del CEDH¹⁰⁶. Con un planteamiento menos radical, Javier Martínez

103 Confederación Salud Mental España, “Salud Mental España y CERMI celebran la paralización del protocolo europeo que pretende obligar a internar a personas contra su voluntad”, de 23/06/2022. Disponible en: <https://consaludmental.org/sala-prensa/celebran-paralizacion-protocolo-europeo-internar/>

104 También en la propia Unión Europea, empeñada en que los Estados ratifiquen el Convenio de la Haya de protección de adultos, que es anterior a la CDPD y que, por ejemplo, habla de tutela y de representación sustitutiva.

105 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit., p. 380.

106 En virtud del principio *pro persona* se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. TORRES COSTAS, María Eugenia, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma”, cit., p. 277.

Calvo, sostiene que la clave está en la reforma del art. 5.1.e) CEDH para adaptarlo a la CDPD¹⁰⁷.

De momento, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha suspendido la adopción del Protocolo Adicional hasta finales del año 2024, para proporcionar al Comité Directivo de Derechos Humanos en los campos de Biomedicina y la Salud un proyecto de recomendación que promueva las medidas voluntarias en los servicios de atención de salud mental, así como un informe sobre la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la salud mental. El proyecto se tramitará para dictamen a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), previo estudio de la recomendación y el informe indicados anteriormente. También se está trabajando en la preparación de una declaración del Comité de Ministros que se pronuncie sobre la necesaria mejora de la protección y la autonomía de las personas en los servicios de atención de salud mental.

Aunque la suspensión del Protocolo adicional no implica la retirada total del proyecto, arroja cierta luz por haber comenzado a trabajar en torno al respeto a la autonomía de las personas y por tener en cuenta a las organizaciones de la sociedad civil relacionadas con la salud mental¹⁰⁸. Esto ha sido celebrado por el CERMI y por la Confederación de Salud Mental España que, aunque consideran necesaria la retirada total del proyecto, han sopesado positivamente su paralización¹⁰⁹.

107 MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Compatibilidad del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico con el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad”, MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón; CARRIÓN VIDAL, A., *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

108 La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y, como observadores en las reuniones, *Rehabilitation International*, el EDF y la Asociación Europea de Proveedores de Servicios para Personas con Discapacidad (EASPD). CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA, Salud Mental España y CERMI celebran la paralización del protocolo europeo que pretende obligar a internar a personas contra su voluntad”, de 23/06/2022. Disponible en: <https://consaludmental.org/sala-prensa/celebran-paralizacion-protocolo-europeo-internar/>

109 Confederación Salud Mental España, “Salud Mental España y CERMI celebran la paralización del protocolo europeo que pretende obligar a internar a personas contra su voluntad”, de 23/06/2022. Disponible en: <https://consaludmental.org/sala-prensa/celebran-paralizacion-protocolo-europeo-internar/>

ADAPTACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO INTERNO A LA CONVENCION

2.1. Evolución de la reforma normativa en materia de discapacidad

Desde la ratificación de la CDPD se ha venido adaptando el ordenamiento jurídico interno al tratado internacional¹. Hasta tal punto que se dice que la influencia de la Convención está calando poco a poco, “como lluvia fina y constante que penetra en tierra porosa” o como una mancha de aceite que se extiende “sin que resistencia alguna lo pueda evitar”².

El proceso de adaptación comenzó con la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ese mismo año le siguieron la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. De esta última conviene destacar la disposición adicional séptima de “adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las

1 Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. LO 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de datos personales y garantía de los Derechos digitales. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. 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.

2 RUBIO, María Paz, “Prólogo” en TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 13.

personas con discapacidad, en igualdad de condiciones”. La disposición daba un plazo de un año al Gobierno para que remitiese a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al art. 12 CDPD, aunque al final este proceso se dilató en el tiempo, aprobándose el anteproyecto casi 10 años después³.

En el año 2013 se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que refunde la normativa anterior a la Convención en un intento de aclaración y armonización⁴.

En 2015 se llevaron a cabo varias reformas de especial calado. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, llevó a cabo una adaptación terminológica que rechaza la nomenclatura anterior, directamente relacionada con el modelo médico de la discapacidad⁵. Sin embargo, la reforma no se aprovecha para poner fin a las esterilizaciones no consentidas y mantiene el tradicional trato paternalista hacia la discapacidad. Así, se mantiene el principio de mayor interés en el art. 156 CP, que permite que el órgano judicial acuerde la esterilización de personas que de forma permanente no puedan prestar consentimiento. Lo que supone, a todas luces, la vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, incluso aunque, como en este caso, se le dé un carácter residual. Tal y como sostiene María Eugenia Torres, el art. 156 CP, en su reforma de 2015, evidencia la perpetuación del paradigma médico, pues, aunque la decisión corresponde al juez, solo podrá resolver teniendo en cuenta la preceptiva y previa pericial médica⁶. También se mantiene el criterio médico asistencial en el art. 25 CP, al proteger a las personas con discapacidad por el mero hecho de presentar deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente, sin entrar a va-

3 Tiempo que no se considera excesivo si se tiene en cuenta la complejidad técnica de la reforma y el importante desacuerdo en cuanto al contenido y alcance de la misma. Véase: DE SALAS MURILLO, Sofía, “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, cit., p. 19.

4 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

5 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015.

6 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 161.

lorarse la voluntad de la persona a la hora de cometer un delito⁷. Apenas un mes después la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, reformaba el art. 433 LECrim. En el caso de los testigos con capacidad modificada judicialmente el Juez de Instrucción podría acordar, la intervención de la figura del facilitador. Sin embargo, la reforma se redujo a los supuestos en los que la persona era víctima o testigo dentro del procedimiento penal, quedando excluida cuando se trata del acusado. En un contexto más amplio, la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, supuso un avance tímido en la adaptación del ordenamiento interno, pues se limitó a una adaptación terminológica a la Convención. La Ley abandona términos como el de “incapaz” o “incapacitación” pero mantuvo la modificación de la capacidad, contradiciendo expresamente el art. 12 CDPD. La Ley también incorporó cambios en lo relativo al derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, introduciendo salvaguardas procesales. Por último, conviene destacar que en su Disposición Final Primera modificó el art. 56 CC relativo a los requisitos de capacidad exigidos para contraer matrimonio. El artículo disponía que:

si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

La entrada en vigor de este precepto estaba prevista para el 30 de junio de 2017. Sin embargo, las dificultades de interpretación hicieron necesaria una Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 del Director General de los Registros y del Notariado que aclaraba que el dictamen solo sería necesario en aquellos casos en los que la deficiencia afectase de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado, en un intento por ajustarse a la CDPD. No obstante, para evitar cualquier sombra de duda sobre la capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad, la Ley 4/2017, de 28 de junio, modificaba la Disposición Final Primera de la LJV y, en consecuencia, el art. 56 CC⁸, dándole la siguiente redacción:

7 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 157.

8 Un análisis detallado sobre la nueva redacción del art. 56 CC por la Ley 4/2017, de 28 de julio, con el propósito de determinar si la reforma constituye una discriminación por razón de discapacidad, puede encontrarse en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 32 (2018), pp. 55-94.

el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

El 14 de diciembre de 2017 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que pretendía garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones⁹. La Ley da una nueva redacción al art. 8 de la Ley del Tribunal del Jurado, que suprime como requisito para ser jurado la carencia de impedimento físico, psíquico o sensorial, por una nueva exigencia: “contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado”. El nuevo precepto también incorpora la obligación de la Administración de Justicia de proporcionar los apoyos que sean precisos a las personas con discapacidad que sean jurados, “así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”. Ajustes que pueden suscitar alguna dificultad, como es el caso del apoyo de una tercera persona, por afectar al régimen de incomunicación e imparcialidad e independencia propios de la función de jurado. Y que ha llevado a un sector de la doctrina a pronunciarse expresamente sobre esta cuestión, al considerar que no se vulnera el régimen de incomunicación, pues la persona que presta el apoyo también queda sujeto a la obligación de secreto¹⁰. En definitiva, esta Ley suprime las barreras que impedían la participación de las personas con discapacidad en la institución del jurado, garantizándose este derecho constitucional mediante la provisión de apoyos cuando estos sean precisos. Sin embargo, pese al intento del legislador por adaptar la institución del tribunal del jurado al art. 12 CDPD, no han quedado resueltas todas

9 Para un análisis detallado de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, véase: MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “La participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado. A propósito de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de septiembre”, *Revista de derecho político*, n^o 103 (2018), pp. 331-353.

10 MARTÍNEZ-PUJALTE, “La participación de las personas con discapacidad, cit., p. 350.

las cuestiones relativas a la participación de las personas con discapacidad. Así, siguen estando vigentes restricciones como las relativas a la regulación del juramento o promesa de los designados (art. 41 LOTJ), la votación (art. 58 LOTJ) o la lectura del veredicto (art. 62 LOTJ). Aunque la Administración Pública está obligada a realizar los ajustes razonables y a prestar los apoyos precisos, se considera necesaria mayor precisión por parte del legislador¹¹.

El 5 de diciembre de 2018 se aprueba la Ley 2/2018, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen General Electoral (LOREG) para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad¹². Una reforma que viene a cumplir con el compromiso de los Estados Partes a garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad y su participación efectiva en la vida política¹³. La reforma de la LOREG atiende a la implementación de la Convención en el ordenamiento interno, especialmente en lo que al ejercicio de derechos de participación política se refiere, pero resulta insuficiente en términos de accesibilidad y medidas de apoyo para facilitar materialmente el ejercicio del derecho al voto, tal y como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina¹⁴.

El 15 de diciembre se aprueba la Ley Orgánica 2/2020 de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente¹⁵. La esterilización no consentida ha constituido una grave violación de derechos humanos de las mujeres con discapacidad. Esta práctica encontraba cobertura legal en el párrafo segundo del art. 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que permitía la esterilización acordada por órgano judicial en supuestos de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. La norma tenía un carácter excepcional y era de aplicación en supuestos en los que se produjera un grave conflicto de bienes protegidos, a fin de salvaguar-

11 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 181.

12 Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

13 BARRANCO AVILÉS, M^a Carmen, “Democracia, sufragio universal y discapacidad”, *IgualdadES*, año n^o 1, n^o 1 (2019), pp. 187-203.

14 SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “Cuestiones no resueltas sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad”, *Revista de derecho político* n^o 109 (2020), pp. 47-72.

15 Ley Orgánica 2/2020 de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020, páginas 115646 a 115649.

dar el mayor interés del afectado. De esta forma, la exención prevista en el art. 156 CP no hacía punible la esterilización acordada por órgano judicial e hizo posible la esterilización de miles de personas con discapacidad, principalmente mujeres. La LO 2/2020 contiene un único artículo que ordena la supresión del párrafo segundo del artículo 156 CP. La norma ha suscitado cierta controversia para un sector doctrinal que considera que la derogación del párrafo segundo del art. 156CP no era necesaria para dar cumplimiento a la Convención, pues no contravenía el contenido del art. 23 CDPD¹⁶. Incluso se considera que la LO 2/2020 no solo no soluciona los problemas de compatibilidad de la regulación española de la esterilización con el art. 23 CDPD, sino que los agrava, al impedir que la persona con discapacidad, que no puede prestar consentimiento, sea esterilizada¹⁷. En definitiva, persisten los argumentos de un sector de la doctrina que considera que, en aras a la protección de las personas con discapacidad, debe mantenerse la esterilización –con carácter excepcional– siguiendo el modelo del mejor interés. Por el contrario, el movimiento asociativo considera que la LO 2/2020 constituye un logro impulsado desde la sociedad civil de la discapacidad, que ha supuesto la corrección de una anomalía del ordenamiento jurídico que castigaba especialmente a las mujeres con discapacidad¹⁸. En definitiva, a la luz de la CDPD la esterilización debe enmarcarse en el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como elección consciente de un medio anticonceptivo de carácter permanente, que deber ser realizada con pleno conocimiento y consentimiento válido del interesado¹⁹. No obstante, para que esto sea así es preciso reformar la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (LBAPIDC), en concreto, especialmente en lo relativo al consentimiento

16 GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “La supresión del segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal, por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad, incapacitadas judicialmente”, *Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 54 (2021), pp. 57-84.

17 PANTALEÓN DÍAZ, Marta, “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?”, *Diario la Ley*, nº 9773 (2021).

18 CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*. Madrid, Fundación CERMI, 2021.

19 PAÑOS PÉREZ, Alba, “Esterilización forzosa de mujeres y niñas con discapacidad”, en TOMÁS MARTÍNEZ, Gema Y VIDU AFLORAI, Ana (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 475-495.

por representación²⁰. También se regula en la disposición adicional tercera la obligación de remitir un proyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo²¹, que se encuentra bastante avanzado²².

Por último, en septiembre de 2018 se aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que partía de la propuesta de las Secciones Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación. Tras algunos cambios en su apelativo, el 17 de junio de 2021 se publica en el BOCG con la denominación de: “Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tras una compleja tramitación parlamentaria²³, se aprobó definitivamente en mayo de 2021 y fue publicada en el BOE el 3 de junio de 2021, entrando en vigor el 3 de septiembre de 2021.

La LAPD constituye el proyecto central que adapta el Derecho interno al

20 PRADOS GARCÍA, Celia, “La necesaria erradicación de la esterilización no consentida de mujeres con discapacidad desde el marco de los derechos humanos”, *IgualdadES*, año nº 3, nº 5, 2021, pp. 371-399.

21 Con el objetivo de “reforzar que las personas con discapacidad que precisen de apoyos humanos y materiales, incluidos los tecnológicos, cuenten con la información necesaria y la documentación clínica en formatos, canales y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de pacientes sea libre e informada, y para reforzar la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad”. En este sentido, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece en una disposición adicional sobre apoyos a las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Así, las personas con discapacidad que precisen de apoyo (humanos, materiales y/o tecnológicos) para la toma de decisiones en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, los recibirán en un formato accesible para que la decisión adoptada sea libre, voluntaria, madura y debidamente informada. Proyecto de Ley Orgánica 121/000122 por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

22 Proyecto de ley 121/000122 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 122-1, 12 de septiembre de 2022.

23 MORO ALMARAZ, María Jesús, “La tramitación legislativa de ley 8/2021”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 6-17.

art. 12 CDPD, y que hasta la fecha ha resultado ser el plan más ambicioso. Aunque, conviene recordar que la reforma fue impulsada para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos como Estado, de ahí que no sea una opción con la que podamos estar o no de acuerdo. Es decir, se trata de una cuestión de derechos humanos que responde a una obligación asumida en el plano internacional²⁴. En conclusión, se trata de una reforma esperada, necesaria y debida, pese a la escasa repercusión que ha tenido fuera del ámbito de la Ciencia Jurídica²⁵.

2.2. Aspectos generales de la LAPD

La nueva regulación persigue un modelo que garantice el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y los apoyos

²⁴ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR 10*, diciembre 2012, pp. 61-94.

²⁵ Tras su entrada en vigor, también ha comenzado la adaptación del derecho de los respectivos territorios forales. En el caso del derecho foral aragonés, existe un desfase entre éste y la legislación estatal. De hecho, el régimen aragonés vigente sigue contemplando la posibilidad de privar o limitar la capacidad de las personas con discapacidad y el régimen sustitutivo de la voluntad en la toma de decisiones. De esta forma, se impone un esfuerzo adicional de los operadores jurídicos de cara a una necesaria armonización conforme a la Convención. Véase: LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en derecho aragonés”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n^o 17, junio 2022, pp. 2386-4567. En el supuesto de Navarra, la legislación foral está siendo sometida a un proceso de adaptación a la Convención. En agosto de 2022 se publicó el Proyecto de Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos. Sobre la armonización del derecho navarro: SABATER BAYLE, Elsa, “La protección jurídica de las personas con discapacidad en el derecho privado de Navarra (anteproyecto de ley foral)”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n^o 17, junio 2022, pp. 80-121. Respecto del derecho catalán, la Comisión de Codificación de Cataluña está trabajando en el encargo del Gobierno de la Generalitat de la revisión del Código Civil de Cataluña para su adaptación a la Convención. No obstante, se ha aprobado el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adaptó el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad que, en palabras de Judith Solé Resina, “ha venido a salvar el vacío legal que de otro modo habría comportado la aprobación de la Ley estatal 8/2021 en el territorio catalán”. Véase: SOLÉ RESINA, Judith, “La reforma del derecho catalán en materia de discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n^o 17, junio 2022, pp. 122-149.

precisos en el proceso de toma de decisiones. Una reforma que implica un cambio radical, transversal y complejo²⁶. Radical porque incorpora un concepto de capacidad jurídica revolucionario, no solo respecto al modelo anterior, sino también respecto al “consolidado en nuestra cultura jurídica”²⁷. Así, el nuevo concepto de capacidad prescinde de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; es decir, reconoce conjuntamente la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la de ejercer derechos y obligaciones, conforme a la Convención y la Observación General Primera²⁸. Esto supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Este cambio radical conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica. Transversal porque afecta al conjunto del ordenamiento jurídico. De ahí que la Ley modifique, además del Código Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley del Patrimonio Protegido, la Ley del Notariado, el Código de Comercio y el Código Penal, la gran mayoría, salvo el CC y la LPP, de aplicación en todo el territorio del Estado. La reforma también resulta compleja pues, acorde al espíritu de la Convención, abandona un sistema sobreprotector que excluía del tráfico jurídico a las personas con discapacidad, poniendo en el epicentro a la persona, en lugar de la discapacidad, garantizando el respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Una reforma que requiere un cambio de perspectiva a la hora de interpretar y aplicar la ley, teniendo en cuenta los principios recogidos en la Convención²⁹, y que puede ser considerada tan re-

26 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

27 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

28 Precisamente, porque la capacidad jurídica exige la capacidad de ejercicio para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. BACH, Michael, “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la capacidad para la toma de decisiones”, BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 29-56, esp. 31.

29 Una tarea que tampoco está resultando sencilla en otros ordenamientos jurídicos, tal y como ha puesto de manifiesto: BREGAGLIO, R., “Nadie dijo que sería fácil. Los problemas en la aplicación del modelo social de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en VV.AA., *Tendencias jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Porto Alegre, 2020.

levante como la acometida a principios de los ochenta para adaptar la legislación civil a la Constitución española³⁰. Además, la LAPD ha resultado ser una de las leyes más avanzadas en el desarrollo del modelo propuesto por el art. 12 CDPD, hasta el punto de que en su primer año de vida se observa ya que está teniendo una repercusión directa en la literatura jurídica de los países de nuestro entorno jurídico³¹.

La LAPD, en su adaptación del ordenamiento interno al art. 12 CDPD, persigue un objetivo central: garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, también cuando estas tienen trascendencia jurídica³². Para ello es preciso asegurar el respeto a la voluntad, frente al anterior modelo del mejor interés, que no tiene cabida en el art. 12.4 CDPD y debe ser sustituido por el de mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona. De tal forma que el mejor interés de la persona sería: dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Como puede apreciarse, el modelo cambia radicalmente y gira en torno a un principio de actuación básico: la toma de decisiones debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En consecuencia, desaparece la incapacitación pues se entiende que la capacidad es inherente al ser humano, por lo que no puede privarse de ella ni modificarse. Es más, la Exposición de Motivos insiste en que la reforma va mucho más allá de un mero cambio terminológico, al contrario de lo que parece entender un sector de la doctrina³³.

30 La adaptación del ordenamiento jurídico alemán a la Convención ha sido considerada la reforma más importante desde el 1 de enero de 1900 (fecha de entrada en vigor del BGB). Véase: BUCHHALTER-MONTERO, Brian, “La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n° 17, junio 2022, pp. 150-171, esp. 152.

31 BARBA, Vincenzo, “La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Cubana de Derecho*, vol.1, n° 1, enero-julio, 2021, pp. 274-307.

32 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

33 “Si quitamos las etiquetas jurídicas y analizamos la realidad que subyace debajo de la misma nos encontramos con que antes y después de la ley la mayoría de las personas con discapacidad necesitan que se complemente o se sustituya su voluntad para actuar en el mundo jurídico. De modo que tras la publicación de la nueva ley podemos utilizar la expresión latina *nihil novum sub sole*”. Véase: ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit., p. 568. En este mismo sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, “Sobre la ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el

A pesar de que la LAPD no ha tenido la difusión mediática esperada (algo que hubiese sido deseable para concienciar a la sociedad y provocar cambios reales), ha sido celebrada por el movimiento asociativo de la discapacidad, principal impulsor del cambio, por acabar con la incapacitación judicial y sustituirla por un sistema de apoyos individualizados. En concreto, el CERMI considera que estamos ante un “hito democrático” porque supondrá un cambio real y efectivo en la vida de las personas con discapacidad³⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado un importante sector de la doctrina³⁵, que incluso la ha calificado de “valiente, disruptiva, carismática, luminosa” y “esperanzadora”³⁶. A estos pronunciamientos doctrinales se han sumado los de los operadores jurídicos, en especial, Fiscalía³⁷ y Nota-

ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, pp. 15-72.

34 Fundación CERMI, “El CERMI celebra la aprobación de la gran reforma del derecho civil en materia de discapacidad, que acabará con la incapacitación”, *Actualidad. El valor de la unidad*, de 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-celebra-la-aprobaci%C3%B3n-de-la-gran-reforma-del-derecho-civil-en-materia> (Consultado el 19/10/2022).

35 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit. GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, dirigido por Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Santiago-Chile, Olejnik, 2021, pp. 25-48. PRADOS GARCÍA, Celia, “Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Actualidad civil*, n° 11 (noviembre, 2021). TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit.

36 CALAZA LÓPEZ, Sonia, “Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 53-85, esp. 53. Que, al mismo tiempo, no piensa lo mismo de la reforma procesal, pues la autora considera que “posee todos los vicios procedimentales típicos: ineficiencia, ineficacia, lentitud, carestía, inhumanidad y una sola virtud: la derivación a la jurisdicción voluntaria”.

37 GARCÍA RUBIO, María Paz; SEGARRA CRESPO, María José; CERRADA LORANCA, Carlos; LABRADOR GIMENO, Isabel; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes; FUSTER BLAY, María; PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; “Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio y la reforma de la capacidad civil”, *Diario la ley*, n° 9980, 2021. MARÍN CALERO, Carlos, *La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Barcelona, Aferre, 2022. SANTOS URBAÑEJA, Fernando, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Marcial Pons, 2021.

riado³⁸. Por el contrario, para otro sector doctrinal la reforma es excesiva, incluso un poco imprudente, pues sostienen que la Convención de Nueva York no obliga en estos términos³⁹. De hecho, consideran que no era necesaria para adecuar nuestro Derecho al tratado internacional⁴⁰, o que era suficiente con una ligera modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la que se estableciese “la obligación de respetar la voluntad de las personas con discapacidad siempre que no fuera en contra de sus propios intereses”⁴¹. Incluso un sector de la doctrina defiende los conceptos civiles clásicos del modelo sustitutivo de la voluntad⁴², sostiene que el nuevo modelo puede desproteger a las personas con discapacidad⁴³ –especialmente a las que precisan de apoyos intensos– o que el modelo anterior era compatible con el tratado internacional⁴⁴. Por último, cabe mencionar que algún autor tiene la esperanza de que la jurisprudencia recupere el principio del mejor interés de la persona con discapacidad⁴⁵. Y hay quien espera pronunciamientos más contundentes

38 CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, “Entrevista a Almudena Castro-Girona Martínez”, *Índice: Revista de Estadística y Sociedad*, n° 85, 2022 (Ejemplar dedicado a inclusión y dependencia (II)), pp. 7-11. ---, “Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad jurídica”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 97, 2021, pp. 32-37.

39 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La observación general primera del Comité, cit.

40 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Sobre la ley 8/2021, cit., p. 15.

41 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit., p. 568.

42 GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, Adrián, «Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad», *Diario La Ley* n° 10006, 2022.

43 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit. DUPLÁ MARÍN, M.T.: “Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 788, 2021, pp. 3768 a 3794. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Margarita, “Análisis de la adaptación al Derecho civil del art. 12 CDPD”, *Revista Boliviana de Derecho* n° 34, 2022, pp. 684-715.

44 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 118, 2022.

45 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit., p. 568.

del Tribunal Supremo para que la jurisprudencia menor comience a aplicar las medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona en aquellos casos en los “que existan elementos objetivos que aconsejen su provisión”⁴⁶; manifestación a todas luces contraria a la Ley.

Afortunadamente, el legislador no lo entendió así y consideró que el sistema fallaba, al no ser la capacidad susceptible de ser graduada⁴⁷. No obstante, las resistencias detectadas no solo en la doctrina, sino en la propia jurisprudencia, se fundamentan en una razón de seguridad jurídica. Y es cierto que la Ley tiene costes en materia de seguridad jurídica, pero es preciso tener en cuenta que el modelo anterior tenía un coste mucho más alto en el ámbito de los derechos humanos⁴⁸. De ahí que sea necesario un cambio de mentalidad, tal como advierte la propia Exposición de Motivos de la Ley, puesto que la reforma conlleva nuevos planteamientos que inciden profundamente en las bases del Derecho civil. Este cambio debe discurrir por un nuevo enfoque, el social, basado en los derechos humanos, que nos aleje de antiguas visiones paternalistas y proteccionistas, propias del modelo médico de la discapacidad. Precisamente, como se ha mencionado anteriormente, la propia Convención llama a una toma de conciencia respecto de las personas con discapacidad. En concreto, insta a la sensibilización de la sociedad, al fomento del respeto de los derechos humanos, a la lucha contra los prejuicios, estereotipos y prácticas nocivas relacionadas con la discapacidad, así como a la promoción de la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad⁴⁹. Así lo ha entendido también la LAPD que considera necesario que la reforma vaya unida a una transformación de la mentalidad social, especialmente de los profesionales del Derecho. Así, en la disposición adicional segunda se insta a la formación en medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Interior, al Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales. También se dirige expresamente a los Colegios de Abogados, de Procuradores y de Graduados Sociales, al Consejo General del Notariado y el Colegio de Registrado-

46 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit., p. 568.

47 DE SALAS MURILLO, “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad, cit., p. 9.

48 GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60, esp. 49.

49 Art. 8 CDPD.

res de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España⁵⁰. Es más, sobre esta cuestión se insiste desde la Notaría, pues se considera que la reforma en sí misma no garantiza el cambio de mentalidad, sino todo lo contrario, al depender su eficacia de éste⁵¹. En este sentido, sostiene Carlos Marín Calero que tal y “como ha ocurrido con reformas anteriores (la de la incapacitación parcial, por ejemplo) nada impedirá aplicar esta nueva reforma de modo divergente u opuesto a estos principios, o al menos de modo reactio a ellos”⁵².

Y, para conseguir el necesario cambio de mentalidad, es preciso realizar planteamientos que transformen la imagen homogénea que ha representado al sujeto de derechos, por una diversa y plural que garantice una sociedad

50 Sin ánimo de exhaustividad mencionaré algunas de las formaciones que se han llevado a cabo desde la entrada en vigor de la ley: *Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores*, organizadas por la Fiscalía General del Estado, celebradas en Madrid, del 27 al 28 de septiembre de 2021; *Curso de Formación Discapacidad y Derecho*, organizado por el Consejo Valenciano de Colegio de Abogados, impartido en de septiembre de 2021; *Seminario sobre 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*, organizado por el Colegio Notarial de Madrid y celebrado el 4 de octubre de 2021; *Jornada medidas de apoyo a personas con discapacidad. Nuevo marco jurídico*, organizada por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Guipuzkoa, celebradas el 9 de marzo de 2022; *IV Curso de protección jurídica de las personas con discapacidad*, organizado por el Consejo General de la Abogacía Española, celebrado de marzo a mayo de 2022; *Webinar: Inseguretat Jurídica a la pràctica judicial després de l'aplicació de la reforma operada per llei 8/2021*, organizado por el Ilustre Colegi de l'Advocacia de Barcelona, celebrado el 3 de marzo de 2022; *I Jornadas de la Comisión de Discapacidad* del Colegio de Abogados de Córdoba, organizada por el Colegio de Abogados de Córdoba, celebradas los días 7 y 8 de abril de 2022; *XII Congreso Notarial Español. El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo*, organizado por el Consejo General del Notariado y celebrado en Málaga los días 19 y 20 de mayo de 2022; el curso *El nuevo sistema de provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica*, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos y celebrado los días 10 y 11 de octubre de 2022; O el curso de formación *El impacto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en servicios y equipamientos de atención sociosanitaria de Galicia*, organizado por la Xunta de Galicia, dirigido a su personal director, psicólogo, educadores, jurídico y de trabajo social, e impartido por Eugenia Torres Costas.

51 MARÍN CALERO, Carlos, *La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Barcelona, Aferre, 2022, p. 153.

52 MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad*, cit., p. 153.

inclusiva⁵³. En tal sentido, un sector de la doctrina sostiene que una de las razones que explican el rechazo al nuevo sistema instaurado por la CDPD tiene que ver con el desarrollo conceptual de voluntad y autonomía. El concepto de voluntad ha desempeñado un papel fundamental en la definición de la capacidad jurídica⁵⁴, aunque la primera no puede servir como límite excluyente o restrictivo de la segunda. De esta forma, el modelo de la CDPD contradice los conceptos tradicionalmente aceptados de autonomía y voluntad, basados en criterios de racionalidad e inteligencia. En este sentido, la opinión mayoritaria hasta la aparición del nuevo paradigma entendía, casi unánimemente, que la voluntad tiene requisitos previos de tipo cognitivo, lo que permite excluir a determinadas personas que, aparentemente, carecen de voluntad⁵⁵. Esta concepción de la voluntad encajaba muy bien con modelos de comprensión de la discapacidad intelectual que van perdiendo fuerza; como el loco no sabía lo que hacía, no tenía voluntad⁵⁶. Por ello, si la LAPD persigue garantizar que la persona con discapacidad pueda tomar sus propias decisiones, garantizado apoyos que eliminen los obstáculos que imposibilitan el ejercicio de este derecho, el vínculo entre la capacidad jurídica y la descrita concepción de la voluntad debe romperse⁵⁷. Correlativamente, se propone la necesidad de reconstruir una nueva autonomía de la voluntad acorde con una concepción de la discapacidad intelectual o cognitiva, o la dificultad para entender, que ya no puede ser considerada como antónimo de la voluntad o de voluntad suficiente⁵⁸. Pero esto implica un cambio radical que desafía los conocimientos y convicciones más sólidas sobre las bondades del modelo pasado, e impone la necesidad de avanzar hacia una idea de voluntad más compleja, que tenga en cuenta factores no exclusivamente racionales, sino también y quizás, sobre todo, relacionales⁵⁹.

53 No se trata de una opción con la que podemos estar o no de acuerdo, sino que nos encontramos ante una cuestión de derechos humanos, como recuerda GARCÍA RUBIO, María Paz, “Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (coord.) *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, 2020, pp. 39-62, esp. 61.

54 BACH, “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal, cit., p. 50.

55 BACH, “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal, cit., p. 55.

56 GARCÍA RUBIO, “Variaciones sobre la reforma con discapacidad, cit., s/p.

57 BACH, “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal, cit., p. 51.

58 GARCÍA RUBIO, “Variaciones sobre la reforma con discapacidad, cit., s/p.

59 GARCÍA RUBIO, “Variaciones sobre la reforma con discapacidad, cit., s/p.

2.2.1. Ámbito de aplicación de la LAPD

La LAPD no ofrece una definición de discapacidad, y no lo hace porque acepta el modelo social que adopta la Convención, en la que se da una descripción de situaciones de discapacidad, pero no se define ni se delimita ésta⁶⁰. Sin embargo, aunque no se menciona expresamente, se asume que la mayoría⁶¹ de normas de la LAPD se dirigen a personas con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales que son las que van a estar, en su caso, necesitadas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que en nuestro Derecho no se niega, desde hace mucho tiempo, a quienes sufren discapacidades físicas o sensoriales⁶². Diferente ha sido el caso de las personas que tienen dificultades para comprender y/o decidir, expresar su voluntad interna⁶³ o entender el alcance de un determinado negocio jurídico, los efectos derivados de un contrato, o de contraer matrimonio, por enumerar algunos ejemplos. No obstante, conviene distinguir cuatro colectivos de personas que pueden precisar de medidas de apoyo: personas con discapacidad intelectual, las personas de edad avanzada, como consecuencia del proceso de envejecimiento, personas con traumas cerebrales y, del que más nos ocuparemos en este trabajo, el de las personas con problemas mentales, que pueden ver com-

60 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p. QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: reflexiones finales”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 21-42, esp. 25.

61 La LAPD también incorpora medidas para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidades sensoriales.

62 No obstante, se han establecido reglas concretas para otros tipos de discapacidad física o sensorial, como sucede en algunos artículos que reforman el Derecho de sucesiones, como es el caso del art. 708 CC: “no pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

63 CALAZA LÓPEZ, Sonia, “Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” procesales para único abrigo sustantivo?”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 617-643, esp. 624.

prometida su capacidad de decisión en períodos de crisis de la enfermedad⁶⁴. Precisamente, es a este colectivo, especialmente vulnerable, al que más afecta las medidas de internamiento o tratamiento involuntario.

Por último, conviene puntualizar que, tal y como se advierte en el párrafo primero del art. 249 CC, frontispicio de la reforma⁶⁵, la LAPD se dirige a las personas mayores de edad o menores emancipados que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica. Por su parte, los menores de edad con discapacidad quedan sometidos al régimen de protección jurídica propio de la minoría de edad, en el que rige el principio de mejor interés del menor.

2.2.2. El respeto a la voluntad de la persona en detrimento del criterio del mejor interés

El art. 249 CC recoge los principios informadores del nuevo sistema de provisión de apoyos y ha sido considerado por un sector de la doctrina como el “frontispicio de la reforma”⁶⁶. Establece el artículo que las medidas de apoyo tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad y su desenvolvimiento jurídico. Dichas medidas deben estar inspiradas en el respeto a la “dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”. Y añade el precepto que las medidas de origen legal o judicial procederán solo “en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”⁶⁷.

El art. 249 CC establece como único principio de actuación el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. La Ley emplea términos que el Comité utiliza de forma reiterada en la Observación General Primera. Aunque hasta la fecha no se ha realizado un análisis profundo sobre si estamos ante tres niveles distintos de voluntad. No obstante, de

64 GARCÍA RUBIO, “Variaciones sobre la reforma con discapacidad, cit., s/p.

65 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

66 GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia, “Art. 249 CC”, García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 207-219, esp. 208.

67 Precisamente, la expresión “en defecto o ausencia de voluntad” fue objeto de enmienda, en la que se decía que la voluntad se tiene o no se tiene. Finalmente, la enmienda no prosperó, quedando en manos de los tribunales la determinación de la existencia o no de la voluntad.

acuerdo a la CDPD, la voluntad desde ser interpretada en un sentido amplio que incluye la libertad de tomar las propias decisiones. En consecuencia, el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias conlleva la eliminación del modelo de sustitución en la toma de decisiones. Añade el art. 249 CC que quienes presten el apoyo deben procurar que:

la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

De esta forma, las personas que prestan el apoyo lo hacen en calidad de orientadoras, informadoras y facilitadoras, para que la persona con discapacidad pueda conformar su propia voluntad y expresar sus preferencias, al tiempo que intentan que, en el futuro, pueda hacerlo con menos apoyo⁶⁸. Solo con carácter excepcional se contemplan las funciones representativas: “cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”⁶⁹. No obstante, establece el precepto, que en este caso deberá tenerse en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus valores y creencias, “así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”⁷⁰. Incluso, en el caso de los denominados “casos límite o difíciles”, es decir, supuestos en los que la persona con discapacidad “ni puede formar su voluntad ni puede expresarla y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada”⁷¹, el legislador ha entendido que la persona que presta el apoyo actuará con funciones representativas, que pueden llegar a ser muy amplias. No obstante, también en estos casos, la persona que preste el apoyo debe tener en cuenta cualquier información que le permita tomar la decisión que habría adoptado la persona necesitada de apoyo en caso de no requerir representación⁷², con lo que en ningún caso se trata de representación sustitutiva⁷³.

68 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 249 CC”, cit., p. 216.

69 Art. 249 CC.

70 Art. 249 CC.

71 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Artículo 249 CC”, cit., p. 217.

72 Art. 249 CC.

73 En esta situación representativa no hay sustitución de la voluntad del representado por parte del representante, como viene sosteniendo María Paz García Rubio. Pues el

Sobre esta cuestión, señala algún autor que la única novedad de la reforma radica en la obligación de respetar la trayectoria vital de la persona, y esto no presenta ventaja alguna para las personas que requieren de apoyos intensos para el ejercicio de su capacidad jurídica⁷⁴. Por el contrario, considero que es precisamente esta novedad la que pone por primera vez en el centro a la persona, con independencia de la intensidad del apoyo requerido⁷⁵. En definitiva, las funciones representativas solo tendrán cabida una vez realizado el esfuerzo de averiguación de la voluntad, y, aun así, la voluntad del repre-

representante no puede actuar según su criterio, sino que debe actuar como un “asistente-transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad”. También cuando la voluntad no pueda ser concretada de otro modo, en cuyo caso deberá llevarse a cabo un proceso de reconstrucción de la misma, tomando en cuenta la trayectoria vital, las creencias y valores de la persona, así como los factores que la persona hubiera tenido en cuenta para adoptar la decisión. GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit. Por el contrario, entiende que estamos ante representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad del representado, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Art. 249 CC”, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.): *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 512-526.

74 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley 8/2021, cit., p. 567.

75 Un ejemplo de mala interpretación del 249 CC lo encontramos en la sentencia nº 85/2022, dictada por la Audiencia Provincial de Santander el 14 de febrero de 2022. La sentencia resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de primera instancia de 5 de abril de 2021, en la que se solicitaba una modificación de medidas respecto de un hijo común, aunque éste ya había alcanzado la mayoría de edad. Desde que llegara a la edad adulta, su madre venía prestándole apoyo en calidad de guardadora de hecho, aunque existía cierto conflicto familiar con el padre. Pese a que la ley exige que se procure en todo momento el desarrollo del proceso de toma de decisiones (art. 249 CC), la autoridad judicial que consideró que se encontraba ante uno de los denominados casos difíciles, no tuvo en cuenta su trayectoria vital, adoptando la resolución sin previa audiencia del hijo y sin tratar de reconstruir la voluntad del hijo a través de la persona que presta el apoyo. De haber aplicado correctamente el art. 249 CC, debió entrevistarse con el hijo para conocer su voluntad, e incluso para determinar el grado de afectividad con sus progenitores, garantizándole en todo momento el apoyo preciso. Por el contrario, resolvió el conflicto familiar a través del establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre; respuesta que representa el paternalismo jurídico propio del modelo anterior. Véase: PRADOS GARCÍA, Celia, “El derecho de visita como instrumento de resolución de conflictos en la guarda de hecho Comentario a la SAP 85/2022, de 14 de febrero”, *Revista Boliviana de Derecho* nº 35, enero, 2023, pp. 540-553.

sentado no debe ser sustituida⁷⁶. De esta forma, estaríamos ante un tipo de representación:

en la que el titular del apoyo actúa como enlace o nexo de unión entre la persona con discapacidad y el destinatario de la declaración de voluntad, pero lo hace participando de modo activo no solo en la interpretación de dicha declaración, sino incluso en su formación, pues tiene que realizar una auténtica labor de interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad a la que representa⁷⁷.

El principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias también aparece regulado en el art. 268 CC, en lo relativo a las medidas de apoyo judiciales que deben respetar siempre la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y “atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”. Sin embargo, del término “atender en todo caso” se han derivado distintas interpretaciones. La primera, seguida por un sector de la doctrina que considera que, aunque la autoridad judicial debe tener en cuenta la voluntad de la persona, puede apartarse de ésta, especialmente, en los casos en los que no se tiene conciencia de la discapacidad⁷⁸. La segunda, que rebate la tesis anterior, considera que la acepción del término “atender” es mucho más amplia que un mero “tener en cuenta”, por el contrario, “va mucho más allá al exigir un resultado que responda, derechamente, al cumplimiento de los deseos, ruegos o mandatos de la persona que ha de ser “atendida”⁷⁹. Argumen-

76 Por el contrario, en la práctica se evidencia una interpretación de las funciones de representación como sustitutivas de la voluntad de la persona con discapacidad, tal y como se puede apreciar en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril –ECLI: ES: APB: 2022:4724 y de 13 de mayo –ECLI: ES: APB: 2022:4992. SAP de Madrid 878/2021, de 21 de septiembre (Roj: SAP M 10868/2021 –ECLI:ES: APM:2021:10868). SAP de Murcia de 23 de septiembre de 2021 (Roj: SAP MU 2319/2021 –ECLI:ES:APMU:2021:2319). SAP de Valencia 33/2022, de 19 de enero (Roj: SAP V 111/2022 –ECLI:APV:2022:111).

77 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 294 CC”, cit., p. 217.

78 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación, cit. CALLEJO CARRIÓN, Soraya, *Discapacidad: internamientos y medidas de apoyo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021. DE SALAS MURILLO, Sofía, “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, cit. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Art. 268 CC”, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.): *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 679-688.

79 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, cit., pp. 300-301.

to al que debe sumarse lo establecido en el Preámbulo de la LAPD cuando dice que las medidas de apoyo han de respetar los derechos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad, y, sin lugar a dudas, “respetar es mucho más que tomar en consideración”⁸⁰. Lamentablemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la primera interpretación en la STS 589/2021, de 8 de septiembre⁸¹, decisión que han seguido los tribunales menores⁸², aunque también pueden encontrarse algunas resoluciones que, a nuestro juicio, resultan más respetuosas con la letra y el espíritu de la LAPD, aunque tal vez no llegan a expresar todas sus implicaciones⁸³.

También en la regulación de la curatela, medida de apoyo judicial por excelencia, se insiste en que solo en casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, se determinará en la resolución judicial motivada los actos concretos en los que el curador asumirá la representación de la persona con discapacidad, aunque

80 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, cit., pp. 300-301.

81 STS, Sala de lo Civil, nº 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3276/2021-ECLI:ES:TS:2021:3276). En una sentencia más reciente el TS hace una interpretación algo más flexible de la STS 589/2021, de 8 de septiembre, aunque lo hace solo en apariencia. Se trata de la STS 964/2022 de 21 de diciembre de 2022 (Roj TST 4791/2021-ECLI:ES:TS:2022:4791) en la que una mujer se opone expresamente a las medidas adoptadas en primera y segunda instancia, cuya lectura confirma que el único motivo por el que la Sala Primera del TS estima el recurso es porque considera que la voluntad de la mujer no está “mediatizada por la enfermedad que padece o por su propia discapacidad”. Lo que nos lleva a pensar que de haber considerado que el diagnóstico médico afectaba a la voluntad de la persona, se hubiese vinculado otra vez y de forma errónea a una falta de capacidad (mental), adoptando la medida de apoyo sin respetar la voluntad (real) de la persona, incluso en contra de ésta, remitiéndose a la STS 589/2021, como viene haciendo a lo largo de la sentencia. Como rasgo positivo, cabe destacar que en la STS de 21 de diciembre de 2022 se presta especial atención a los principios de necesidad y proporcionalidad, que no son respetados ni en primera ni en segunda instancia, al no pronunciarse sobre los actos para los que la interesada requiere apoyo en la toma de decisiones.

82 Entre otras: SAP de Mérida 27/2022, de 7 de febrero (Roj: SAP BA 227/2022-ECLI:ES:APBA:2022:227); SAP de Toledo 53/2022, de 14 de marzo (Roj: SAP TO 560/2022-ECLI:ES:APTO:2022:560); SAP de Salamanca 393/2022, de 13 de mayo (Roj: SAP SA 424/2022-ECLI:ES:APSA:2022:424).

83 SAP Cádiz nº 439, de 12 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:930); Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla nº 561, de 27 de septiembre de 2021; SAP Barcelona nº 346, de 22 de junio de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:612), entre otras.

el curador actuará bajo los criterios fijados en el art. 249 CC⁸⁴. Y añade el legislador que: “en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos”⁸⁵. Cabe señalar, de nuevo con carácter crítico, que el propio Tribunal Supremo en la citada sentencia de 8 de septiembre, priva del ejercicio de derechos fundamentales a la persona, al permitir que el curador pueda acceder a la vivienda de aquélla en contra de su expresa voluntad.

En suma, de acuerdo a la CDPD y a la propia LAPD, el único criterio de actuación es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Así, en la parte sustantiva de la LAPD se ha intentado prescindir del concepto de “mejor interés” o “interés superior” de la persona adulta con discapacidad como guía de actuación para quienes presten apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. La eliminación de este criterio es una exigencia de la Observación General núm. 1: “El paradigma de la “voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”. De esta forma, el criterio del mejor interés debe ser expulsado en la prestación de apoyos⁸⁶. Por y para ello, el art. 249 CC consigna el procedimiento a seguir por la persona que presta el apoyo, tal y como se ha mencionado anteriormente.

No obstante, el respeto de la voluntad como único criterio no ha sido acogido por un sector de la doctrina, que considera que el criterio del mejor interés debe subsistir en algunos casos con carácter subsidiario⁸⁷. Por

84 Art. 269 CC.

85 SAP de Oviedo 1267/2022, de 31 de marzo. Se mantiene una medida en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. La Sala considera que, aunque se trata de una finalidad tuitiva, no se restringe derechos, nada más lejos de la realidad.

86 GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil, cit. GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, cit.

87 ARSUAGA CORTÁZAR, José, “De la incapacitación al proceso de constitución de apoyos para las personas con discapacidad. Claves de la Ley de Reforma 8/2021, de 2 de junio (SP/DOCT/109548), *Guía prácticas de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Ley 8/2021, de 2 de junio. Normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2021, pp. 305-320. DURÁN ALONSO, “Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo, cit. GARCÍA HERRERA, Vanessa, “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, dirigido por Montserrat Pereña. Vicente y María del Mar Heras

ejemplo, cuando la persona en cuestión requiere de un apoyo intenso y no puede manifestar su voluntad. En este caso, se propone que sea posible acudir al criterio del mejor interés “para adoptar decisiones que objetivamente se consideren convenientes para su bienestar, en contra de su voluntad”⁸⁸. Otros autores consideran que el criterio del mejor interés no debería haber desaparecido, pues servía para impedir que la persona se hiciese daño a sí misma⁸⁹. Es el caso de autores como Federico Arnau que considera que, al igual que los menores, las personas con discapacidad pueden tomar decisiones en contra de sus intereses personales y patrimoniales –algo que entiendo inherente a la propia condición errática del ser humano, con independencia de la discapacidad. Así, comparte el autor la necesaria autonomía de las personas, pero no que la voluntad carezca de límites⁹⁰. E incluso se sostiene que el criterio del interés superior u objetivo sigue estando presente, con mucha más fuerza en algunas disposiciones relativas a prohibiciones testamentarias, como es el caso del art. 753 CC⁹¹. En algún caso se plantean ejemplos difícilmente sostenibles, en los que se muestra una persona mayor en un estado avanzado de Alzheimer que, en su día manifestó su deseo de vivir solo, y ahora su hijo se ve en la tesitura de tener que respetar su voluntad, una voluntad que parece no ser suficiente para algunos juristas y que tendrá como consecuencias la inaplicación de la reforma en la práctica⁹². De hecho, los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo favorecen el criterio del mejor interés, sobre un fundamento que considera que la autoridad judicial puede ser:

Hernández, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 341-386. PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, dirigido por Montserrat Pereña Vicente y María del Mar Heras Hernández, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 155-184.

88 DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la ley*, nº 10021, 2022.

89 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley, cit., p. 559. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Margarita, “Análisis de la adaptación al Derecho civil, cit., p. 695.

90 ARNAU MOYA, “Aspectos polémicos de la ley, cit., p. 559.

91 DE SALAS MURILLO, “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, cit., p. 40.

92 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Análisis de la adaptación al Derecho civil, cit.

mejor intérprete de los intereses de la persona con discapacidad que ella misma, y no por ello aceptaría de sí mismo que se está limitando a un cambio meramente terminológico, sino que defenderá y “acreditará” que la suya es la aplicación correcta de la nueva ley⁹³.

Este tipo de afirmación ha sido considerada por parte de la doctrina como una oportunidad perdida⁹⁴ para interpretar nuestro OJ de acuerdo a la CDPD⁹⁵.

2.2.3. El derecho al apoyo y a su renuncia

El derecho al apoyo es una exigencia derivada del art. 12 CDPD, que ha quedado plasmada en la LAPD. Sin embargo, resulta especialmente controvertida la cuestión relativa al derecho a renunciar al apoyo. Es cierto que la doctrina se ha pronunciado positivamente sobre este derecho⁹⁶, aunque ni en el texto de la ley ni en el de la propia Convención se menciona expresa-

93 MARÍN CALERO, *La integración de las personas con discapacidad*, cit., p. 1152.

94 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo, cit.

95 Son abundantes las sentencias que siguen esta línea interpretativa. En ellas se aprecia que la valoración de la prueba está dirigida a resolver, según el principio del interés superior de la persona, incluso en contra de su voluntad: SAP Mérida 27/2022, de 7 de febrero (Roj: SAP BA 227/2022-ECLI:ES:APBA:2022:227). SAP Toledo 53/2022, de 14 de marzo (Roj: SAP TO 560/2022 –ECLI:ES:AUTO:2022:560); SAP de Oviedo 1267/2022, de 31 de marzo – ECLI:ES:APO:2022:1267. SAP de Salamanca 393/2022, de 13 de mayo (Roj: SAP SA 424/2022-ECLI:ES:APSA:2022:424). SAP BA 122/2022, de 16 de mayo (Roj: SAP BA 629/2022-ECLI:ES:APBA:2022:629). En concreto, la SAP de Mérida 27/2022 cita expresamente la STS de 8 de septiembre que: “añade una reflexión interesante a efectos de este proceso, como es que no siempre se podrá contar con la anuencia de la persona interesada, máxime en supuestos como el presente en que el recurrente no tiene conciencia de su enfermedad, según el propio informe forense”. SAP Mérida 27/2022, de 7 de febrero (Roj: SAP BA 227/2022-ECLI:ES:APBA:2022:227). En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona 122/2022 que: “parte, como regla es regla general en estos casos el principio superior de protección del discapacitado y búsqueda de su mejor interés. Y es que concluye acertadamente que actualmente, que es lo que interesa, la intervención de los familiares en el ejercicio de la curatela constituye un factor de desequilibrio en el estado emocional de Saturnino con un resultado negativo en el ejercicio de la curatela e incluso en la salud de aquel”. SAP BA 122/2022, de 16 de mayo (Roj: SAP BA 629/2022-ECLI:ES:APBA:2022:629).

96 GARCÍA RUBIO, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil, cit. GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo, cit.

mente. Por el contrario, sí lo hace de forma implícita la Observación General Primera del Comité de Derechos Humanos, cuando afirma que: “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”⁹⁷. No obstante, tal y como se ha mencionado anteriormente, el valor jurídico interno de la Observación ha suscitado importantes debates en España, tanto jurisprudenciales como doctrinales. El hecho de que la LAPD guarde silencio sobre el derecho a renunciar a los apoyos, hace que se mantenga vivo este debate. La falta de precisión de la LAPD sobre esta cuestión de máxima importancia, sigue sin resolverse, quedando relegada a la interpretación sistemática del conjunto de la reforma. A juicio de María Paz García Rubio y Eugenia Torres Costas, existen argumentos sólidos en el propio texto normativo para sostener que “es posible y legítimo que la persona con discapacidad rechace el apoyo que se le ofrece o al que tiene derecho”⁹⁸. En primer lugar, porque “tal parece el corolario último del principio de prevalencia, sobre cualquier otra consideración, de la voluntad, deseos y preferencias”⁹⁹, recogido en los arts. 249 y 250 CC. Además, la ley regula la posibilidad de celebrar un contrato sin apoyo, así como que el contrato sea anulado en el plazo de cuatro años (art. 1301.4 CC), incluso que pueda ser confirmado expresamente¹⁰⁰. Y esto puede ocurrir en contra de la voluntad de la persona que presta el apoyo, que podrá anular el contrato únicamente:

cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta¹⁰¹.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado Sonia Calaza que considera que la adopción judicial de medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad “constituiría un claro atropello de todas aquellas

97 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

98 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

99 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 294 CC”, cit., p. 214.

100 PRADOS GARCÍA, Celia, “Eficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16, 2022 (Ejemplar dedicado a: LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO CONTRACTUAL), pp. 24-45.

101 Art. 1302 CC.

razonables aspiraciones de ensalzamiento de la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad”¹⁰².

Por el contrario, en la propia reforma se encuentran fundamentos para negar el derecho a renunciar los apoyos. Es el caso del art. 756.1 LEC relativo a la configuración procesal del sistema de provisión de apoyos:

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

Esto quiere decir que en los casos en los que hay oposición, el procedimiento pasa a ser contencioso, de lo que se deduce que en el juicio podrían adoptarse medidas en contra de la voluntad del interesado. Sin embargo, esta interpretación no es acorde a la CDPD, ni con la propia LAPD, que ordena el respeto a la voluntad, deseos y preferencias para la provisión de medidas de apoyos, como principio elemental e imperativo; una cosa es que el procedimiento de jurisdicción voluntaria se archive si hay oposición y otra, que en el contradictorio se adopten medidas que no respeten esa voluntad de la persona con discapacidad (la oposición se puede deber a muchos temas y puede ser planteada no solo por las propias personas con discapacidad intervinientes). Es más, sostiene un sector de la doctrina que “la oposición al apoyo de la persona concernida debería derivar en el archivo del procedimiento, sin más”¹⁰³. De hecho, así se ha entendido en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del alemán, en el que la libre oposición de la persona con discapacidad a los apoyos no supone la conversión en contencioso del expediente, sino que simplemente se termina. Esto es debido a que el §1814.II BGB determina que no es posible la provisión de apoyos contra la voluntad de la persona mayor de edad¹⁰⁴.

Es cierto que otros autores se han mostrado contrarios al derecho a renunciar a los apoyos. De un lado porque consideran que, de la posibilidad de adopción de medidas legales de apoyo por la autoridad judicial, en defecto o

102 CALAZA LÓPEZ, “Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad, cit., p. 623.

103 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 294 CC”, cit., p. 214.

104 BUCHHALTER-MONTERO, Brian, “La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual, cit., p. 157.

insuficiencia de medidas voluntarias, se deduce “que la persona con discapacidad no puede rechazar ser asistida”¹⁰⁵. De otro, porque el derecho a renunciar a los apoyos sería contrario al art. 49 CE¹⁰⁶, precepto anterior a la CDPD y en proceso de reforma¹⁰⁷.

A fin de cuentas, lo ideal hubiese sido que el legislador se hubiese manifestado expresamente sobre el derecho a renunciar al apoyo, tal y como hiciera el legislador alemán en la reforma operada en el BGB por la *Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsgesetz*, de 4 de mayo de 2021 (publicado el 12 de mayo de 2021, que entró en vigor el 1 de enero de 2022)¹⁰⁸. De esta forma, se hubiese evitado la interpretación del TS en la sentencia de 8 de septiembre de 2021, en la cual, pese a que el Tribunal hace una exposición de los principios que recoge la Convención y la ley, termina obviando la voluntad de la persona e imponiéndole el apoyo¹⁰⁹. Y lo ha hecho en base a fundamentos que residen en la:

105 DE SALAS MURILLO, Sofía, “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n° 96, n° 780, 2020, pp. 2227-2268.

106 GARCÍA HERRERA, Vanessa, “Los poderes preventivos, cit., p. 352. QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal, cit.

107 El Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, relativo a la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España. La propuesta, que surge a iniciativa del Gobierno cuenta con la participación del colectivo de personas con discapacidad, persigue la adaptación del art. 49 CE al modelo social de la discapacidad. Véase Enmiendas e Índice de Enmiendas al articulado. Proyecto de ley 102/000001 Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 54-2, de 13 de enero de 2021.

108 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 294 CC”, cit. RIVEROS FERRADA, Carolina, “La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n° 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 106-113.

109 La STS n° 589/2021, de 8 de septiembre de 2021. Esta sentencia ha servido de modelo a otras de tribunales inferiores que han seguido este criterio: AJPI n° 13 de Zaragoza n° 95/2022, de 3 de febrero (NIG: 5029742120210025525). SAP de Toledo 53/2022, de 14 de marzo (Roj: SAP TO 560/2022 –ECLI:ES:APTO:2022:560). SAP de Salamanca 393/2022, de 13 de mayo (Roj: SAP SA 424/2022-ECLI:ES:APSA:2022:424). SAP Mérida 27/2022, de 7 de febrero (Roj: SAP BA 227/2022-ECLI:ES:APBA:2022:227). SAP BA 122/2022, de 16 de mayo (Roj: SAP BA 629/2022-ECLI:ES:APBA:2022:629).

genérica, tradicional, repetida y más que cuestionada afirmación según la cual este tipo de pacientes psiquiátricos no son conscientes de su enfermedad, la cual anula o limita su capacidad volitiva y les provoca un deterioro físico y mental que les lleva a hacer manifestaciones y a tomar decisiones que de ser plenamente conscientes no desearían¹¹⁰.

El argumento de que la persona no es consciente de su enfermedad, constituye un mantra que se repite en muchas sentencias¹¹¹ y es algo contra lo que las personas con discapacidad psicosocial o personas con enfermedad mental han luchado de una forma activa y reiterada durante toda la negociación de la CDPD, pues se considera que esto es un estigma¹¹². Se trata de un posicionamiento que no parece conforme con el espíritu y letra de la LAPD y la CDPD, que sin embargo también utiliza el TEDH, como hemos mencionado anteriormente.

2.2.4. Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad de los apoyos

El art. 249 CC, in fine, establece que las medidas de apoyo deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. En este mismo sentido, el

110 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 294 CC”, cit., p. 213.

111 SAP de Barcelona 9511/2021, de 15 de septiembre de 2021. No se atiende a la voluntad de la persona con discapacidad porque ésta está afectada por la enfermedad y por el consumo de tóxicos. SAP Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo – ECLI:ES:APCS:2022:331. En primera instancia se adopta una curatela en el ámbito médico y patrimonial a favor de la Generalitat Valenciana. La persona necesitada de apoyo recurre en apelación proponiendo que la Generalitat le preste apoyo en las cuestiones médicas y su padre en las de ámbito patrimonial. Sin embargo, se le asigna un apoyo en contra de su voluntad, fundamentado en la ST de 8 de septiembre de 2021, sobre la base de un informe médico que dice que carece de conciencia sobre su enfermedad. Tampoco respeta la voluntad de que sea su padre la persona que le preste apoyo en el ámbito patrimonial, debido a la relación conflictiva que existe entre ambos. De tal forma que el tribunal resuelve en base al mejor interés de la persona con discapacidad. SAP de Barcelona 2561/2022, de 8 de marzo – ECLI:ES:APB:2022:2561: “no puede en este caso atenderse a la voluntad expresada por el afectado que se estima no está bien conformada al apreciarse desconocimiento parcial de las consecuencias de no hacer un seguimiento adecuado de su enfermedad”. SAP de Oviedo 1267/2022, de 31 de marzo – ECLI:ES:APO:2022:1267: “constatada la falta de conciencia de la enfermedad, la existencia de apoyos en la esfera del manejo de medicamentos y de prestación de consentimiento para el tratamiento necesario a la patología sufrida, determina la bondad de tal medida con una finalidad tuitiva y no restrictiva de derechos”.

112 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12, cit.*

artículo 250 CC contiene varias reglas generales de aplicación a las medidas de apoyo. La primera, relativa a la función de las medidas de apoyo, establece que debe consistir en la asistencia a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando sea necesario, respetando su voluntad, deseos y preferencias. También el art. 268 CC se pronuncia sobre la provisión de apoyos proporcionadas a las necesidades de la persona que pueda precisarlas. De tal forma que las medidas de apoyo no podrán excederse de lo que realmente necesite la persona para poder ejercitar su capacidad jurídica¹¹³.

El principio de proporcionalidad tiene que ver con la intensidad de la medida de apoyo, es decir, el grado de intervención de la persona que presta el apoyo en la toma de decisiones. En algunos casos consistirá en un mero acompañamiento, pero en otros puede suponer una codecisión o, incluso, una representación¹¹⁴. Aunque, en este caso, tal y como se ha mencionado anteriormente, las funciones representativas solo tendrán cabida después de haber hecho el esfuerzo de averiguación de la voluntad y, aun así, hay que realizar una auténtica labor interpretativa¹¹⁵.

Por último, las medidas de apoyo se adoptarán sólo con carácter subsidiario. Este principio tiene distintas manifestaciones, tales como que el recurso a los apoyos de carácter formal cuando la persona no haya encontrado apoyo su entorno familiar o comunitario¹¹⁶. O que las medidas de apoyo de origen judicial proceden en defecto de la voluntad de la persona. También cuando, pese a haberse iniciado un expediente de provisión de apoyos, el órgano jurisdiccional constate que la persona ya está siendo apoyada o está en situación de recibir apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En definitiva, solo con

113 Una mala interpretación de este principio la encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2022, en la que la sala extiende la medida de apoyo hacia áreas no solicitadas por ninguna de las partes en el procedimiento. SAP de Barcelona, de 28 de abril –ECLI: ES: APB: 2022:4724.

114 No obstante, se sostiene que la mayor dificultad se encuentra en la instrumentación de la intervención en el tráfico jurídico, pues resulta especialmente complicado determinar cómo integra el acto o negocio jurídico o determinar si la persona que presta el apoyo está respetando la voluntad de la persona apoyada. PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo, cit.

115 GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, “Art. 294 CC”, cit., p. 217.

116 DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, “El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 127-160.

carácter subsidiario se adoptarán medidas de apoyo judiciales en un proceso de jurisdicción voluntaria, no sin antes haberle explicado debidamente a la persona las opciones anteriores.

Por el contrario, se vienen observando interpretaciones que no respetan el orden de prelación de medidas establecidas en la LAPD, según la cual las medidas voluntarias prevalecerán sobre las judiciales. Es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de mayo de 2022¹¹⁷. En primera instancia se había declarado la incapacitación total de una persona con discapacidad. Contra esta sentencia se presenta por la declarada incapaz recurso de apelación mediante el cual alega, en esencia, que existe una errónea valoración de la prueba, y que únicamente procede declarar una incapacidad parcial. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso, pero interesó la revisión de la sentencia para adecuarla a lo establecido en la LAPD. En el acto de la vista la apelante solicitó que se adoptaren medidas de apoyo de naturaleza voluntarias para la administración de medicamentos y la de los bienes, aunque finalmente se adoptó una curatela asistencial para actos médicos y la administración del patrimonio en la persona de su madre. En segunda instancia la persona necesitada de apoyo manifestó su deseo de otorgar medidas voluntarias, pero el juez las denegó sobre la base de que ella no tenía capacidad para hacerlo, negando su capacidad jurídica y obviando el papel asignado al notario en la LAPD, a quien le hubiese correspondido valorar si la persona está en condiciones de realizar dicho otorgamiento.

2.2.5. La persona en su integridad

La LAPD contempla a la persona en su integridad, atendiendo al conjunto de sus derechos. Esto es lo que María Paz García Rubio ha denominado “atención bifronte” de la Ley, pues trata de atender tanto a los aspectos patrimoniales como a los personales¹¹⁸, al tiempo que se abren nuevos horizontes para el Derecho civil. De esta forma, la ley se aleja del modelo patrimonialista propio de los códigos civiles decimonónicos que regulaban el concepto de persona como sujeto de derechos subjetivos patrimoniales¹¹⁹. Por el contrario, ahora

117 SAP de Santa Cruz de Tenerife nº 250, de 20 de mayo –ECLI:ES: APTF:2022:1265.

118 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

119 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

se preocupa de que se preste el apoyo necesario para la toma de decisiones concernientes a dónde y con quién vivir, aspectos relativos a su sexualidad y/o derechos reproductivos, si quiere o no recibir tratamiento médico para su enfermedad o cómo ejercer la patria potestad respecto de los hijos menores, entre otras.

Una nota especialmente relevante que evidencia que el “Derecho civil puede ser un instrumento eficaz de tutela de los derechos humanos y no sólo un expediente técnico para regular el mercado y las relaciones patrimoniales entre los sujetos privados”¹²⁰. Mas, al contrario, el Derecho civil se proyecta hacia el futuro, desde el marco de la protección de los derechos fundamentales, en calidad de depositario de las opciones éticas de la sociedad, entre las que queda encuadrado el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, más allá de la mera igualdad formal¹²¹. Por ello, es en esta atención bifronte, en la que cobra sentido el Derecho de la vida cotidiana de las personas.

2.2.6. Restricción máxima de los supuestos en los que se permite la sustitución en la toma de decisiones

La Observación General Primera establece que “el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”. Sin embargo, la LAPD contempla que tanto el apoyo informal como el formal pueda ser representativo, aunque, tal y como se ha expuesto anteriormente, solo excepcionalmente y, además, según la interpretación que consideramos más plausible, tal representación no será sustitutiva salvo en supuestos absolutamente excepcionales en los que, en modo alguna, quepa la reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad, ni esta tenga trayectoria vital a la que recurrir.

Puede concluirse que las funciones de representación que puedan desempeñar las personas prestadoras de apoyo son la excepción a la regla general y

120 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

121 GARCÍA RUBRIO, María Paz, “Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, n° 1, 2022, pp. 233-245.

la representación sustitutiva será todavía más excepcional¹²². Y que este tipo de representación no debe sustituir la voluntad de la persona apoyada, pues quien presta el apoyo no puede actuar según su criterio, por más que considere que es lo mejor para la persona representada¹²³. De tal manera, que cuando la voluntad de la persona necesitada de apoyo no pueda ser concretada, porque nos encontramos ante los denominados casos difíciles, la persona que presta el apoyo deberá tratar de reconstruir la voluntad teniendo en cuenta su trayectoria vital, creencias y valores, “así como los factores que hipotéticamente esta habría ponderado (las llamadas *sedimented life preferences*) para adoptar la decisión de que se trate”¹²⁴.

2.2.7. Establecimiento de salvaguardias

El art. 250 CC establece que la medida de apoyo puede ir acompañada de las salvaguardas necesarias para que se garantice en todo momento el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En concreto, establece que: “al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida”. Así, conforme a lo establecido en el art. 12.4 CDPD y de la propia Observación General Primera, la LAPD regula una serie de salvaguardias sobre las medidas de apoyo a lo largo de su articulado (arts. 251, 255, 257, 265, 270, 272, 275, 284, 285, 753 y 1302.3 CC). Estos artículos regulan mecanismos de control sobre el desempeño de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Y su objetivo ha de estar dirigido a garantizar el respeto de los derechos, la voluntad, deseos y preferencias de la persona, al tiempo que proporciona protección contra posibles situaciones de abuso de la persona que presta el apoyo¹²⁵. En este sentido, no podemos estar de acuerdo con quienes sostienen que la salvaguardia es una medida paternalista que restringe la capacidad jurídica e interfiere en la decisión de la persona para evitarle un perjuicio¹²⁶.

122 GARCÍA RUBIO, “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley, cit.

123 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

124 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

125 DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, “El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica, cit.

126 CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BREGAGLIO LAZARTE, Renata

Pues, la medida, en cualquier caso ha de estar orientada a garantizar la toma de decisiones de la persona conforme a su voluntad, deseos y preferencias.

Sin embargo, considera María Paz García Rubio que al legislador se le ha ido la mano al establecer, en el último párrafo del art. 250 CC, que “no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”¹²⁷. Es cierto que en este tipo de centros se pueden producir situaciones de indefensión para la persona con discapacidad, especialmente cuando el centro no presta los servicios adecuadamente, incumpliendo sus funciones de apoyo. Pero es difícil encontrar el mismo paralelismo cuando es la propia persona con discapacidad la que diseña una medida en la que designa para prestarle apoyo a la persona que la asiste en su domicilio, con quien le vincula un contrato de prestación de servicios¹²⁸. Un riesgo que el legislador pudo haber asumido, pues con esta prohibición se está contraviniendo el objetivo principal de la LAPD: garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus decisiones¹²⁹. Se observa, además, que, en el caso de las medidas voluntarias, la LAPD permite que las prohibiciones establecidas para ejercer el apoyo puedan ser excluidas por la propia persona con discapacidad (art. 251 CC). Esta incoherencia pudo deberse a un mero olvido del legislador que no incluyó en el art. 250 CC la excepción que

Anahí, “Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado”, BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 521-550, esp. 550.

127 Art. 250 CC.

128 GARCÍA RUBIO, María Paz, “Art. 250”, GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMA-RAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 221-237, esp. 226.

129 Art. 251 CC: Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: 1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. 2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título. En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

sí recogió en el art. 251 CC, y que tampoco estaba prevista en el Proyecto¹³⁰. De hecho, el art. 250 CC proyectado no se refería a las medidas de apoyo, sino a las que denominaba instituciones jurídicas de apoyo (guarda de hecho, curatela y defensor judicial). Aunque el art. 249 CC del Proyecto mencionaba las medidas de apoyo desde un punto de vista más amplio que incluía tanto las instituciones de apoyo como los apoyos voluntarios. La salvaguardia del art. 250 CC limitaba a las instituciones de apoyo, permitiendo al interesado que decidiera si la persona que le prestaba servicios podía también prestarle apoyo. Sin embargo, el Proyecto de Ley unificó medidas e instituciones en un único término y extendió la prohibición a todas las medidas de apoyo. Por ello propone la autora citada que “una reducción teleológica de la norma por vía interpretativa que limite la prohibición del último párrafo del art. 250 CC a las medidas que no sean de origen voluntario”¹³¹.

2.2.8. Las medidas de apoyo

Las medidas de apoyo se regulan en el nuevo Título XI del libro primero del Código civil (arts.249 a 299), aunque en el Preámbulo de la Ley se hace mención a los apoyos, al remitirse a la Observación General Primera. Así, el apoyo:

es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad¹³².

De hecho, además de las medidas reconocidas en la LAPD, existen otro tipo de instrumentos que podrían ser utilizados como “vehículos de cuidado y apoyo a las personas con discapacidad”¹³³. Entre ellas destaca María Paz García Rubio el contrato de alimentos y los llamados poderes para el cuidado de la salud o voluntades anticipadas¹³⁴. En el primer caso, nos encontramos ante una figura contractual, regulada en los arts.1791 a 1797 CC en el que el alimentante debe al alimentista “asistencia de todo tipo”, en la que cabría in-

130 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 226.

131 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 226.

132 Preámbulo de la LAPD.

133 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. p. 222.

134 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. p. 222.

cluir el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En cuanto al segundo tipo de medidas, son instrumentos de naturaleza voluntaria y sectorial, pues resultan de aplicación específicamente al ámbito de la salud, que encuentran su reconocimiento en el art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAPIDC)¹³⁵. Con la regulación de las medidas voluntarias en la LAPD se da cumplimiento también a la Recomendación CM/Rec (2009) 11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. Este documento europeo recomienda a los Estados la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas adultas en previsión de una futura discapacidad. Al mismo tiempo enfatiza el carácter prioritario de estas medidas sobre otro tipo de medidas de protección¹³⁶.

En el caso de las personas con trastornos mentales cobran especial sentido las voluntades anticipadas en el ámbito sanitario, asunto que como se ha indicado en otra parte de este trabajo y de una manera un tanto incoherente, ha quedado fuera de la reforma operada por la LAPD. Resulta fácilmente comprensible que, ante decisiones vitales relativas al ámbito de la salud, adquieren especial importancia los casos de discapacidad mental y psicosocial.

En el caso de la discapacidad mental las medidas anticipadas resultan especialmente idóneas en aquellos casos en los que la citada discapacidad es progresiva y puede preverse con antelación suficiente, esto es, pueden establecerse medidas para cuando el autor de la medida llegue a la situación de dificultad para decidir o expresarse. En concreto, en una sociedad envejecida, como es la contemporánea, en la que las discapacidades cognitivas y de comunicación asociadas a la vez son cada vez más frecuentes, este tipo de medidas están destinadas a ser utilizadas cada vez con mayor frecuencia.

En otro orden de cosas, los rasgos de la discapacidad psicosocial suelen estar determinados por el carácter temporal o episódico que afecta a la necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. De ahí que las declaraciones de voluntades anticipadas puedan ser especialmente aptas para ayudar a interpretar la voluntad de la persona durante una crisis. En este supuesto, señala la doctrina que frecuentemente existe una tensión entre la

135 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

136 GARCÍA RUBIO, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, cit., p. 36.

voluntad anticipada de la persona y la voluntad manifestada durante la crisis, que pueden ser totalmente contrarias entre sí¹³⁷. Pero la declaración de voluntad anticipada permite a la persona indicar el tipo de tratamiento que quiere o que no quiere recibir en el caso de un episodio psiquiátrico. En la psiquiatría norteamericana se habla de los denominados “Ulysses agreement” o contratos de Ulises¹³⁸, que son una especie de declaración de voluntad anticipada que autoriza a los médicos a suministrarle tratamiento durante un futuro episodio psiquiátrico, incluso si la persona se negase a recibirlo¹³⁹. Lo que hace especialmente controvertida esta medida, por su propia complejidad ética y jurídica, que requeriría de fuertes salvaguardias. En cuanto a su definición, nos encontramos ante un documento en el que se pueden pautar las directrices sobre cómo desea la persona que se afronte una situación de crisis, que quedará reflejado en el documento de instrucciones previas¹⁴⁰.

La plausibilidad de tales medidas se ha discutido en círculos académicos y clínicos desde la década de los ochenta, especialmente en el caso de pacientes con trastorno bipolar o adicciones¹⁴¹. Entre los argumentos más utilizados a

137 BOOTH GLEN, “Introducing a new human right, cit.

138 Toman su nombre de la Odisea de Homero, en concreto, del episodio en el que Ulises pide a sus hombres que lo aten al mástil de su barco y lo liberen una vez hayan pasado la isla de las sirenas. De esta forma, podía experimentar el placer seductor del canto letal de las sirenas, pero sin verse impedido de ceder a su deseo. Razón por la cual tapó los oídos de la tripulación con cera, para que no pudieran escuchar ni el canto de las sirenas ni sus propias súplicas para que lo soltaran. En definitiva, no dejan de ser unas instrucciones previas que Ulises dirigió a la tripulación para cuando “perdiese la cordura y no fuese capaz de controlar su voluntad”. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio; SALCEDO HERNÁNDEZ, Juan Ramón; AYALA VARGAS, María José; VIQUERAS PAREDES, Pablo, “El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas”, *DS: Derecho y salud*, vol.25, número Extra 1, 2015, pp. 105-111, esp. 107.

139 CLAUSEN, Judy A., “Making the Case for a Model Mental Health Advance Directive Statute”, *Yale J. Health Policy Law & Ethics* 14/1, 2014.

140 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio; SALCEDO HERNÁNDEZ, Juan Ramón; AYALA VARGAS, María José; VIQUERAS PAREDES, Pablo, “El contrato de Ulises, cit., p. 107.

141 BELL, Kirsten, “Thwarting the diseased will: Ulysses contracts, the self and addiction”, *Culture, Medicine, and Psychiatry*. 2015;39(3): pp. 380–398 en LUNDAHL A, HELGESSON G, JUTH N., “Against Ulysses contracts for patients with borderline personality disorder”, *Med Health Care Philos*, 2020 Dec; 23(4):695-703. doi: 10.1007/s11019-020-09967-y. Pese a que no los recomiendan en los casos de trastornos de la personalidad (TLP).

favor de los contratos de Ulises, cabe mencionar los siguientes: la carencia de voluntad, son una manifestación de autopaternalismo, al tiempo que una defensa del yo auténtico y, por último, una solución práctica en situaciones urgentes¹⁴².

Aunque el texto de la LAPD no regula expresamente las directivas anticipadas, recogidas en la Recomendación CM/Rec (2009)¹¹, éstas tienen cabida en el amplio tenor del art. 250 CC, al admitir que se establezcan todo tipo de regulaciones preventivas de naturaleza voluntaria¹⁴³. En consecuencia, se puede incluir cualquier disposición relativa a futuros apoyos relacionados con los cuidados de la salud que, además, cuentan con una regulación específica en el art. 11 LBAPIDC y en las distintas normativas autonómicas. Este precepto regula las instrucciones previas, en las que una persona mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con el propósito de que ésta se cumpla llegado el momento en el que pueda tener dificultades para expresarla personalmente. Contempla el artículo la posibilidad de que el otorgante del documento designe un representante que haga las veces de interlocutor con el personal sanitario. En definitiva, estas instrucciones previas son tipos específicos de directivas anticipadas. En cuanto a los requisitos de forma de estas medidas anticipadas, ni la LBAPIDC, ni las leyes autonómicas imponen requisito formal de escritura pública.

Volviendo a las concretas medidas de apoyo que vienen recogidas en el art. 250 CC, éstas pueden dividirse en tres grandes grupos: voluntarias (poderes y mandatos preventivos), informales (guarda de hecho) y judiciales (curatela y defensor judicial). Sin embargo, conviene realizar una serie de precisiones sobre esta clasificación tripartita que nada tiene que ver con el tipo de discapacidad, como sostiene un sector de la doctrina¹⁴⁴, ni con la forma de prestar

142 LUNDAHL A, HELGESSON G, JUTH N., “Against Ulysses contracts for patients with borderline personality disorder”, *Med Health Care Philos*, 2020 Dec; 23(4):695-703. doi: 10.1007/s11019-020-09967-y. Pese a que no los recomiendan en los casos de trastornos de la personalidad (TLP).

143 GARCÍA RUBIO, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, cit., p. 40.

144 Algún estudioso sostiene erróneamente que la clasificación de las medidas de apoyo obedece al grado de discapacidad, de tal forma que al establecerse distintas clases de medidas se están delimitando tres grupos de personas con discapacidad: “aquellas que pueden encargarse de tomar sus propias decisiones a las que se aplicarán las medidas voluntarias, aquellas con un defecto o insuficiencia de la voluntad que necesitarán las medidas de apoyo judiciales. Finalmente, por eliminación estarán las personas con discapacidad con absoluta falta de voluntad”. Véase: ARNAU MOYA, Federico, “Aspectos

el apoyo, pues todas las medidas han de descansar en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. La primera precisión alude a la completa desaparición de la tutela, con su tradicional significado representativo-sustitutivo, reservada ahora para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. La segunda con la terminología utilizada en la LAPD; el nuevo texto legal ha optado, a la hora de denominar las nuevas medidas de apoyo, por utilizar términos propios de nuestra tradición jurídica, si bien con la pretensión de darles un contenido muy distinto del que tuvieron en la época inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LAPD¹⁴⁵. Así sucede con los términos curatela, guarda de hecho y defensor judicial. Sostiene María Paz García Rubio que el legislador optó por mantener estas expresiones en el “convencimiento de que las figuras jurídicas tienen el contenido que le dan las normas jurídicas de Derecho positivo y no un contenido intangible ni tampoco el que tuvieron en otro tiempo”¹⁴⁶; no obstante, en su opinión, probablemente, hubiese sido más acertado el uso de una terminología nueva¹⁴⁷ que evidenciase de un modo más claro la ruptura entre el nuevo sistema y el anterior¹⁴⁸, evitando así la interpretación continuista a la que algunos autores y autoridades parecen inclinarse y con la que no estamos de acuerdo¹⁴⁹.

polémicos de la ley, cit., p. 545. Por si no fuese suficiente, el autor encuentra paralelismos entre la clasificación de las medidas de apoyo y la que efectúa el art. 26 de la Ley 29/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, donde se establecen tres grados de dependencia. Interpretación que se aleja a todas luces del modelo social de la discapacidad, que pone en el centro a la persona en lugar de a la discapacidad y que persigue garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica. No resulta difícil imaginar a una persona a la que se ha reconocido Grado II de dependencia y que no requiera de ningún apoyo para la toma de decisiones y sí para otras actividades básicas de la vida diaria.

145 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p. GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 223.

146 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 223.

147 Criticó el mantenimiento de la vieja terminología y predijo, de alguna forma, la interpretación continuista de doctrina y jurisprudencia a la que estamos asistiendo: TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz*, cit.

148 En el ordenamiento jurídico portugués se optó por un cambio terminológico, pero no se produjo un cambio real de sistema por parte de doctrina mayoritaria lusa. GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 223.

149 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación, cit. PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La transformación de la

A las medidas anteriores puede sumarse, en un sentido amplio, la previsión que hace el art. 253 CC en lo relativo a las situaciones de urgencia y ante la ausencia de otro apoyo, que será prestado por la entidad pública que tenga encomendada dicha función en el respectivo territorio¹⁵⁰. Este tipo de apoyo es de naturaleza legal y está justificado por el carácter urgente de la situación, en sintonía con la obligación que establece el art. 12 CDPD para que quede asegurado el apoyo. Sin ánimo de extendernos sobre esta cuestión, el art. 253 CC nos lleva a reflexionar forzosamente sobre la necesidad de que las entidades, especialmente las de carácter público, revisen sus normas de funcionamiento, que pueden constituir una verdadera limitación a la hora de prestar el apoyo¹⁵¹.

2.2.8.1. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la propia persona con discapacidad, en las que designa a la persona que debe prestarle apoyo, así como el alcance de la medida. Medidas a las que la LAPD otorga carácter preferente sobre las de carácter judicial, tal y como pone de relieve en la Exposición de Motivos:

Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad.

Este carácter prioritario aparece de nuevo en el art. 255 CC que prevé que solo en defecto o por insuficiencia de medidas voluntarias, y a falta de guarda de hecho, podrá la autoridad judicial adoptar otras medidas supletorias o complementarias.

El hecho de que estas medidas recaigan exclusivamente en la voluntad de la persona, conlleva el reconocimiento de su carácter atípico, como ha pues-

guarda de hecho en el anteproyecto de ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 61-83. VELILLA VENTOLÍN, Natalia, “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *ENSXXI* nº 100 noviembre – diciembre 2021.

150 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 222.

151 TORRES COSTAS, “Art. 253 CC”, en GARCÍA RUBIO, María Paz y MORO ALMARAZ, María José (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 251-255, esp. 253.

to de manifiesto la Circular Informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, dejando al arbitrio de la persona interesada la determinación del apoyo, así como su alcance. En cuanto a los tipos de medidas de naturaleza voluntaria reguladas expresamente en la LAPD, tenemos, de un lado, las medidas voluntarias de presente, que, a su vez, pueden clasificarse en unilaterales (poderes de presente) y bilaterales (acuerdos de apoyo)¹⁵²; de otro, las medidas preventivas o de futuro, entre las que se encuentran los poderes y mandatos preventivos, sin duda los más utilizados. En estos supuestos el apoderado interviene a posteriori como medida de apoyo en el ejercicio de la capacidad en los actos y negocios jurídicos de la esfera personal y patrimonial del poderdante¹⁵³.

El art. 255 CC regula la previsión o acuerdo en escritura pública de medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina, estamos ante un negocio jurídico en sentido puro, “de suerte que la voluntad de su autor es su origen y elemento conformador; de ahí que pueda haber tantas medidas voluntarias diferentes como personas que las creen”¹⁵⁴.

El art. 255 CC no establece reglas especiales de capacidad, pudiendo “cualquier persona mayor de edad o menor emancipada [...] prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”. Para la integración de este precepto habrá que acudir a las normas generales en materia de contratos, que establecen que las personas con discapacidad pueden otorgar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica (arts.1263, 1301 y 1302 CC)¹⁵⁵. En este sentido se ha pronunciado la Comisión Permanen-

152 El apoyo voluntario puede configurarse como un contrato de mandato según lo establecido en el art. 255 CC cuando establece que la persona puede acordar o, de otro lado, el mandatario puede aceptar a posteriori.

153 Para un estudio más profundo de los poderes preventivos: CALAZA LÓPEZ, Alicia, “Apoderar para empoderarse”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 191-230.

154 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 226.

155 Por el contrario, cuestiona Javier Martínez Calvo si las personas con discapacidad pueden o no otorgar poderes y mandatos preventivos, exponiendo que es preciso atender a los actos concretos que se incluyan en los mismos. En este sentido, el autor incorpora un elemento continuista en la interpretación de la LAPD, en el que persiste la distinción entre la capacidad natural de la persona respecto de la capacidad jurídica, superada por el modelo social de la discapacidad. Además, cuestiona la eficacia de los poderes otorga-

te del Consejo General del Notariado en la circular citada anteriormente, que considera la discapacidad como una situación que no impide el otorgamiento de una escritura pública, añadiendo que solo se podrá denegar el otorgamiento si la persona no puede conformar o expresar su voluntad, incluso con medidas de apoyo (art. 663 CC) o cuando después de haber realizado un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad (art. 249 CC)¹⁵⁶.

Por el contrario, el art. 255 CC sí incorpora un elemento formal, el de escritura pública, que aparece de nuevo en el art. 260 CC¹⁵⁷. De esta forma, el requisito formal genera un nuevo problema: “el de decidir qué valor tiene la voluntad de la persona otorgante en relación con su provisión de apoyos si, en su plasmación, no se cumple la citada forma”¹⁵⁸. De acuerdo a una interpretación amplia de la medida de apoyo, conforme a la Observación General Primera, sería válido cualquier acuerdo de apoyo, incluidas las “simples instrucciones, ruegos o meros deseos del interesado para el caso de que pudiera necesitar algún tipo de asistencia”¹⁵⁹. En este sentido, cabe resaltar que la exigencia de escritura pública asegura el importante papel que deben desempeñar los notarios, pues su actuación debe estar dirigida a atender a la voluntad, deseos y preferencias del otorgante¹⁶⁰, tratando de huir de la redacción de po-

dos sin apoyo, pese al requisito formal de escritura pública. MARTÍNEZ CALVO, Javier, *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 74.

156 Circular Informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

157 Precisamente, sostiene un sector de la doctrina que la exigencia de escritura pública persigue garantizar no solo la seguridad jurídica, sino que la persona sea asistida por un profesional en una cuestión especialmente compleja. MORO ALMARAZ, María Jesús, “Medidas voluntarias de apoyo”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena; CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 371-418, esp. 377.

158 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 227.

159 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 226.

160 La Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, insiste en la nueva dimensión que adquiere el juicio notarial de capacidad jurídica, en el que el notario no puede limitarse a ser un mero espectador. Por el contrario, su actuación ha de estar encaminada a conocer la voluntad, apoyando la autonomía de las personas con discapacidad, “sin estigmatizarlas ni derivar del diagnós-

deres preventivos estandarizados, que no tendrían cabida en el modelo social de la discapacidad¹⁶¹.

Sin embargo, consideramos que, a día de hoy, este requisito formal que exige la escritura pública para las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria no es de aplicación a las voluntades anticipadas en el ámbito sanitario. Puesto que el art. 255 CC constituye la norma general en materia de medidas voluntarias, prevalece la norma especial o sectorial en materia de forma, que a día de hoy se encuentra en la legislación sectorial sanitaria, que no exige aquella forma solemne. No obstante, no cabe duda de que la complejidad que pueden tener estas previsiones en algunos casos hace aconsejable asesoramiento técnico para su elaboración, al menos cuando se trate de cuestiones delicadas que atañen a las de índole personal¹⁶².

Por lo que se refiere a su contenido, la LAPD ha optado por no delimitar un contenido necesario, debido al carácter heterogéneo de las necesidades de apoyo. Sin embargo, el art. 255 CC ofrece algunas pautas:

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

El legislador se ha ocupado especialmente de los poderes preventivos (arts. 256-262 CC), que han sido perfilados como uno de los instrumentos más importantes del sistema de apoyos¹⁶³. En realidad, esta medida ya fue

tico de una enfermedad una presunción de ausencia de lucidez que escondería una forma implícita de incapacitación”.

161 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 229.

162 GARCÍA RUBIO, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, cit., p. 46.

163 Sobre esta materia: CORTADA CORTIJO, Neus, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo”, *Actualidad Civil* n.º 1, enero 2022, N.º 1. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “Las medidas voluntarias en el nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 149-190. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, “Medios voluntarios de apoyo. Los poderes preventivos”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena; CA-

diseñada y valorizada por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Sin embargo, la LAPD la impulsa, mejora su regulación y da respuesta a problemas de interpretación que se venían suscitando respecto de la normativa anterior¹⁶⁴. Se trata de una medida que atiende a las necesidades y preferencias del poderdante, permitiéndole diseñar el alcance del apoyo, las facultades, elegir a la persona que presta el apoyo, así como todo lo relativo a su ejercicio y medidas de control. Se ha sostenido que “su pertinencia se ciñe únicamente a supuestos” en los que la persona no tiene dificultades cognitivas, pues se trata de una medida que se anticipa a la discapacidad¹⁶⁵. Sin embargo, pese a que en los primeros borradores del proyecto era efectivamente así, el art. 255 CC hace referencia tanto a la posibilidad de “prever” como de “acordar” medidas de apoyo, por lo que su carácter puede ser no solo preventivo, sino también para la situación coetánea al otorgamiento. En definitiva, si se limitan los poderes preventivos a su función anticipatoria se estaría contradiciendo el espíritu de la reforma, que no solo no distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que obliga a proporcionar las medidas de apoyo que pueda necesitar la persona¹⁶⁶. Imaginemos que una persona diagnosticada de Alzheimer, ante la previsión del deterioro cognitivo que sufrirá en el futuro, designa a la persona que le vaya a prestar apoyo cuando lo necesite. Pero también puede ocurrir que ya exista un deterioro cognitivo y la persona quiera establecer una medida voluntaria. Si para tomar esta decisión necesita una medida de apoyo, ésta debe orientarse a comprender la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la elaboración de la referida medida¹⁶⁷. De ahí que resulte fundamental el papel del propio notario, que se configura ahora como un verdadero apoyo institucional.

En lo que se refiere a su clasificación, en el Código Civil se distinguen dos tipos de poderes. De un lado, el poder otorgado para que sea eficaz a partir de su otorgamiento, con efectos inmediatos¹⁶⁸. De otro, el que se otorga con la

BELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 419-452.

164 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 227.

165 CORTADA CORTIJO, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, cit.

166 Art. 12.3 CDPD.

167 Art. 249 CC.

168 Art. 256 CC.

intención de que sea eficaz solo si en el futuro el poderdante se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁶⁹.

El art. 258 CC se ocupa del contenido de los poderes preventivos. Sin embargo, aunque menciona algunos poderes posibles (condiciones, instrucciones, salvaguardas o formas específicas de extinción del poder), no impone ningún contenido mínimo como necesario¹⁷⁰. En cuanto a las materias, éstas pueden ser de índole patrimonial o personal. Tradicionalmente el Derecho civil se ha ocupado más de las cuestiones de tipo patrimonial, en las que era más habitual el negocio representativo (decisiones relacionadas con compraventas, operaciones bancarias, inversiones de capital, entre otras). Sin embargo, es muy probable que la mayor preocupación de las personas, cuando piensan en una hipotética discapacidad, tenga más que ver con su día a día, con el lugar en el que quieren vivir, con la persona que les va a aconsejar en cuestiones de salud cuando no puedan hacerlo por sí mismas; cuestiones que delimitan el poder preventivo y que no necesariamente tendrá carácter representativo, ya que no todas las actuaciones implican relaciones jurídicas con terceros¹⁷¹. En cualquier caso, será el poderdante quien determine el alcance de la actuación del apoderado, desde la asistencia y el asesoramiento, pero también desde la representación, cuando la persona necesitada de apoyo no pueda hacerlo por sí misma¹⁷². Sobre esta última cuestión, cabría preguntarse si la elección de una medida preventiva con facultades representativas es acorde a la Observación General Primera o si, en cualquier caso, debe prevalecer la voluntad de la persona, que en este caso es quien elige un apoyo de carácter representativo. A primera vista, los conceptos de apoyo y sustitución se presentan como antitéticos conforme a las observaciones del Comité¹⁷³. Sin embargo, lo importante, en este caso, sería asegurar el correcto funcionamiento de las salvaguardias, impidiéndose cualquier tipo de abuso por parte del apoderado.

Los poderes preventivos se configuran como actos unilaterales del poderdante, de ahí que su validez y eficacia dependa exclusivamente de la voluntad del otorgante. Por ello, la persona elegida para prestar el apoyo debe aceptar para poder actuar como tal apoyo. Cuestión ésta que no debe interpretarse como la aceptación de una oferta contractual, así como tampoco la voluntad

169 Art. 257 CC.

170 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 230.

171 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 230.

172 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 230.

173 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 230.

del sujeto puede considerarse constitutiva del negocio de apoderamiento¹⁷⁴. Aunque, el art. 262 CC deja claro que este tipo de medida voluntaria puede llevarse a cabo a través de un contrato de mandato, para el que sería necesaria la voluntad de ambas partes, mandante y mandatario.

Respecto de la vigencia de los poderes y mandatos preventivos se regula la posibilidad de que estos coexistan con otras medidas de apoyo, tanto si son judiciales como si han sido previstas por el propio interesado¹⁷⁵. Añade el párrafo segundo del art. 258 CC que cuando los poderes:

se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.

2.2.8.2. La guarda de hecho

La situación más frecuente en la práctica seguirá siendo aquella en la que la persona con discapacidad viene recibiendo el apoyo que necesita desde su entorno más cercano y de una manera informal, es decir, a través de la guarda de hecho. De ahí que en el texto de la ley no se haga referencia a su constitución, pues lo que caracteriza a esta figura es que surge *ex facto* y se reconoce *ex post facto*¹⁷⁶. Por eso mismo el articulado de la LAPD se limita a reconocer su existencia, con este tenor:

Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente¹⁷⁷.

Añade el art. 255 CC que “a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”. De esta forma, la guarda de hecho queda configurada como una medida de apoyo de origen legal, estable y con vocación de permanencia. Es además una medida de apoyo de carácter prioritario respecto a las medidas judiciales, puesto que estas tienen carácter subsidiario; por consiguiente, solo

¹⁷⁴ GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 227.

¹⁷⁵ Art. 258CC.

¹⁷⁶ PAU PEDRÓN, Antonio, “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº 3 (julio-septiembre 2018), pp. 5-28.

¹⁷⁷ Art. 263 CC.

se ha de acudir al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos en defecto de guarda de hecho eficaz en relación al acto o conjunto de actos de que se trate¹⁷⁸.

Desde la entrada en vigor de la LAPD son numerosas las resoluciones judiciales que declaran la existencia de la guarda de hecho cuando la persona con discapacidad se ve inmersa en un expediente de provisión de apoyos, en un procedimiento de modificación de la capacidad que estaba en proceso de tramitación a la entrada en vigor de la LAPD¹⁷⁹, o en la propia revisión de medidas ya acordadas¹⁸⁰. Así, se ha declarado que no se requería la adopción de medidas judiciales de apoyo por estar la persona suficientemente apoyada para el ejercicio de su capacidad jurídica en numerosas sentencias tanto de primera¹⁸¹ como de segunda instancia¹⁸². Aunque también se han encontrado resoluciones judiciales en el sentido contrario, sin que se fundamente el motivo por el que debe prevalecer una medida judicial¹⁸³, vulnerándose los

178 ORTIZ TEJONERO, Macarena, “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario la Ley*, nº 10053, 2022.

179 Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estaban tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella. Disposición Transitoria Sexta LAPD.

180 La Disposición Transitoria Quinta regula la revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LAPD, para adaptarlas a ésta. En los casos donde no exista solicitud de revisión mencionada, se realizará de oficio por parte de la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

181 SJPI núm. 7 de Sevilla nº 561/2021, de 27 de septiembre; SJPI nº 7 de Cartagena, 21 de marzo de 2022; SJPI de Jaén (sección 6) 545/2021, de 22 de septiembre de 2021; SJ1^AI Sevilla nº 561/2021 de 27 de septiembre; SJ1^A Córdoba nº 346/2021 de 30 de septiembre; AJPI nº 5 de Benidorm 125/2022, de 22 febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 126/2022, de 23 de febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 127/2022, de 23 febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 128/2022, de 23 febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 131/2022, de 24 febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 132/2022, de 24 febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 133/2022, de 24 febrero; AJPI nº 5 de Benidorm 141/2022, de 24 febrero.

182 SAP de Álava 603/2022 de 11 de abril (NIG CGPJ / IZO BJKN: 01059.42.1-2021/0006688); SAP de Cádiz nº 439/22, de 12 de mayo (Roj: SAP CA 930/2022 –ECLI:ES: APCA:2022:930); SAP de Cádiz 475/2022, de 27 de mayo (Roj: SAP CA 929/2022 –ECLI: ES: APCA: 2022: 929); SAP de Palma Gran Canaria 419/2022, de 2 de junio (Roj: SAP GC 1383/2022 –ECLI: ES: APGC: 2022: 1383); SAP Palmas de Gran Canaria 437/2022 de 8 de junio (Roj: SAP GC 1041/2022 –ECLI:ES:APGC:2022:1041).

183 SSJPI núm. 2 de L’Hospitalet de Llobregat 264/2021, de 17 de septiembre; SJPI Massamagrell 916/2021, de 21 de septiembre de 2021.

principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad. Ejemplo de ello lo encontramos en el auto nº 1028 del Juzgado de Primera Instancia nº 78 de Madrid que considera que la figura de apoyo debe ser una curatela representativa “debido a la naturaleza de la discapacidad”, que finalmente recae en los progenitores que venían ejerciendo una guarda de hecho¹⁸⁴, nada más contrario al modelo social de la discapacidad. También resulta especialmente significativa la sentencia nº 93/2022 de la Audiencia Provincial de Mérida¹⁸⁵ que confirma la designación de curadora representativa en primera instancia¹⁸⁶ en la madre de la persona con discapacidad que venía desempeñando una guarda de hecho. Para ello la Sala se basa en el informe forense, que considera ratificado en la entrevista, en la que “no fue posible mantener una mínima conversación”¹⁸⁷. Y lo hace “por entender que es la institución más adecuada”¹⁸⁸, sin que en ningún momento se haga un esfuerzo por determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona apoyada, ni tenga en cuenta su trayectoria vital la propia persona que viene apoyándola hasta la fecha, que es su madre.

En la práctica resulta muy frecuente que esta figura sea desempeñada por un miembro de la familia o un allegado de la persona¹⁸⁹, aunque la LAPD no dice nada sobre quién puede ser guardador de hecho. Por lo que, en principio, puede tratarse tanto de personas físicas como de personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas¹⁹⁰. Entendemos que incluso hay cabida para las llamadas en otros sistemas redes de apoyo entre iguales o grupos de ayuda promovidos por movimientos asociativos, figuras del ámbito social de discapacidad que a nuestro juicio tienen perfecta cabida como guardadores de

184 AJPI nº 78 de Madrid nº 1028/2022, de 17 de junio.

185 SAP de Mérida, nº 93/2022, de 22 de abril (Roj: SAP M 594/2022-ECLI: ES: A PBA:2022:594).

186 AJPI Villafranca de los Barros núm. 1 nº 349/2022, de 27 de enero.

187 SAP de Mérida, nº 93/2022, de 22 de abril. Roj: SAP M 594/2022-ECLI: ES: A PBA:2022:594.

188 SAP de Mérida, nº 93/2022, de 22 de abril. Roj: SAP M 594/2022-ECLI: ES: A PBA:2022:594.

189 Sostiene algún autor que esta declaración ignora los supuestos en los que se producen abusos y desatenciones familiares. Véase: MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Comentario al anteproyecto de la Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, (julio-septiembre, 2018), pp. 199-225.

190 GARCÍA RUBIO, “Art. 250 CC”, p. 228.

hecho¹⁹¹. En consecuencia, nada obstaculiza que la guarda de hecho pueda ser de naturaleza institucional, tanto de carácter público como privado¹⁹². Y ello a pesar de la salvaguardia establecida en el art 250 CC que impide que ejerciten “medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presen servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”. Con esta medida, la LAPD pretende evitar situaciones de abuso de confianza o influencia indebida por parte del titular del apoyo; pero al mismo tiempo, entendida en su sentido literal, contraviene el objetivo principal de la propia salvaguardia: el respeto a la voluntad de la persona conforme a lo establecido en el art. 12.4 CDPD y de la propia Observación General Primera. Esto podría servir de argumento para excluir como prestador de apoyo al titular del centro donde reside la persona con discapacidad, ante la previsión de un posible conflicto de intereses entre ambos sujetos. Sin embargo, el art. 275.1 CC regula la posibilidad de nombrar curador a una fundación o persona jurídica sin ánimo de lucro, que bien podría ser la titular del centro asistencial o residencial en el que se encuentra la persona con discapacidad, por lo que no se ven obstáculos en que lo mismo se aplique al guardador. Además, debe tenerse en cuenta que, aunque la LAPD regula una serie de prohibiciones para quien desempeña medidas de apoyo, éstas pueden ser excluidas expresamente por la persona con discapacidad en el documento de constitución de medidas voluntarias (art. 251 CC). Esta incoherencia puede deberse a un mero olvido del legislador que no incluyó en el art. 250 CC la excepción que sí recogió en el art. 251 CC, puesto que lo prioritario es siempre la voluntad de la persona concernida. Por todo ello, María Paz García Rubio propone realizar una interpretación que haga una reducción teleológica de la norma limitando “la prohibición del último párrafo del art. 250 CC a las medidas de apoyo que no sean de origen voluntario”¹⁹³. Con esta interpretación podrían prestar apoyo en calidad de guardadores de hecho tanto el titular de un centro asistencial o residencial, así como el cuidador profesional a domicilio, cuando así lo decida la persona con discapacidad.

En la nueva regulación la función de la guarda de hecho es, con carácter general, asistencial y no representativa. Sin embargo, una de las novedades que la ley prevé es que el guardador de hecho asuma, excepcionalmente, fun-

191 PRADOS GARCÍA, Celia, “La guarda de hecho. Misma denominación, pero distinto modelo”, *Revista de Actualidad Civil*, [en prensa].

192 GARCÍA RUBIO, “Art. 250 CC”, cit., p. 228.

193 GARCÍA RUBIO, “Art. 250 CC”, cit., p. 228.

ciones representativas para actos concretos, en los términos previstos en el art. 264 CC. En este caso, se contempla la necesidad de obtención de autorización judicial *ad hoc*, a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se examinarán las circunstancias concretas que justifiquen o no la representación. La autorización podrá comprender uno o varios actos que se consideren necesarios para el desarrollo de la función de apoyo que, por supuesto, “deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”¹⁹⁴.

La Ley, con esta ampliación de facultades del guardador de hecho, convierte esta figura en una medida de apoyo eficaz, al prescindir de la necesidad de acudir a ningún procedimiento general de determinación de apoyos. Una reforma aplaudida por la doctrina y los operadores jurídicos¹⁹⁵. Además, no solo refuerza la guarda de hecho, sino que parte de la presunción de que será la situación más frecuente. Por ello, para agilizar trámites burocráticos frecuentes el art. 264 CC establece expresamente que:

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

En cuanto a la acreditación de la guarda de hecho, es preciso advertir que la

194 Art. 264 CC.

195 GARCÍA RUBIO, M.P. , Segarra Crespo, M.J., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M., Fuster Blay, M., Perea González, A., “Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, cit. LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel; PÉREZ RAMOS, Carlos, “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 100 (nov-dic 2021). SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”, MUÑIZ ESPADA, E. (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer La Ley, 2020, pp. 69-87. NIETO ALONSO, Antonia, “Art. 264 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 303-309. SANTOS URBANEJA, Fernando, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad*, cit. SANTOS URBANEJA, Fernando, “La guarda de hecho tras la Ley 8/2021, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n° 140, 2022, pp. 24-27.

habilitación para actuar de guardador de hecho proviene directamente de la ley y no requiere de título habilitante. Sin embargo, en la práctica es muy frecuente que se pida algún tipo de documentación que acredite que se está prestando el apoyo¹⁹⁶. Y es que la persona que está prestando el apoyo debe acreditar su condición de guardador de hecho en las actuaciones más frecuentes, tanto ante entidades públicas como privadas. La guarda de hecho puede acreditarse a través del libro de familia, certificado de empadronamiento o documentación periférica (sanitaria, asistencial, administrativa, etc.) o incluso, a través de un acta de notoriedad notarial¹⁹⁷. Si bien, el acta de notoriedad sirve para dotar al guardador de hecho de un documento que, “sin ser título legitimador, le permita justificar la situación fáctica ante la autoridad judicial o entidad pública de que se trate”¹⁹⁸. No obstante, conviene aclarar que el acta notarial no cambia el carácter fáctico e informal de la guarda de hecho, o dicho de otra manera, que:

una guarda de hecho acreditada notarialmente no es una curatela de constitución notarial ni una asistencia de constitución notarial, como la prevista en el nuevo art. 226-1 CCCat, tras el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adopta el CC de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación de la capacidad¹⁹⁹.

Permítanos que insistamos en esta cuestión, pues, de ninguna manera, se puede exigir una resolución judicial para acreditar la condición o para actuar como apoyo de la persona con discapacidad, salvo en los supuestos previstos en el art. 287 CC, destinados a que la autoridad judicial compruebe que la actuación del apoyo es conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad²⁰⁰. En este sentido, se han pronunciado con especial claridad algunos tribunales²⁰¹. Es el caso del Juzgado de Primera Instan-

196 Fernando Santos Urbaneja sostiene que nos encontramos, en este supuesto, ante el talón de Aquiles de la guarda de hecho, en el contexto de lo que denomina “Estado Burocrático”. SANTOS URBANEJA, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad*, cit.

197 LORA-TAMAYO VILLACIEROS y PÉREZ RAMOS, “La guarda de hecho”, cit.

198 Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

199 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 235.

200 PRADOS GARCÍA, Celia, “Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado nº 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022”, *Diario la ley* nº 10018 (2022).

201 AJPI nº 5 de Córdoba 21/2022, de 7 de febrero. AJPI nº 5 de Córdoba 413/2022,

cia e Instrucción nº 3 de Córdoba que, en un auto de 11 de enero de 2022, reconoce una guarda de hecho ante la negativa de una entidad bancaria para realizar funciones de administración ordinaria y disposición que no suponían un cambio significativo en la forma de vida de la persona y tenían escasa relevancia económica²⁰². También encontraron impedimentos en una entidad bancaria los padres de una persona con discapacidad, que prestaban un apoyo proporcional y suficiente en calidad de guardadores de hecho²⁰³. Precisamente, habían promovido el expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de un apoyo estable para su hija, porque necesitaban financiación para adaptar el vehículo familiar. Por ello, la jueza añade en el auto, para que no haya lugar a dudas:

“que los guardadores de hecho están habilitados legalmente para llevar a cabo las gestiones ordinarias bancarias de su hija Lucía y para la adquisición de un vehículo adaptado para ésta sin necesidad de autorización judicial”²⁰⁴.

Sin embargo, no todas las resistencias se advierten por parte de las entidades bancarias, sino que se extienden a la propia Administración Pública, en concreto el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debiendo de nuevo la juzgadora, realizar una declaración judicial en la que constaba que la guarda de hecho no precisaba de una investidura judicial formal²⁰⁵.

Sobre esta cuestión conviene recordar el carácter espontáneo de la guarda de hecho, pues ésta surge de forma instintiva en el curso de la vida de las personas. Por ello, aunque la habilitación para actuar de guardador de hecho proviene directamente de la ley y no requiere de título habilitante, sí es preciso demostrar esta situación ante determinadas instancias. Lo que de ninguna manera se puede exigir es una resolución judicial para acreditar la condición de guardador o guardadora o para actuar como apoyo de la persona con discapacidad²⁰⁶.

de 29 de junio. SAP de Álava 603/2022 de 11 de abril (NIG CGPJ / IZO BJKN: 01059.42.1-2021/0006688).

202 PRADOS GARCÍA, “Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho, cit.

203 AJPI nº 5 de Córdoba 413/2022, de 29 de junio.

204 AJPI nº 5 de Córdoba 413/2022, de 29 de junio.

205 AJPI nº 5 de Córdoba 21/2022, de 7 de febrero.

206 Algunas administraciones autonómicas están admitiendo declaraciones responsables de los guardadores de hecho. De Verda y Beamonte, José Ramón (2022 –b), Prime-

Pese a la preocupación que suscita el hecho de que las personas prestadoras de apoyo sigan encontrando resistencias en las entidades bancarias, entre otras, resulta fundamental el papel de los operadores jurídicos en el necesario cambio de mentalidad. Así, la declaración de existencia de la medida de apoyo persigue un único propósito: ayudar al guardador de hecho a superar los obstáculos a los que se enfrenta²⁰⁷.

2.2.8.3. La curatela

La curatela aparece regulada como una medida formal de apoyo en los artículos 268 a 294 del CC, ubicada a continuación de las medidas de carácter preventivo y la guarda de hecho. Nos encontramos, sin lugar a dudas, ante la medida de apoyo de mayor “densidad normativa”, algo que no debe servir para otorgarle mayor relevancia frente a otras medidas²⁰⁸. Es más, de la preferencia por las medidas voluntarias y la determinación de los principios de necesidad y proporcionalidad, se deduce el carácter subsidiario de la curatela y del defensor judicial²⁰⁹.

El art. 250 CC la describe como una medida formal “que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado”. Añade el artículo que la extensión de la medida “vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo”. En este sentido, la sentencia ha de concretar, no solo la concreta medida de apoyo –siempre la menos invasiva conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad–, sino también a la persona que prestará el apoyo, el contenido, proyección y alcance de la medida²¹⁰. Sin embargo, en la práctica se viene observando, con más frecuencia de la debida, que se adoptan medidas judiciales sin que en la resolución judicial se concreten los actos para los que se requiere apoyo²¹¹. Además, esta medida formal

ras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad, *Diario la ley*, nº 10021, pp. 1-22, esp. 8.

207 AJPI nº 5 de Córdoba 21/2022, 7 de febrero de 2022.

208 GARCÍA RUBIO, Art. 250, cit., p. 235.

209 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 235. DONADO VARA, Araceli, “La curatela como clave del sistema de apoyos”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 119-148.

210 CALAZA LÓPEZ, “Incógnitas procesales persistentes, cit.

211 Sirva a modo de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 27

de apoyo debe revisarse periódicamente en un plazo máximo de tres años²¹², aunque, de manera excepcional y motivada, la autoridad judicial podrá establecer un plazo superior que no podrá exceder a los seis años²¹³. Aun cuando para la realización de este estudio se han analizado resoluciones judiciales que fijan el plazo máximo de seis años sin que éste sea motivado²¹⁴ y en otras no se fija plazo alguno de revisión²¹⁵.

de abril de 2022, en la que no se concretan los hechos que precisan de apoyo, utilizándose una especie de fórmula genérica que se aleja de los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad. SAP Sevilla nº 232, de 27 de abril –ECLI:ES: APSE:2022:792.

212 SAP Mérida 27/2022, de 7 de febrero (Roj: SAP BA 227/2022-ECLI:ES:A PBA:2022:227); SJPI Nº 2 de Paterna, de 1 de marzo (Roj: SJPI 34/2022– ECLI: ES: JPI: 2022: 34); SAP Granada 104/2022, de 5 de abril (Roj: SAP GR 849/2022 – ECLI:ES:APGR:2022:846); SAP de Salamanca 393/2022, de 13 de mayo (Roj: SAP SA 424/2022-ECLI:ES:APSA:2022:424). En otras resoluciones se fija el plazo de un año: SAP de Pontevedra 390/2021, de 21 de septiembre (Roj: ECLI: ES: SAP PO 2021:2086); SAP de Pontevedra 692/2021, de 19 de octubre (Roj: APPO 2258/2022 –ECLI: ES: APPO:2021: 2258); SAP de Madrid nº 989/2021, de 25 de octubre (Roj: 12716/2021-ECLI: ES: APM: 2021: 12716); SAP Madrid 449/2022, de 27 de mayo (Roj: SAP M 8065/2022 – ECLI:ES:APM:2022:8065).

213 “Dicho plazo excepcional se fundamenta en la previsión de pronóstico futuro contenida en el informe médico forense, que prevé que la naturaleza de las patologías que padece la persona afectada por la medida son de carácter crónico, sin que sea previsible a medio o largo plazo una mejoría de su estado actual”. Véase: AJPI de Gernika de 28 de abril de 2022.

214 La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 17 de marzo de 2022, confirma una sentencia de primera instancia que acordó la adopción de medidas de apoyo respecto de una mujer con discapacidad, en concreto, la curatela con facultades representativas para el desempeño de habilidades en el orden económico, jurídico, administrativo y socio sanitario. La sentencia, que nombraba curador a la Fundación de Acción Social y Tutelas de Castilla y León, fijaba un plazo de revisión de las medidas de seis años, sin que este plazo, superior al previsto con carácter general, fuese motivado. SAP Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo – ECLI:ES: APCS:2022:331. Otras sentencias en las que se observa la misma pauta: SJPI Archidona de 23 de septiembre (Roj: JPPI 1151/2021-ECLI: ES: JPPI: 2021: 1151); SAP de Barcelona, de 18 de octubre (Roj: SAP B 12115/2021-ECLI: ES: APB: 2021: 12115); SAP de Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo de 2022. ECLI:ES: APCS: 2022: 331); AJPI nº 78 de Madrid nº 1028/2022, de 17 de junio.

215 SAP de Donostia-San Sebastián nº 1189/2021, de 17 de septiembre (Roj: SAP SS 1601/2021-ECLI: ES: APSS: 2021: 1601); SAP de Santander (Sección 2ª), de 29 octubre (Roj: SAP S 1237/2021– – ECLI: ES: APS: 2021: 1237); SAP de Barcelona (18ª) de 19 de enero de 2022 (Roj: SAP B 124A/222– ECLI: ES: APB: 2022: 124A); SPI nº 1 de Motril nº 13/2022, de 28 de enero; SAP de Madrid 68/2022, de 11 de marzo (Roj: APM 3544/2022–

La curatela se constituye judicialmente mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria, que pasará a contencioso si se formula oposición en los términos del art. 42 bis b) 5 LJV. Se regula como una figura de carácter flexible, que va del blanco al negro “pasando por distintos tonos de grises según las necesidades de la persona que la precisa”²¹⁶. De hecho, el significado de la palabra “curatela” revela la función que esta medida tiene encomendada: cuidados, asistencia y apoyo²¹⁷. Así, como regla general, tendrá carácter asistencial, y solo excepcionalmente será representativa, aunque, en todo momento, la actuación del curador deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo²¹⁸. No obstante, en los casos en los que el curador ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo, necesitará autorización judicial para los actos determinados en la resolución judicial y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción [...]

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

ECLI: ES: APM: 2022: 3544); SAP de Salamanca 212/2022, de 17 de marzo (Roj: SAP SA 486/2022 – ECLI: ES: APSA: 2022: 486); SAP de Oviedo de 31 de marzo (Roj: SAPO 1267/2022– ECLI:ES: APO:2022:1267); SAP Alicante 121/2022, de 10 de mayo (Roj: SAP A 955/2022 –ECLI:ES:APA:2022:955).

²¹⁶ GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 236.

²¹⁷ PAU PEDRÓN, Antonio, “La reforma de las instituciones de protección”, *OTROSÍ. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 8, 2021, pp. 38-41.

²¹⁸ Art. 249 CC.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria²¹⁹.

Sobre los precedentes de este artículo se ha pronunciado Eugenia Torres Costas, que considera que excede del concepto de garantía y se convierte en un control previo desmesurado que puede dificultar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad²²⁰. En consecuencia, la autora considera que hubiera sido más adecuado al nuevo modelo una aprobación judicial posterior, en los términos del art. 289 CC relativo a la partición de la herencia o la división de la cosa común, realizadas por el curador con facultades de representación.

No obstante, conviene realizar unas matizaciones en torno a los actos de trascendencia personal, es decir, sobre las decisiones personales relativas a cuestiones médicas, correspondencia, domicilio, relaciones afectivas y derechos de la personalidad²²¹. En el contexto de la atención bifronte de la LAPD, la persona que presta el apoyo tendrá que respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en la toma de decisiones que tengan que ver con su esfera más personal. Sin embargo, pese a que la “antigua” curatela se ocupaba principalmente de los asuntos de ámbito patrimonial, venía siendo habitual la constitución de las denominadas “curatelas de salud”, en las que la actuación del curador se limitaba a representar a la persona en el ámbito sanitario. En este sentido, un sector de la doctrina considera acertada esta medida:

cuando esté debidamente justificado atendiendo a la capacidad de la persona de que se trate o que cuando su trayectoria haya mostrado como sus decisiones son perjudiciales para su salud y su vida, por su falta de reconocimiento de la enfermedad, por la negativa a seguir el tratamiento necesario²²².

219 Art. 287 CC.

220 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 315.

221 GARCÍA RUBIO, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil, cit.

222 Considera acertada esta figura en el marco del modelo social de la discapacidad por atender a los principios de necesidad y proporcionalidad: REPRESA POLO, María Patricia, “Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (III): la curatela de los

No estamos de acuerdo con esta afirmación, pues vendría a ser lo mismo que reconocer que la capacidad es graduable y que sigue estando vigente el criterio del mejor interés de la persona con discapacidad. Tal y como pudiese deducirse de algunas resoluciones judiciales en las que el apoyo del curador parece extenderse a la adopción de medidas que tienen que ver con tratamientos médicos e internamientos involuntarios²²³. Es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de abril de 2022:

Se acuerda la asistencia que comprenderá la supervisión de todo lo relativo a la salud, como tomade medicación, seguimientos médicos y consentimiento informado en los términos establecidos en la Ley 21/2000 de 29 de diciembre sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica; acordar el ingreso en centro socio sanitario si es necesario según recomendación médica así como posterior ingreso en residencia sino puede garantizarse el adecuado seguimiento médico en su domicilio y la administración y disposición de sus bienes atribuyendo al asistente en estos ámbitos (salud y administración y disposición económico y patrimonial) facultades de representación. Se nombra asistente a la Fundación Vía Clara. La medida de asistencia deberá revisarse transcurridos seis años²²⁴.

Las medidas que tienen que ver con tratamientos médicos forzosos no solo son contrarias a la LAPD, sino que también vulneran el derecho a rechazar el tratamiento reconocido en el Convenio de Oviedo²²⁵.

Resulta de interés traer a colación un caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en 2016, donde no se respetó la voluntad de una mujer de sesenta y cuatro años, con diagnóstico de psicosis esquizo-afectiva y demencia²²⁶. Esta persona fue ingresada por su tutor con el propósito de tratar una enfermedad autoinmune. Durante el ingreso hospitalario fue diag-

discapacitados”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 309-332, esp. 320.

223 SJPI Archidona de 23 de septiembre de 2021 (ECLI: ES: JPII: 2021: 1151). SAP de Pontevedra 445/2021, de 28 de octubre (Roj: SAP PO 2457/2021– ECLI: ES: APPO: 2021: 2457). SAP de Madrid 68/2022, de 11 de marzo (Roj: SAP M 3544/2022 –ECLI: ES: APM: 2022: 3544). SJPI N° 2 de Torreveja n° 89/2022, de 7 de abril.

224 Roj: SAP B 4651/2022-ECLI:ES:APB:2022:4651

225 Esta cuestión debe ser ventilada en el procedimiento especial de ingreso involuntario previsto en el art. 763LEC.

226 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 26.juli 2016–1 BvL 8/15, para. 58.

nosticada de cáncer de mama y se solicitó una orden judicial para aplicarle una terapia forzosa para frenar el desarrollo del tumor. En la fase de entrevista, la mujer manifestó en reiteradas ocasiones que no deseaba recibir tratamiento oncológico. En respuesta, el tribunal, que consideró que la persona era capaz de expresar su voluntad, decidió decidir por ella, para proteger su salud y su vida. Y lo hizo a pesar de que la legislación alemana no permitía el tratamiento médico obligatorio; la solución del Tribunal fue declarar inconstitucional la ley vigente al no permitir ese tratamiento obligatorio en casos como el descrito²²⁷. La sentencia ha sido duramente criticada por Theresia Degener²²⁸ que considera que este tipo de interpretaciones suponen un retroceso, simplemente porque la voluntad de la mujer es contraria a la experiencia médica²²⁹ y, por supuesto, estamos ante un caso de anosognosia. Lo cierto es que esta medida no se extendería a otra persona con el mismo diagnóstico oncológico, pero no psicótico²³⁰.

En cualquier caso, la actitud del tribunal alemán es indicativa de las dificultades que acarrea el respeto a la toma de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud por parte de personas con discapacidad mental o psicosocial. Como ya se ha anticipado, la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo en aplicación de la LAPD de 8 de septiembre de 2021, circula por esta vía e incurre precisamente en dos errores: el primero, el de justificar por la anosognosia la imposición de un apoyo y un tratamiento no querido; el segundo, el de atribuir expresamente al curador funciones representativas en el ámbito personal para consentir tratamientos médicos e internamientos cuando exista una descompensación de la enfermedad hasta su estabilización²³¹.

227 GARCÍA RUBIO, “Variaciones sobre la reforma con discapacidad, cit.

228 Theresia Degener fue miembro del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad entre enero de 2011 y diciembre de 2014 y después, tras su reelección, entre enero de 2015 y diciembre de 2018.

229 DEGENER, Theresia, Editors foreword, *International Journal of Law in Context*, vol.13, Special Issue 1 (Legal Capacity and Human Rights), March, 2017, PP. 1-5. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000446>

230 Se advierte desde la doctrina la influencia de estereotipos y prejuicios de peligrosidad e impredecibilidad asociados a la salud mental, que vienen a legitimar las medidas sanitarias coercitivas. PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit., p. 379.

231 SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana 324/2021, de 4 de octubre. ECLI: ES: JPI: 2021: 1531

Por ello, conviene insistir en que las decisiones relativas a los internamientos involuntarios y al consentimiento informado en materia de salud, especialmente en lo que se refiere a decisiones sobre el tratamiento, no son funciones atribuibles al curador, pues quedan excluidas del art. 287 CC que nos remite a “todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”. Materia que será abordada en el tercer capítulo.

Por último, hay que tener presente que cuando el curador actúe con funciones representativas y precise de autorización judicial en los términos previstos del art. 287 CC, la función del tribunal debe estar orientada a valorar si, efectivamente, el curador está respetando la voluntad de la persona representada²³² y no a ver si el curador atiende o no al beneficio o interés de la persona a la que apoya. Y ello en coherencia con el modelo social de la discapacidad, que obliga al prestador de apoyos a poner los medios necesarios para que la persona con discapacidad tome sus decisiones²³³. Aspecto éste último que resulta fundamental para distinguir la nueva curatela de la antigua tutela, pese a que algún sector doctrinal se empeñe en lo contrario²³⁴.

2.2.8.4. El defensor judicial

El art. 250 CC establece que el nombramiento de defensor judicial procederá “cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”. En concreto, en el art. 295 CC se recogen los casos concretos, hasta cinco situaciones, en los que puede ser precisa esta medida de apoyo:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

232 GARCÍA RUBIO, “Art. 250”, cit., p. 236.

233 LEGERÉN-MOLINA, “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad”, cit., p. 166.

234 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Sobre la ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad”, cit., p. 38.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente²³⁵.

En cuanto a sus caracteres, el defensor judicial queda configurado como una medida formal de apoyo, en tanto se establece mediante resolución judicial²³⁶. Es una medida de carácter subsidiario respecto de los apoyos voluntarios y preferente respecto de la curatela, que será constituida cuando no exista otra medida de apoyo suficiente según establece el art. 269 CC. De forma que, si el apoyo del defensor judicial es suficiente, no sería necesario acudir a la curatela²³⁷. Sin embargo, estamos ante una medida de apoyo de funcionalidad puntual, es decir, designada cuando concurren una serie de circunstancias legalmente previstas²³⁸. En consecuencia, una vez resuelto el caso para el que fue nombrado, cesará en sus funciones, pues nos encontramos ante una medida de apoyo de carácter transitorio con unas funciones determinadas en la resolución judicial²³⁹.

No obstante, lo más destacable del art. 295 CC es lo que introduce a modo de cláusula de cierre: “una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad

235 No obstante, a lo largo del texto de la ley se recogen otros supuestos no mencionados expresamente en el precepto.

236 Art. 250 CC.

237 BLANDINO GARRIDO, Amalia, “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 401-432.

238 BLANDINO GARRIDO, Amalia, “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, cit., p. 405. CALAZA, Sonia, “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 88-105.

239 Hay quien considera que esta figura ha quedado desvirtuada de sus caracteres propios, al no clarificarse en qué ha de consistir el apoyo, pudiendo el legislador haber incorporado una medida similar a la asistencia catalana (arts. 226-1 a 226-7 CCcat). Véase: LÓPEZ BARBA, Elena, “El artículo 12 de la Convención y el deber de los estados partes de proteger a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº Extra 16,2,2022 (Ejemplar dedicado a: Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Cesar Massimo Bianca), pp. 668-689. No obstante, respecto de la primera cuestión entiendo que la medida consiste en prestar apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo.

judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella”. Un cambio especialmente significativo respecto del defensor judicial anterior, pues tras la LAPD debe garantizar el respeto a la voluntad de la persona necesitada de apoyo²⁴⁰. De esta manera, si se hiciese un buen uso de esta figura, de acuerdo al principio de necesidad y proporcionalidad, se evitaría un gran número de casos en los que se acude a la curatela, medida mucho más invasiva de la autonomía de la voluntad²⁴¹.

2.2.9. Repercusión de la reforma en otros ámbitos

El artículo segundo de la LAPD consta de sesenta y siete apartados, lo que evidencia la intensidad y alcance de los cambios que opera la ley en el Código Civil. La reforma incide significativamente en el Derecho de familia. Así, destaca la nueva redacción de los artículos 81 y 82 CC que sustituye la expresión hijos con “capacidad modificada judicialmente” por la de hijos “mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo”. Se añade un nuevo párrafo al art. 91 CC relativo al establecimiento de medidas de apoyo en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, cuando existan hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitarlas. Se modifica el art. 94 CC relativo al derecho de visitas respecto de los hijos²⁴² y el art. 96 CC incorpora una garantía en relación al uso de la vivienda familiar respecto a los hijos mayores de edad que se encontrasen situación de discapacidad al tiempo de la separación. Por último, caben destacar modificaciones en materia de filiación, así como la supresión del art. 171 CC relativo a la patria potestad prorrogada y rehabilitada, por no adaptarse al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad²⁴³.

240 GARCÍA GOLDAR, Mónica, “Art. 295 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 465-470, esp. 466.

241 GARCÍA RUBIO, “Art. 250, cit., p. 237.

242 PRADOS GARCÍA, Celia, “El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 34 (2022), pp. 350-371.

243 Sobre la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada se han pronunciado: HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor. La imprescindible supresión legal de la

En materia de Derecho de sucesiones también se han producido cambios especialmente relevantes²⁴⁴. Es el caso del nuevo art. 665 CC que da una nueva configuración a la capacidad de testar, ordena al notario que procure el desarrollo del proceso de toma de decisiones del otorgante y facilite los ajustes que sean necesarios para que pueda expresarse la voluntad, deseos y preferencias. También cabe destacar el art. 753 CC que deja sin efecto la disposición testamentaria en favor del curador representativo del testador, así como declara nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento en el que estuviera internada la persona²⁴⁵. Aunque para algún autor la modificación

Patria Potestad prorrogada y rehabilitada”, *Revista de Derecho Privado*, año n° 105, Mes 4 (2021), pp. 77-114. PRADOS GARCÍA, Celia, “Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Actualidad civil*, n° 11 (2021). TORTAJADA CHARDÍ, Pablo, “La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)”, *Revista Boliviana de Derecho* n° 32 (julio, 2021), pp. 236-251.

244 Han estudiado la reforma en materia de Derecho de sucesiones: BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio, “La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n° 95, n° 776, 2019, pp. 2783-2804. DE TORRES PEREA, José Manuel, “La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 461-492. ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 521-545. GARCÍA RUBIO, “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad, cit. NÚÑEZ NÚÑEZ, “La aceptación de la herencia y la intervención en la partición”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 587-610.

245 PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el art. 753 del Código Civil (A propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español)”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 555-586.

más “llamativa y cuestionable” es la referida al art. 808 CC, que permite al testador la disposición de la legítima estricta en favor de los legitimarios que se encuentren en situación de discapacidad²⁴⁶.

Sin duda, entre las disposiciones que más controversias²⁴⁷ han suscitado se encuentran las que se refieren a la capacidad contractual y a la validez y eficacia del contrato²⁴⁸. La reforma pretende encontrar el equilibrio entre la plena

246 Reforma considerada excesiva, desacertada e inoportuna por: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Sobre la ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad, cit., p. 61.

247 Durante la tramitación parlamentaria de la reforma fue objeto de numerosas enmiendas y ha captado la atención de la doctrina, precisamente por las dificultades que conlleva encontrar un equilibrio entre un régimen contractual en el que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones, al tiempo que se establecen medidas que equilibren los derechos de las personas con discapacidad y los derechos de terceros. GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio, “Artículo 1302”, García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 645-668, esp. 646.

248 ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. Mercedes, “El régimen de la ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la ley 8/2021, de 2 de junio”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 497-520. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 493-559. CARRASCO PERERA, Ángel, “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 42, 2022. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, “Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, n° 113, pp. 77-90. DE SALAS MURILLO, Sofía, “La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos”, *Diario La Ley*, n° 9841 (2021). GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad, cit. GARCÍA RUBIO, María Paz, “La capacidad para contratar de las personas con discapacidad”, BLANCO MARTÍNEZ, Emilio (dir.); MORALE MORENO, Antonio Manuel (dir.), *Estudios de derecho de contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 333-358. GÓMEZ LINACERO, Adrián, “Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)”, *Diario la ley*, n° 10064, de 9 de mayo de 2022. JEREZ DELGADO, Carmen, “Los contratos celebrados por personas con

capacidad de las personas con discapacidad y la protección de sus derechos, así como los de terceros de buena fe con quienes lleguen a celebrar todo tipo de acuerdos. La extensión y alcance de la reforma en materia de contratos nos impide detenernos con detalle, limitándonos a señalar que los contratos celebrados por personas con discapacidad, que hayan prescindido de las medidas de apoyo previstas siendo éstas precisas, son anulables –incluso con apoyo²⁴⁹– en el plazo de cuatro años desde la celebración del contrato²⁵⁰. Otro problema adicional lo presenta la legitimación activa para instar la anulación prevista en el art. 1302.3 CC, que legitima a la propia persona con discapacidad, así como sus herederos, durante el tiempo que falte para completar el plazo, en caso de que aquélla hubiese fallecido antes del transcurso del plazo para ejercitar la acción. Aunque el segundo párrafo del art. 1302.3 CC también otorga legitimación para instar la anulación a la persona a la que le hubiese correspondido prestar el apoyo, si bien:

la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de contratar o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta²⁵¹.

Esta cuestión parece no haber quedado del todo bien resuelta en la ley, pues podríamos cuestionarnos si pervive un resquicio del principio del mejor interés

discapacidad”, *Actualidad Civil* n° 6, junio 2022, pp. 1-14. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, “Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento”, *Diario la ley*, n° 10063, de 6 de mayo de 2022. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, “Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, enero-marzo, 2022, pp. 257-293. MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario, “La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflictos de intereses e influencia debida en su voluntad” en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 467-496. PRADOS GARCÍA, “Eficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad, cit.

249 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p.

250 Art. 1301 CC.

251 De esta forma se introduce en el Código Civil una figura presente en el moderno Derecho de contratos, como es la de la ventaja excesiva o ventaja injusta como causa de anulación del contrato. GARCÍA RUBIO, María Paz, “La capacidad para contratar de las personas con discapacidad”, cit., s/p.

al contemplar que la persona prestadora de apoyo pueda anular el contrato en contra de la voluntad de la persona apoyada²⁵². Por ello, María Paz García Rubio insiste en que la interpretación tiene que ser otra, cuando afirma:

ya lo haga la propia persona con discapacidad en soledad, ella con la colaboración de quien le preste el apoyo, o esta última por instrucción o en representación de aquella, la decisión sobre la anulación ha de respetar escrupulosamente la voluntad, deseos y preferencias del contratante con discapacidad y, por lo tanto, ni podrá hacerse contra esa voluntad ni prescindiendo de ella²⁵³.

Por último, cabe mencionar que el efluvio de la reforma también ha llegado al régimen de la responsabilidad civil²⁵⁴. La justificación la encontramos en

252 GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, “Artículo 1302”, cit., p. 663.

253 GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, “Artículo 1302”, cit., p. 664.

254 La reforma civil en materia de capacidad jurídica y responsabilidad civil está siendo ampliamente estudiada por la doctrina, desde posicionamientos dispares: ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad”, *Actualidad civil*, nº 6 (2021). GÁLVEZ CRIADO, Antonio, “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 433-460. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, nº 3, julio-septiembre, 2018, pp. 173-197. GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley 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”, ATAZ LÓPEZ, Joaquín y COBACHO GÓMEZ, José Antonio (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson-Reuters, 2021, pp. 969-1007. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Apuntes comparativos hispano-portugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, VV.AA., *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde*, 2021, pp. 317-340. MARTÍN CASALS, Miquel, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, SOLÉ RESINA, Judith (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, 2022, pp. 61-80. MEDINA ALCOZ, María, “La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021. ¿Un régimen estrictamente novedoso”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 611-645. MORENO MARÍN, María Dolores, “La responsabilidad civil

la Exposición de motivos de la LAPD, cuando hace referencia a que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad repercute necesariamente en la idea de responsabilidad, lo que conlleva “el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno”. En este sentido, el nuevo artículo 299 CC establece que “la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”. Lo que supone que, sin necesidad de tocar el texto del art. 1902 CC, cambia totalmente su interpretación, pues supera el requisito de la imputabilidad civil y consagra un concepto de culpa objetiva²⁵⁵, frente a la tradicional doctrina civilista que exige la “capacidad de culpa”²⁵⁶ como presupuesto de la responsabilidad civil²⁵⁷.

La reforma ha sido valorada muy positivamente por un sector de la doctrina, pues sitúa a la persona con discapacidad en el Derecho de Daños en igualdad de condiciones que las demás²⁵⁸, evitándose su estigmatización y discriminación²⁵⁹.

extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica”, *Diario La Ley*, nº 10107, 2022.

255 GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal, cit., s/p. GARCÍA RUBIO, “Apuntes comparativos hispano-portugueses sobre responsabilidad civil, cit., p. 362.

256 RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M., “Art. 299” en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 477-486, esp. 478.

257 Por ejemplo: ROCA TRÍAS, Encarna, NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 119-120. En este sentido se ha pronunciado: MORENO MARÍN, María Dolores, “La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica”, *Diario La Ley*, nº 10107, 2022.

258 ALCÁIN MARTÍNEZ, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad, cit., p. 19.

259 En los sistemas de *Common Law*, en los que la discapacidad no es causa de exoneración de responsabilidad civil, se ha remarcado que la inimputabilidad conllevaría problemas de segregación y estigmatización de estas personas. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Art. 299”, cit., p. 478. También se ha pronunciado sobre esta cuestión: GARCÍA RUBIO, “Apuntes comparativos hispano-portugueses sobre responsabilidad civil, cit., p. 362.

2.2.10. El régimen transitorio de la LAPD

Una reforma de tal calado debe contemplar un régimen transitorio de aplicación de la Ley. En este sentido, la LAPD incorpora cinco disposiciones transitorias. La primera deja sin efecto las “meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio”. De forma que, las personas que se vieron privadas de derechos han de ser reintegradas en el pleno ejercicio de los mismos²⁶⁰. En la segunda disposición transitoria se establece un régimen provisional hasta que la medida sea revisada por la autoridad judicial, tratando de evitarse la conversión *ex lege* de las medidas de protección del sistema anterior en otras propias del nuevo. La tercera y cuarta se refieren, respectivamente, a los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la LAPD, que quedan sujetos a ésta, y a la conversión de la sustitución ejemplar anterior en sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida. Conviene, no obstante, detenerse en la disposición transitoria quinta de revisión de las medidas ya acordadas:

las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta.

Dicha revisión deberá tener lugar en el plazo máximo de un año desde la solicitud de la revisión. Aunque, en aquellos casos en los que no se solicite la revisión de medidas, ésta se llevará a cabo por la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en el plazo máximo de tres años.

En cambio, los procedimientos que se encontraban en tramitación a la entrada en vigor de la LAPD, se regirán por lo dispuesto en ella²⁶¹, “conservando

²⁶⁰ No se observa esta disposición en la SAP de la Coruña 567/2022, de 3 de marzo (Roj: SAP C 567/2022-ECLI:ES:APC:2022:567). En primera instancia se nombra a la FUNGA curadora asistencial para innumerables actos. En segunda instancia la Sala desestima el recurso de apelación y ni siquiera se pronuncia sobre la supresión de derechos de la persona con discapacidad (carné de conducir, licencia de armas).

²⁶¹ Se han identificado sentencias en las que no se aplica la DT6^a y se sigue “inca-pacitando” tras la entrada en vigor de la LAPD: SAP de Santander (Sección 2^a), de 29 octubre 2021 – ECLI: ES: APS: 2021: 1237 y SAP de la Coruña 567/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:APC:2022:567).

en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”. Precisamente, en estos procedimientos se viene observando cierta continuidad respecto del modelo anterior, limitándose a dejar sin efecto la tutela adoptada en primera instancia, constituyendo como medida de apoyo una curatela con funciones de representación²⁶². Siendo menos frecuente la transición a medidas de apoyo menos invasivas, de acuerdo a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad²⁶³.

En la fase de tramitación del Anteproyecto un sector de la doctrina advirtió de la ausencia de medidas de carácter transitorio relativas al art. 753LEC, que regula el internamiento involuntario²⁶⁴. Ciertamente es que, de forma paralela, la Sección Quinta (Procesal) de la Comisión General de Codificación estaba

262 SAP de Pontevedra, 17 de septiembre 2021 (Roj: SAP PO 1941/2022 – ECLI:ES:APO:2022:1941). SAP Palma de Mallorca 68/2021, de 5 de octubre (Roj: SAP IB 2333/2021– ECLI:ES:APIB:2021:2333). SAP Pontevedra 445/2021, 28 de octubre (Roj: SAP PO 445/2021– ECLI:ES:APPO:2021:2457). SAP Logroño 482/2022, de 20 de enero (Roj: SAP LO 10/2022–ECLI:ES:APLO:2022:10). SAP Palmas de Gran Canaria sección 3 84/2022, de 9 de febrero (Roj: SAP GC 584/2022 – ECLI:ES:APGC:2022:584). SAP Valencia 446/2022, de 10 de febrero (Roj: SAP V 386/2022– ECLI:ES:APV:2022:386). SAP Valencia 457/2022, de 10 de febrero (Roj: SAP V 387/2022–ECLI:ES:APV:2022:387). SAP Granada 482/2022, de 2 de marzo (Roj: SAP GR 686/2022 –ECLI:ES:SAP GR:2022:686). SAP Madrid 187/2022, de 3 de marzo (Roj: SAP M 2778/2022– ECLI:ES:SAP M:2022:2778). SAP de la Coruña 567/2022, de 3 de marzo. ECLI:ES:APC:2022:567). SAP Pontevedra 166/2022, de 18 de marzo (Roj: SAP PO 166/2022 – ECLI:ES:2022:468). SAP Granada 104/2022, de 5 de abril (Roj: SAP GR 849/2022–ECLI:ES:APGR:2022:846). SAP Sevilla nº 232, de 27 de abril. (Roj: SAP S 792/2022– ECLI:ES:APSE:2022:792). SAP de Salamanca 396/2022, de 16 de mayo (Roj: SAP SA 510/2022 –ECLI: ES:APSA: 2022: 510).. SAP Madrid 449/2022, de 27 de mayo (Roj: SAP M 8065/2022– ECLI:ES:APM:2022:8065). SAP Mérida 149/2022, de 8 de junio (Roj: SAP BA 910/2022–ECLI:ES:APBA:2022:910). SAP Pontevedra 341/2022, de 9 de junio. (Roj: SAP PO 1577/2022 – ECLI:ES:APPO:2022:1577).

263 Deja sin efecto la curatela, por considerar suficiente la guarda de hecho: SAP de Cádiz nº 439/22, de 12 de mayo (Roj: SAP CA 930/2022 –ECLI:ES:APCA:2022:930). SAP de Cádiz 475/2022, de 27 de mayo (Roj: SAP CA 929/2022 –ECLI: ES:APCA: 2022: 929). SAP de Palma Gran Canaria 419/2022, de 2 de junio (Roj: SAP GC 1383/2022 – ECLI: ES:APGC: 2022: 1383). Deja sin efecto la curatela, sin que sea procedente el establecimiento de medidas de apoyo: SAP de Barcelona 596/2021, de 13 de octubre. ECLI:ES:APB: 2021: 11921. SAP Palma de Mallorca 63/2022, de 7 de febrero (Roj: SAP IB 287/2022; ECLI:ES:APIB:2022:287). SAP de Coruña 68/2022, de 2 de marzo (Roj: SAP C 587/2022– ECLI: ES:APC: 2022: 587).

264 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 325.

tramitando otro Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LEC en materia de internamientos, aunque finalmente no prosperó.

2.3. Cuestiones no resueltas por la reforma

Pese al cambio radical, y especialmente complejo, que ha supuesto la LAPD, han sido muchas las normas que han quedado intactas y que debieron ser modificadas con el fin de alcanzar la perfecta adaptación de nuestro Derecho civil interno al paradigma social de la discapacidad instaurado por la CDPD.

Entre estas destacan la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAPIDC)²⁶⁵, el art. 753 LEC, que regula el ingreso involuntario, así como otras normas relativas a la investigación biomédica, que siguen ancladas en el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, a pesar de afectar a algunos derechos fundamentales de las personas con discapacidad²⁶⁶. Lo mismo sucede con otras leyes que también tienen relación con la salud, como la de trasplante de órganos, fecundación humana asistida, o la regulación del aborto²⁶⁷.

265 Precisamente, el CERMI ha planteado al Ministerio de Sanidad la necesidad de adecuar la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para adecuarla a la nueva normativa sobre igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Considera el CERMI que la ley 41/2002 está anclada en el modelo de sustitución en las decisiones, contrario a la CDPD y a la LAPD. Véase: CERMI, “El CERMI plantea a Sanidad la adecuación de la Ley de Autonomía del Paciente al nuevo marco normativo sobre igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Noticias*, publicado el 30 de agosto de 2022. Véase: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-plantea-sanidad-la-adeacuaci%C3%B3n-de-la-ley-de-autonom%C3%ADa-del-paciente-al> (Consultado el 30/08/2022).

266 Sobre esta situación incomprensible ha reflexionado críticamente María Paz García Rubio, que nos hace pensar en la desidia del legislador contemporáneo, que se muestra amnésico con lo que hace. Pues pareciera que está poco interesado en los aspectos técnicos del Derecho, lo que le conduce a una sucesiva degradación de la calidad de las leyes. Así ha ocurrido con la LAPD que, pese a su revolucionaria reforma en torno al concepto de capacidad jurídica, uno de los pilares del ordenamiento jurídico, no se abandona la referencia al modelo médico-rehabilitador en el resto del ordenamiento. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Reivindicando el valor del Derecho civil, cit., p. 240. Por el contrario, otro sector de la doctrina ha puesto su énfasis en la “falta de audacia del legislador”. Véase: VELILLA ANTOLÍN, Natalia, “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad, cit.

267 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, BOE

La razón por la que estas cuestiones han quedado al margen de la reforma de 2021 se ha justificado por la necesidad de acometer la reforma vía Ley Orgánica, por formar la materia parte del contenido esencial de los derechos fundamentales a los que afecta²⁶⁸. En todo caso, y aunque así fuera, resulta incomprensible que la situación siga siendo la misma casi dos años después de la Ley 8/2021, por lo que no puede sino denunciarse la desidia del legislativo.

Conviene resaltar que, desde la perspectiva de los derechos humanos, el ingreso no voluntario, por ejemplo, afecta directamente a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente al derecho a la integridad física y al derecho a la libertad de residencia y deambulación. En definitiva, puesto que no prosperó el Anteproyecto de reforma de la LEC, citado anteriormente, en lo relativo a los internamientos involuntarios, se sigue aplicando el art. 763 LEC. Lo que supone la coexistencia de dos modelos antagónicos: el modelo social, implantado tras la ratificación de la Convención y la entrada en vigor de la LAPD y el modelo médico-rehabilitador, que persiste en el art. 763 LEC, así como en el art. 9.3 LBAPIDC. Este último modelo no es acorde con los postulados de la Convención, pues sustituye la voluntad de la persona en la toma de decisiones, negando el reconocimiento de la capacidad jurídica.

La coexistencia de estos modelos antagónicos conlleva un problema interpretativo destinado a resolver si se ha producido la derogación por la LAPD de las leyes sectoriales anteriores, o si, por el contrario, éstas últimas, prevalecen por su carácter especial frente al Código Civil²⁶⁹.

En concreto, nos hacemos ahora esta pregunta para el caso particular del art. 753 LEC. Es más, de buen principio cabría preguntarse si el art. 763 LEC no ha sido directamente derogado por la LAPD, pues la disposición transitoria primera establece que a partir de la entrada en vigor de la Ley “las meras

núm. 266, de 6 de noviembre de 1979. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, BOE núm. 55, de 4 de abril de 2010.

268 Como exige, la STC 129/1999, de 1 de junio; STC 131/2010, de 2 de diciembre; STC 132/2010, de 2 de diciembre.

269 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 328. GARCÍA RUBIO, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal”, cit. TORRELLES TORREA, Esther, “La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario”, *InDret*, 3, 2022. DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.03, p. 81.

privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”, y es evidente que la aplicación del citado precepto conlleva la privación del derecho a la libertad. Al respecto, no han encontrado demasiado eco las voces que apoyan tal derogación, tal vez por el vértigo que causa el efecto vacío que podría derivarse de ella; lo que sí sostiene un sector de la doctrina es que es precisa su reforma expresa, aunque, mientras tanto, el art. 763LEC debe ser interpretado a la luz de la nueva regulación²⁷⁰. Una reforma que necesariamente debería acometerse a la mayor brevedad posible y que viene marcada como un objetivo en la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, que cita el estudio de las posibilidades de modificación del art. 763 LEC, con el propósito de asegurar medidas alternativas a la institucionalización forzosa y a los tratamientos forzosos por motivo de discapacidad.

²⁷⁰ TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit.; TORRES COSTAS, “Sobre la postergada y (necesaria) reforma de la regulación, cit.

II

EL INGRESO INVOLUNTARIO COMO MÁXIMO EXPONENTE
DEL MODELO MÉDICO-REHABILITADOR DE LA DISCAPACIDAD

DEL SUBMODELO DE LA MARGINACIÓN AL MODELO MÉDICO-REHABILITADOR

1. El submodelo de la marginación en el contexto de la beneficencia

A partir del siglo XIX comienza a analizarse la locura desde el marco de la razón y se cierra un período en el que la discapacidad se había asociado a creencias sobrenaturales, mágicas y divinas que justificaban la reclusión de locos y dementes en cárceles y otros establecimientos¹. La asistencia de estas personas había estado en manos de las órdenes religiosas o particulares hasta mediados del siglo XIX, cuando asistimos a un cambio conceptual en la forma de entender la beneficencia. Este nuevo modelo se integra en el incipiente Estado liberal que fomentará la asistencia a las personas pobres, desamparadas o con discapacidad, que pronto será entendida como un “servicio público”². La propia Concepción Arenal sostuvo que la beneficencia suponía la caridad en su versión oficial, sustitutiva de la caridad espiritual o religiosa, pues correspondía al Estado, como “representante de la nueva sociedad [...] amparar al desvalido”³. Sin embargo, como expondremos a continuación, el desarrollo y consolidación de la beneficencia no puso fin inmediatamente al modelo de la prescindencia, en particular, al submodelo de la marginación.

La Constitución de 1812 atribuyó a los ayuntamientos el cuidado de hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia⁴, al que quedaban sometidos los establecimientos psiquiátricos. A las

1 FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Alfonso, “Atención psiquiátrica en Galicia en el siglo XIX. Crónica sobre la fundación del manicomio de Conxo”, *Revista de Enfermería y Humanidades. Cultura de los cuidados*, nº 62, 2022, DOI: <https://doi.org/10.14198/cuid.2022.62.05>

2 BURGOS BORDONAU, Esther, “Repertorio de la legislación social y educativa entre 1822 y 1938 y su incidencia en la enseñanza de las personas ciegas”, *Cuadernos de historia del derecho*, nº 13 (2006), pp. 261-279. AGUILAR HENDRICKSON, Manuel, “La huella de la beneficencia en los Servicios Sociales”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, nº 48, 2010, pp. 9-16.

3 ARENAL DE GARCÍA, Concepción, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1927.

4 Art. 321-6 de la Constitución española de 1812.

diputaciones provinciales se les atribuyó el cuidado de los establecimientos piadosos y de beneficencia, y el control y fiscalización de los ayuntamientos⁵. Lo que sirvió de base al funcionamiento del régimen público de beneficencia, bajo el cual quedarían enmarcados los internamientos⁶. Sin embargo, la ley que desarrollara los preceptos de la Constitución de 1812 vino de la mano de la Ley de la Beneficencia, de 23 de enero de 1822. Esta ley correspondía a un modelo de “des-hospitalización”, que regulaba los hospitales como centros subsidiarios ante la imposibilidad de atender a los enfermos en sus casas⁷. La primera regulación específica de los internamientos la encontramos en la regulación de los hospitales de enfermos, convalecientes y locos⁸, para quienes establecía su internamiento en casas públicas con una aparente finalidad curativa⁹.

La Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 trató de superar el marcado carácter municipalista de la ley de 1822¹⁰, y distribuyó en varios niveles la asistencia domiciliaria de enfermos (ayuntamientos) y los servicios residenciales (diputaciones provinciales). La Ley también reclamaba competencias para el Estado, en lo relativo a los establecimientos dedicados al cuidado de “locos, sordo-mudos, ciegos, impedidos y decrepitos” (artículos 1º y 2º del Reglamento). Sin embargo, a diferencia de las leyes para alienados de Francia (1838) o Inglaterra (1828), en España no se contó con una legislación específica quedando integrados en el marco de la asistencia pública hasta el año 1852¹¹, año de la promulgación del Reglamento que desarrollara la Ley de

5 Art. 335-8 de la Constitución española de 1812.

6 Este modelo no llegó a implantarse plenamente y tuvo como consecuencia un sistema heterogéneo de beneficencia. AGUILAR HENDRICKSON, Manuel, “La huella de la beneficencia en los Servicios Sociales, cit. LÓPEZ EBRI, Gonzalo, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso: historia de una encrucijada”, *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Real Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia, Cuaderno núm. 92 (2019).

7 ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “El tratamiento de los delincuentes enajenados en el siglo XIX (I. El tratamiento de los locos y de la locura desde principios del siglo XV hasta finales del siglo XIX)”, *Estudios penales y criminológicos XXXI*, vol. 42, 2022, pp. 1-43. DOI: <https://doi.org/10.15304/epc.42.8318>

8 Art. 40 Real Decreto de 8 de septiembre de 1836.

9 Art. 119 Reglamento General de Beneficencia Pública de 1821.

10 Gaceta de Madrid del 24 de junio de 1849.

11 CANDELA RAMÍREZ, Ruth, *El Manicomio Nacional de Leganés en el primer tercio del siglo XIX (1900-1931). Organización asistencial, aspectos demográficos, clínicos y terapéuticos de la población internada*, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Beneficencia¹². En su art. 2 señalaba que pertenecían a la beneficencia general “los establecimientos de locos, sordomudos, ciegos, impedidos y decrépitos”. Además, en el art. 92 se dispuso que los establecimientos de beneficencia provinciales tenían como objeto, entre otros: “cuidar de los locos, sordomudos, ciegos, decrépitos e impedidos hasta su entrega en los establecimientos de la capital o en el general a que correspondan”.

De la Ley señaló Concepción Arenal que era “tan reducida y diminuta, que no ya entre nosotros, sino en los Estados Unidos donde la acción individual es tan poderosa, no hubiera podido producir resultados”¹³. La Ley regulaba una red pública de manicomios dependientes del Estado, que tras su incapacidad de gestión pasaría a las diputaciones, y algunos establecimientos privados dedicados al tratamiento de trastornos mentales. A pesar de que se contemplaba la puesta en marcha de seis establecimientos, solo vio la luz uno de ellos, el Manicomio Nacional de Santa Isabel de Leganés, inaugurado en 1851¹⁴. Aunque, la construcción de otros manicomios en las distintas provincias fue limitada y se postergó constantemente¹⁵.

En general, estos primeros intentos de organización administrativa de la asistencia psiquiátrica no dieron resultados adecuados ni efectivos, dados los escasos medios disponibles de las corporaciones provinciales, así como por la ausencia de reglamentación sistematizada a nivel nacional¹⁶. A través de

12 Real decreto mandando se observe el reglamento de la ley de beneficencia de 20 de junio de 1849, Gaceta de Madrid núm. 6537, de 16 de mayo de 1852.

13 ARENAL DE GARCÍA, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, cit.

14 CANDELA, Ruth; VILLASANTE, Olga, “Lo que es, fue y será el Manicomio de Leganés: un proyecto de reforma de José Salas y Vaca (1911-1929)”, *Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 41, n^o 140, 2021, DOI. dx.doi.org/10.4321/s0211-57352021000200010. CANDELA RAMÍREZ, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit.

15 Ejemplo de ello fueron el manicomio de Conxo (1885), Sevilla (1890), Málaga (1899) o Córdoba (1927). Véase: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “El tratamiento de los delincuentes enajenados en el siglo XIX”, cit. GARCÍA DÍAZ, Celia, “El manicomio provincial de Málaga en el primer tercio del siglo XX: la utopía que (no) pudo ser”, *Asclepio. Archivo iberoamericano de Historia de la Medicina y Antropología Médica*, 70 (2), 2018. DOI: 10.3989/asclepio.2018.22. RUIZ, Carmen, “El hospital psiquiátrico Provincial de Córdoba: estudio de la población manicomial en el período (1900-1940)” citado en MARTÍNEZ, Oscar; SAGASTI, Nekane; VILLASANTE, Olga (eds.) *Del pleistoceno a nuestros días. Contribuciones a la historia de la psiquiatría*, Madrid, Asociación Española de Neuropsiquiatría colección Estudios, pp. 221-235.

16 SIMÓN LORDA, David, *Locura, medicina y sociedad: Orense (1875-1975)*, Xunta de Galicia, 2005.

esta Ley se pudo haber implantado el modelo médico-rehabilitador, pues, al menos desde un plano teórico, rechazaba el carácter correctivo y disciplinario de los internamientos y pretendía, por lo menos en apariencia, la reclusión y curación de los enfermos en las casas de beneficencia¹⁷. Sin embargo, sostiene Ruth Candela que es preciso distinguir entre los establecimientos privados y los públicos. Los primeros sí constituyeron la base para el nacimiento y desarrollo de la psiquiatría en España, frente a los establecimientos públicos que solían estar gestionados por la iglesia y no llegaron a ser instituciones medicalizadas¹⁸.

El nacimiento de los establecimientos para locos y dementes se sitúa en el contexto de la economía liberal y la beneficencia. Un modelo que había alentado la asistencia de los enfermos en sus hogares, eximiendo de responsabilidad al Estado. Sin embargo, no ocurría lo mismo con los locos que, por su extrañeza e inhumanidad¹⁹, eran internados en establecimientos, en la mayoría de los casos, hasta su muerte. Se puede afirmar que este modelo excluía, confinaba y encerraba al loco²⁰.

En cuanto al trato recibido durante el internamiento, la ley de 1822 prohibía en el art. 122 el uso de malos tratos, golpes, grillos, cepos, cadenas, azotes, y calabozos, entre otros, lo que evidencia el uso de la violencia como práctica frecuente. Además, sobre la escasa finalidad curativa de los métodos empleados, Concepción Arenal denunció que solo se empleaba el temor como medio para devolverles la razón: “demás está decir que no la recobraba ninguno. El monomaniaco se volvía loco, el loco tranquilo se hacía furioso, el furioso sucumbía: dichoso al menos si sucumbía pronto”²¹. En su desgarrador testimonio llega a comparar un cementerio, en tiempos de pandemia, con el aspecto que presentaba el departamento de locos de un hospital: “aquellas manos débiles y amenazadoras al través de la dura reja; aquel terror a la vista del carcelero, que hace huir a los míseros reclusos al fondo de su estrecha prisión”²².

17 ANGUITA OSUNA, José Enrique, “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la Ley de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de ejecución de 1852”, *Aportes. Revista de Historia Contemporánea*, vol. 34, núm. 99 (2019), pp. 89-121, esp. 100. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La marginación de los locos y el derecho*, Taurus, Madrid, 1976, p. 30.

18 CANDELA RAMÍREZ, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit., p. 52.

19 FOUCAULT, Michel, *Historia de la locura en la época clásica II*, 3ª ed., 2015.

20 FOUCAULT, *Historia de la locura en la época clásica*, cit.

21 ARENAL, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, cit., s/p.

22 ARENAL, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, cit., s/p.

Y dijo de quienes habían perdido la razón, que más les hubiera valido perder la vida en el camino que conducía al hospital provincial sobre cuya puerta debió figurar escrito lo que Dante pusiera en la entrada del infierno: “dejad toda esperanza los que entráis”.

Del relato de Concepción Arenal se evidencia que, pese a que en este período asistimos al desarrollo de la beneficencia, el servicio asistencial que se presta al loco o demente no atiende a un propósito curativo, sino que busca únicamente su exclusión respecto de la sociedad. En este sentido, se pronunciaron algunos alienistas en un congreso celebrado en Barcelona en 1883, solicitando y reivindicando que los locos fuesen debidamente atendidos en asilos adecuados, en el contexto de un sistema asistencial que protegiera a “las personas sanas de ser recluidas como locos y ser privadas [...] de sus derechos y libertades [...]”²³.

1.2. El submodelo de la marginación en el desarrollo de la psiquiatría

1.2.1. El criterio jurídico

La primera norma que reguló la hospitalización de los dementes e instauró un sistema de control judicial de los internamientos fue el Real Decreto de 1885 por el que se aprobó el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés²⁴. La norma detallaba el personal del manicomio²⁵, regulaba el ingreso de los dementes, el régimen interior del establecimiento y establecía que el destino de los establecimientos no era otro que el “cuidado y tratamiento médico moral de los enajenados”²⁶. Sobre el ingreso se regulaba que debía ser ordenado por el Director General de Beneficencia y Sanidad²⁷. Sin embargo, la instancia solicitando el ingreso

23 GINÉ y PARTAGÁS, J., “Ensayo Médico-administrativo sobre el ingreso, estancia y salida de los enfermos de la mente en los asilos públicos y privados”, en *Primer Certamen Frenopático Español*, Barcelona: La Academia; Comelles, 1988, pp. 147-172, esp. 49 citado en CANDELA RAMÍREZ, Ruth, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit., p. 53.

24 RD de 12 de mayo de 1885, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés, y en los demás manicomios. Gaceta de Madrid núm. 129 de 1885.

25 Un administrador depositario, un comisario interventor, dos médicos (uno jefe facultativo y otro agregado), un capellán, un prácticamente, un barbero, un mozo maquinista, un acólito, catorce hijas de la caridad, celadores, etc. Art. 6 RD de 12 de mayo de 1885.

26 Art. 2 RD de 12 de mayo de 1885.

27 Art. 52 RD de 12 de mayo de 1885.

debía ir acompañada de una información realizada ante el juez de primera instancia del domicilio del alienado, su curador o miembro de su familia, en el que debía acreditarse el estado de demencia y la conveniencia o necesidad del ingreso²⁸. A estos requisitos se sumaba un reconocimiento médico con carácter previo al ingreso²⁹.

Unos días después, se promulgaba el Real Decreto de 19 de mayo de 1885³⁰, que extendía esta regulación a la totalidad de establecimientos municipales y provinciales, especialmente en lo relativo a la seguridad individual y a la intervención judicial. En su exposición de motivos se hacía referencia al fracaso de la Ley de beneficencia de 1849, debido principalmente a las dificultades económicas que venía atravesando el Tesoro Público. Sin embargo, desde que la Ley encargase al Gobierno los asilos de dementes:

cuidó de estatuir en los reglamentos la conveniente limitación para garantizar en cierto modo la seguridad individual, no consintiendo la reclusión de ningún alienado sin previa información hecha ante el Juez competente para justificar el padecimiento y la conveniencia ó necesidad de conceder la clausura del enfermo³¹.

Así, se refiere expresamente a personas que eran recluidas sin ninguna garantía eficaz de seguridad individual, provocando litigios y procedimientos criminales por haber recluso sin razón a personas “no declaradas judicialmente en estado de demencia”³². Lo que venía siendo una actuación no conforme a Derecho.

En el artículo primero se distinguían dos tipos de internamiento: de observación y de reclusión definitiva. En el primer caso, se regulaba la habilitación de un local de observación en el que pudiesen permanecer las personas dementes hasta su conducción a un manicomio “en clase de reclusos permanentes”³³. Como resultado surgieron los “departamentos de observación de dementes”, que se ubicaron en los hospitales provinciales o municipales³⁴.

28 Art. 53 RD de 12 de mayo de 1885.

29 Art. 54 RD de 12 de mayo de 1885.

30 Real Decreto de 19 de mayo de 1885 estableció las reglas para el ingreso de los dementes en los manicomios del Estado, provinciales y particulares. Gaceta nº 141, de 21 de mayo de 1885.

31 Real Decreto de 19 de mayo de 1885.

32 Real Decreto de 19 de mayo de 1885.

33 Obsérvese la reiterada referencia al término “recluso” a lo largo del texto de la norma.

34 En un ingreso del año 1910 puede apreciarse un escrito del Juzgado dirigido al

El período de tiempo que podían permanecer en observación psiquiátrica quedaba limitado a tres meses (seis en los casos dudosos)³⁵. Este tipo de internamiento tenía carácter urgente y, por ello, requería de informe médico. La solicitud se dirigía a la diputación provincial o al ayuntamiento, dependiendo de que el manicomio fuese provincial o municipal. El art. 3 obligaba a los directores de los establecimientos a dar conocimiento al Gobernador de la provincia, o en uno de sus pueblos, en el término de tres horas, cuyo cómputo comenzaba en el momento del ingreso del presunto alienado³⁶. Puesto que se trataba de un ingreso urgente, el Decreto solo permitía que se practicara una vez, estableciendo que en el caso de que aparieran de nuevo los síntomas de demencia, se requería un expediente judicial para su observación³⁷.

En el caso de los internamientos de reclusión definitiva era preciso un expediente instruido ante el Juez de primera instancia, en el cual se justificase “la enfermedad y la necesidad ó conveniencia de la reclusión del alienado”³⁸.

Presidente de la Comisión Permanente de la Diputación Provincial de Córdoba, en el que se ordena el ingreso por observación en el manicomio provincial de Córdoba en virtud de padecer: “monomanía persecutoria que intenta contra si mismo y sus semejantes, hasta que cumplidos los trámites legales se acuerde o no su reclusión definitiva por no existir en esta población casa de dementes ni departamento para esta clase de dementes”. Fecha de ingreso: 12/01/1910. Fallece el 03/06/1940 en el hospital psiquiátrico provincial. Se informa del fallecimiento al Juzgado de Instrucción. APDC.H603.5. Expediente de ingreso por orden judicial.

35 APDC. HC 603.28. Expediente de ingreso (urgente). A los tres meses del ingreso provisional se remitió informe del Director del Hospital: “padece síntomas de enajenación mental y debe seguir recludo”. Además, en el Manicomio de Leganés los plazos máximos de observación se triplicaron. En cuanto a las reclusiones definitivas, gran parte de las personas internadas fallecieron en el Manicomio. Véase: CANDELA RAMÍREZ, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit.

36 Así consta en el referido expediente. APDC.H603.5. Expediente de ingreso por orden judicial.

37 Art. 5 Real Decreto de 19 de mayo de 1885.

38 Art. 7 Real Decreto de 19 de mayo de 1885. Así ha quedado constancia en algunas fuentes documentales “Del ingreso de los alienados. Para ingresar en el manicomio se necesita solicitarlo al Exmo Sr Cardenal fundador y prelado diocesano o de su delegado o administrador del establecimiento, acompañado a la instancia de la de bautismo, certificación facultativa y el expediente judicial a que se refiere el decreto de 19 de mayo de 1885”. AHDS. Fondo General. Beneficencia 1885-1930 citado por PONTE HERNANDO, Fernando J., REGO LIJÓ, Isabel; *La locura y el bisturí, I Centenario de don Timoteo Sánchez Freire (1838-1912)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2012, p. 155.

Precisamente, este rígido control judicial fue considerado el principal motivo de censura de la norma, considerada “buena para los juristas y mala para los médicos”³⁹. De hecho, recibió continuas críticas por parte de los psiquiatras durante su vigencia debido a su predominante sesgo jurídico, llegando a considerarse que la ley evidenciaba el retraso de la asistencia psiquiátrica española, por la lentitud que causaba en el tratamiento de los enfermos⁴⁰. Por el contrario, los partidarios del control judicial de los internamientos habían alabado los reales decretos de 1885, porque recababan para “el loco la consideración de hombre y la dignidad de enfermo”, al tiempo que sustituía las cárceles por hospitales⁴¹.

Sin embargo, tanto el ingreso provisional como el definitivo de personas que careciesen de familia podían tener lugar de oficio, sin que se especificara cuáles eran los órganos que podían actuar de oficio. Es más, esta deficiencia de la norma fue subsanada por una Real Orden de 20 de junio de 1885 que establecía:

cuando un presunto demente que carezca de familia o de representación legal fuese hallado en la vía pública o en su domicilio, dando motivo con su libertad a algún peligro inminente, en evitación del cual, la autoridad estime que su reclusión es absolutamente necesaria y urgente, podrá ésta acordarse en el acto por el gobernador o el alcalde, según los casos, sin perjuicio de disponer que en el preciso término de veinticuatro horas se cumplan las formalidades estatuidas en los artículos 3º, 5º y 8º del Real Decreto de 19 de mayo último.

En su disposición quinta se añadía que si una vez finalizado el plazo de observación del ingreso, la familia no acudía al Juzgado o se oponía a la reclusión, debía promover el expediente:

el alcalde o el gobernador, de oficio, y los Tribunales resolverán, si procede, la clausura definitiva del enfermo, a menos que la familia, tutor o curador del paciente se haga cargo de su custodia y cuidado bajo las responsabilidades que establece el Código Penal.

Como puede observarse, prevalece el criterio de cuidado del enfermo por parte de la familia, lo que evitaba el ingreso. En consecuencia, se presta una mayor atención a la libertad y protección de la persona, en detrimento de

39 LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso, cit.

40 SIMÓN LORDA, *Locura, medicina y sociedad*, cit.

41 GARRIDO Y ESCUÍN, Victoriano, *La cárcel o el manicomio: estudio médico legal sobre la locura*, Madrid, Casa Editorial de José María Faquineto, 1888, p. 364.

la peligrosidad del enfermo mental. El procedimiento ordinario vela por la garantía judicial y el procedimiento de urgencia queda reducido a los casos de peligro eminente, aunque, en la práctica, debió ser frecuentemente infringida⁴². No obstante, es preciso resaltar que la familia respondía incluso penalmente por los daños que pudiese causar el enfermo, remitiéndose a la responsabilidad establecida en el C.P de 1870, que equiparaba “totalmente la negligencia en la custodia de un loco a la de los animales feroces y dañinos”⁴³.

En lo que al tratamiento recibido por los internos se refiere, es preciso resaltar que éste no atendía a una finalidad curativa ni rehabilitadora. No solo se continuaron empleando medios físicos coercitivos (camisas de fuerza, ligaduras, etc.), sino que los tratos vejatorios recibidos y las condiciones infrahumanas de los establecimientos fueron una constante durante este período. En 1916 Gonzalo Lafora sostuvo que el aislamiento de España respecto de Europa se manifestaba, “como en ninguna otra institución, en los manicomios, refugios de desgraciados a quienes la sociedad quiere olvidar o ignorar”⁴⁴. El autor visitó algunos manicomios provinciales, entre ellos los de Granada, Cádiz, Toledo, Madrid y Valencia, concluyendo que todos adolecían de los mismos defectos: falta de personal médico y enfermero, ausencia de formación del personal, abuso de medios coercitivos y una espeluznante imagen que vio la luz a través de algunas fotografías que publicó tras su visita⁴⁵. En este sentido se pronunció también Francisco Bacariza Varela, director del manicomio de Conxo, al reflexionar sobre la gestión que desempeñó durante tres años, en cuyo cargo no tuvo “ni un solo momento de satisfacción, ni de tranquilidad, por no poder realizar obra, no ya científica, sino humana, en favor de tan desgraciados enfermos”⁴⁶. Otros informes muestran establecimientos psiquiátricos en los que los internos mantuvieron estancias muy prolongadas, con escasez de tratamientos, permaneciendo en ellos hasta su muerte⁴⁷. De hecho, frente al discurso del modelo médico-rehabilitador, los

42 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La marginación de los locos*, cit., p. 132.

43 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La marginación de los locos*, cit., p. 137.

44 LAFORA, G.R., PÉREZ VALDÉS, R., BUSQUET, T., “Los manicomios españoles”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 31, nº 4, 2011. DOI: dx.doi.org/10.4321/S0211-57352011000400014

45 LAFORA, PÉREZ VALDÉS y BUSQUET, “Los manicomios españoles”, cit.

46 BACARIZA VARELA, Francisco, “El problema manicomial de Conjo”, *El Eco de Santiago*, 1932, p. 4.

47 Así ocurrió en el Manicomio de Leganés. Véase: CANDELA RAMÍREZ, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit.

pacientes dejaron testimonio en las cartas que escribían a familiares y amigos –retenidas y archivadas en sus historias clínicas– como atestigua un hombre en 1929: “aquí no hay de hecho ni Director, ni médicos de guardia, y sí los hombres en un completo abandono, hombres encerrados de por vida, amarrados y el resto tirado por los suelos sin distracciones”⁴⁸.

En este contexto, se había promulgado el Código Civil de 1889, fiel reflejo del submodelo de la marginación, al restringir la personalidad civil en los supuestos de demencia o “imbecilidad”, sordomudez, prodigalidad e interdicción civil (art. 200 CC), quedando la voluntad de la persona con discapacidad desprovista de eficacia jurídica. De esta forma, se configuraba un estatuto jurídico para los denominados “incapaces”, quienes para actuar por sí mismos en la vida civil, requerían de un sistema de representación y sustitución de la voluntad. Un sistema de falsa apariencia protectora, pues reducía a las personas con discapacidad a meros objetos, tal y como quedaba reflejado en las decisiones que podían ser adoptadas en torno a la persona y sus intereses económicos⁴⁹. Además, en el caso de los enfermos mentales se les encerraba, sin más, con lo que se lograba una incapacitación mucho más fuerte, privándoles de libertad y sometiéndolos a un control personal permanente, sin ningún tipo de garantías⁵⁰.

Entonces el Código no reguló la incapacitación, sino una institución de guarda, la tutela, aplicable a personas mayores de edad en situación de “demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil”, que restringían la personalidad civil. De hecho, la ausencia de regulación de la incapacitación en el Código de 1889 llevó a Rodrigo Bercovitz a sostener que existía una despreocupación total por los enfermos mentales. Desde el momento en el que el legislador consideró que internamiento e incapacitación obedecían a supuestos diferentes, quedando separados los procedimientos, lo que resultaba de especial gravedad cuando se internaba a enfermos que no habían sido previamente incapacitados⁵¹.

48 CANDELA y VILLASANTE, “Lo que es, fue y será el Manicomio de Leganés, cit.

49 GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M^a Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, 2020, pp. 13-37, esp. 33.

50 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La marginación de los locos*, cit. p. 348

51 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La marginación de los locos*, cit. p. 145.

1.2.2. El criterio médico

El período de la Segunda República fue una época de maduración de la asistencia psiquiátrica y de consolidación de la Psiquiatría como especialidad médica⁵². De ahí que de la primera norma que regula los internamientos, el Real Decreto de 3 de julio de 1931, se deduzca el reconocimiento de la Psiquiatría como Ciencia médica y la necesidad de eliminar obstáculos jurídicos que “entorpecían la tarea de los médicos, medicalizando al máximo los procedimientos para ingreso psiquiátrico”⁵³. Este respaldo legislativo contribuyó a transformar los manicomios en clínicas médicas⁵⁴ y a superar las barreras que el control judicial de los decretos de 1885 suponía para la asistencia psíquica profesionalizada⁵⁵. De hecho, a lo largo del texto del Decreto se observa un cambio que va más allá de lo terminológico. Así, se sustituye el término loco por enfermo psíquico y manicomio por establecimiento psiquiátrico, pero se regula un modelo de asilo que debía responder a la Ciencia psiquiátrica⁵⁶ (art. 1), cuya dirección quedaba encomendada a un especialista en posesión de título de médico expedido por universidad española⁵⁷.

En cuanto a los internamientos, regulaba tres tipos de ingreso: por voluntad propia, involuntario por orden médica e involuntario por orden gubernativa o judicial⁵⁸. En el ingreso voluntario se exigía un certificado médico legalizado por el inspector médico del distrito, en el que constase la indicación de la asistencia en el centro elegido, así como una declaración firmada por el propio paciente en la que se indicara su deseo de ser tratado en el centro

52 SIMÓN LORDA, *Locura, medicina y sociedad*, cit., p. 175.

53 SIMÓN LORDA, *Locura, medicina y sociedad*, cit., p. 175.

54 TIERNO PATIÑO, Raquel (2019) *El Manicomio Nacional de Leganés durante la Segunda República (1931-1936): organización de la asistencia y práctica clínica*. [Tesis]

55 Real Decreto de 3 de julio de 1931, publicado en la Gaceta de Madrid nº 188 de 7 de julio de 1931.

56 Art. 1 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

57 Art. 2 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

58 Art. 8 Real Decreto de 3 de julio de 1931. Sostiene M^a Fernanda Moretón Sanz que el Decreto de 1931 impuso el control judicial preceptivo de los internamientos involuntarios, algo con lo que no estamos de acuerdo. MORETÓN SANZ, M^a Fernanda, “La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, enero, 2011, pp. 69-87, esp. 72.

elegido⁵⁹. A estos requisitos se sumaba la admisión por el propio establecimiento.

En cuanto a la declaración firmada se reproduce aquí el modelo tipo que se ha encontrado de forma reiterada en los expedientes de ingreso:

Sr. Director del Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba

El que suscribe ... con domicilio en Córdoba calle ... número ... y en su carácter de [tachado] (1) de 25 años de edad, natural de Pedro Abad y con domicilio en Córdoba calle n° ..., de estado soltero, solicita de V. sea ingresado en el Hospital Psiquiátrico de su dirección, por padecer trastornos psíquicos, según certificado médico que acompaña, expedido el 26 de diciembre de 1934, por el facultativo D. José Garrido de Rueda con ejercicio en Córdoba; declarando que el enfermo (2) que no ha estado recluido anteriormente y siendo de conformidad el ingreso.

Córdoba a 28 de Diciembre de 1934.

[firma]

(1) esposo, padre, hermano, tutor, etc.

(2) si ha, o no, estado con anterioridad en establecimiento psiquiátrico, en sanatorio o en aislamiento privado⁶⁰.

El ingreso involuntario por indicación médica respondía a la necesidad de tratamiento del enfermo, pero, en ningún caso, debía atender a la “privación correccional de la libertad”⁶¹. Este tipo de internamiento estaba sujeto a una serie de formalidades, pues se necesitaba un certificado médico en el que constase tanto la enfermedad como la necesidad de la reclusión, aunque no

59 Contienen la declaración firmada los siguientes expedientes de ingreso: ADPCO. HC544.49 Expediente de Ingreso Voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial. Expediente número 606. ADPCO. HC544.50 Expediente de Ingreso Voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial. Expediente número 607. ADPCO. HC608.27 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 828. ADPCO.HC608.22 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 836. ADPCO. HC611.17 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número: 1164. ADPCO.HC612.16 Expediente de ingreso por indicación médica (voluntario) en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Número de expediente: 1277. ADPCO. HC613.62. Expediente de Ingreso Voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 1440.

60 ADPCO. HC608.22 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 836.

61 Art. 10 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

era necesario un diagnóstico clínico. Para ello la Dirección de Sanidad publicó un formulario sencillo específico para enfermos mentales, que se adicionaba al certificado oficial⁶². También se necesitaba una declaración firmada del pariente más cercano o de su representante legal solicitando su ingreso. En cuanto a las razones que llevaban al médico a certificar la admisión en un establecimiento psiquiátrico, la norma relacionaba la enfermedad psíquica que recomendara: “su aislamiento, la peligrosidad de origen psíquico, la incompatibilidad con la vida social y las toxicomanías incorregibles que pongan en peligro la salud del enfermo o la vida y los bienes de los demás”.

Se han consultado algunos expedientes de ingreso del Archivo de la Diputación Provincial de Córdoba, en cuyos certificados médicos se hace referencia a causas diversas. Desde enfermedad psíquica⁶³, “psicosis maniaco-depresiva en fase maniaca”⁶⁴, oligofrenia⁶⁵, la presunta peligrosidad del enfermo⁶⁶, o ataques epilépticos⁶⁷.

El Real Decreto regulaba los plazos en que debía efectuarse la admisión, así como la obligación del establecimiento de comunicar al Gobernador de la provincia la admisión del enfermo. Para ello se remitía una “nota-resumen” de los documentos referidos anteriormente y los motivos del ingreso. La autoridad se limitaba a ordenar al inspector médico del distrito el reconocimiento del enfermo y la remisión de un informe. También quedaba obligado a remitir al juez de primera instancia de la última residencia del enfermo un parte médico en el que se hacía constar la filiación del enfermo y los datos del médico que certificó el ingreso. La actuación del juez quedaba reducida a devolver sellada la documentación recibida al día siguiente de su recepción⁶⁸.

62 Art. 10 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

63 ADPCO. HC 604.57. Expediente por ingreso por indicación médica.

64 ADPCO. HC598.70. Expediente de ingreso por indicación médica en el Hospital Psiquiátrico Provincial. Año del ingreso: 1982.

65 ADPCO. HC 1280-47. Expediente de ingreso por orden judicial.

66 ADPCO. HC. 604.43. Expediente de ingreso por indicación médica. Fecha del ingreso: 30/03/1940.

67 ADPCO. HC 603.43. Expediente de ingreso por indicación médica.

68 Así quedaba establecido en el art. 10 Real Decreto de 3 de julio de 1931 y ha quedado constatado en los expedientes consultados. Véase: ADPCO. HC598.70. Expediente de ingreso por indicación médica en el Hospital Psiquiátrico. ADPCO. HC 604.43. Expediente de ingreso por indicación médica. ADPCO. HC-1280-47. Expediente de ingreso por orden judicial. ADPCO. HC 604.57. Expediente por ingreso por indicación médica.

No obstante, el internamiento también podía producirse con carácter urgente, bajo la responsabilidad del médico director del establecimiento, que debía comunicar al Gobernador de la provincia el ingreso del enfermo y las razones de la urgencia⁶⁹. Para dotar de garantías este tipo de internamiento, se exigía una segunda valoración médica, que podía provenir de un psiquiatra ajeno al establecimiento o, en su defecto, de un médico general. Además de la necesidad de cumplir con los requisitos relativos al internamiento involuntario. En cualquier caso, el gobernador de la provincia podía comprobar en cualquier momento la situación de los pacientes, atendiendo a las posibles denuncias sobre internamiento indebido, que debía transmitir al Juzgado correspondiente⁷⁰.

El internamiento involuntario por orden gubernativa o judicial podía tener lugar para observación o con arreglo al Código Penal⁷¹. En el primer caso, la orden gubernativa para observación podía ser dispuesta por el Gobernador Civil o el Jefe de Policía en las capitales de provincia o por el alcalde en las poblaciones menores⁷². Sin embargo, este tipo de ingreso también tenía lugar a juicio de un médico cuando el enfermo se encontrase en estado de peligrosidad para sí mismo o para los demás, “cuando a consecuencia de la enfermedad psíquica haya peligro inminente para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada, incluso la del propio enfermo”⁷³. Así, se han encontrado expedientes de ingreso en los que el médico certifica esquizofrenia⁷⁴, “síndrome de abstinencia a las drogas”⁷⁵, o de nuevo, simplemente, “peligrosidad”⁷⁶.

69 Art. 12 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

70 Art. 13 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

71 Art. 16 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

72 Así consta en los expedientes consultados: ADPCO. HC1280.50. Expediente de ingreso por orden gubernativa. HC 604.48. Expediente por orden gubernativa. ADPCO. HC. 604.56. Expediente de ingreso por orden gubernativa. En un expediente de 1982 en el escrito del Juzgado de Instrucción se hace constar lo siguiente: “fue ingresado por la Policía a disposición de este Juzgado, deberá quedar solamente en calidad de enfermo en ese centro para recibir el adecuado tratamiento y una vez se encuentre en condición de hacer vida social deberá comunicarse a este Juzgado”.

73 Art. 17 Real Decreto de 3 de julio de 1931.

74 ADPCO. HC604.56. Expediente de ingreso por orden gubernativa.

75 ADPCO. HC1280.50. Expediente por ingreso gubernativo.

76 ADPCO. HC 604.43. Expediente de ingreso por indicación médica.

En definitiva, la norma imitaba el modelo instaurado por la ley francesa sobre los alienados de 30 de junio de 1848. Este modelo establecía que los internamientos se ordenaban por la autoridad pública (exclusivamente órganos administrativos) que adoptaba la decisión en casos de “daño inminente, atestado por el certificado de un médico o por la notoriedad pública”⁷⁷. La intervención judicial solo tenía lugar en caso de apelación ante el tribunal en donde estuviera ubicado el establecimiento. Sin embargo, a pesar de los intentos de la Psiquiatría española por tratar la locura desde la estricta observación clínica, alejándose de un modelo de manicomio que se asemejaba más a una cárcel⁷⁸, el Real Decreto de 1931 nos lleva al modelo de asilo descrito y clasificado por Foucault como instancia judicial⁷⁹. Un establecimiento psiquiátrico transformado en una suerte de instancia judicial que no reconoce a ninguna otra, juzgando en el ingreso y en última instancia. De ahí la necesidad del certificado médico, como garantía jurídica y moral, que no como título científico⁸⁰. Y durante la reclusión, se aplican instrumentos propios de represión (prisiones, calabozos y castigos físicos) que fueron empleados con fines correctivos⁸¹. Aun cuando la norma se pronunciaba expresamente sobre el uso de contenciones:

cometía la utilización de los medios mecánicos de contención a la previa intervención facultativa. En tal sentido, consideraba una condición indispensable para el funcionamiento de todo establecimiento psiquiátrico, público o privado, que en ningún caso y sin orden explícita del médico se utilizaran medios físicos coercitivos, tales como camisas de fuerza y ligaduras⁸².

Pese a que en este período se introducen nuevas medidas terapéuticas, como la laborterapia y determinados fármacos (barbitúricos, antisifilíticos y piretoterapia), las medidas terapéuticas empleadas, o que al menos hayan

77 BARRIOS FLORES, Luis Fernando, “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, Ene-Jun, 2012, pp. 31-56.

78 ADPM. Memoria redactada por Miguel Prados Such para la Diputación Provincial de Málaga sobre la reunión de la Asociación Española de Neuropsiquiatras de 1926, lg. 718-24, p. 4. Citado en GARCÍA DÍAZ, “El manicomio provincial de Málaga, cit.

79

80 FOUCAULT, *Historia de la locura*, cit., p. 246.

81 FOUCAULT, *Historia de la locura*, cit. p. 241.

82 AZNAR LÓPEZ, Manuel, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000, p. 103.

quedado reflejadas en las historias clínicas, fueron escasas⁸³. De lo que se deduce que el internamiento del decreto de 1931 no responde al modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, puesto que la finalidad del internamiento no es curativa ni rehabilitadora, contemplándose, incluso, el ingreso para la prevención de riesgos, ante la presumible peligrosidad del enfermo mental⁸⁴. En este sentido, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social⁸⁵, que mantuvo la vigencia del Real Decreto de 1931, argumentaba sobre la necesidad de defender a la sociedad contra conductas que, sin ser estrictamente delictivas, entrañaban un riesgo para la sociedad⁸⁶. El ámbito de aplicación de la ley se extendía a los “enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad” (art. 3). De esta forma, se permitía adoptar internamientos indefinidos (hasta que fuese necesario) de enfermos mentales como medida de seguridad predelictual⁸⁷.

El Real Decreto de 1931 fue una norma de extraordinaria vigencia –estuvo en vigor hasta el año 1983– y sirvió para asimilar a los locos al resto de “indeseables”. Además, sirvió de instrumento para legalizar en la práctica detenciones ilegales, tal y como se puso de manifiesto en el Informe del Fiscal General del Estado de 1985⁸⁸.

83 TIERNO PATIÑO, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit.

84 Incluso se llegó a considerar un deber social la obligación de dar parte a las autoridades del riesgo que podía derivarse de las alteraciones de una persona demente. LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso”, cit. TIERNO PATIÑO, *El Manicomio Nacional de Leganés*, cit.

85 Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social. BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970, pp. 12551-12557.

86 Este conjunto de normas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a sujetos socialmente peligrosos estaba inspirada en la rama científica de la “Defensa Social”, la misma en la que tuvo cabida la Ley española de 4 de agosto de 1933, denominada de “Vagos y Maleantes”.

87 La Ley fue desarrollada por Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. BOE núm. 132, de 3 de junio de 1971, pp. 8895 a 8903.

88 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “El internamiento de incapaces presuntos en la reforma del Código Civil por Ley 13/83, de 24 de octubre”, Memoria del Fiscal General del Estado, Madrid, 1985, p. 209.

1.3. El modelo médico-rehabilitador

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 exigió un cambio de modelo, que debía contemplar a la persona con discapacidad como sujeto de derechos al tiempo que protegía la salud pública a través de medidas preventivas y servicios necesarios. También implicaba el punto de partida para desarticular el internamiento psiquiátrico y adaptarlo en el nuevo orden constitucional, en el que no tenía cabida la detención preventiva, salvo en determinados supuestos y con un límite de setenta y dos horas.

La Constitución de 1978 sitúa a la persona en el epicentro del ordenamiento jurídico, como titular de derechos que han de ser respetados y garantizados. El propio texto constitucional reconoce la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, además del libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden público y la paz social⁸⁹. La entrada en vigor de la Constitución obligó a modificar el Código Civil para adaptarlo a los nuevos tiempos. Las primeras reformas que se ocuparon de las limitaciones a la capacidad tuvieron su reflejo en el Derecho de familia, en concreto, en lo relativo a la mujer casada⁹⁰. A partir de este momento, la mujer casada adquiriría la plena autonomía para ejercitar sus derechos, reformas que se han ido sucediendo a lo largo de estos años. Pues una vez proclamada la igualdad formal, ha sido necesario trabajar en la eliminación de obstáculos con el propósito de alcanzar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres⁹¹.

En el caso de los menores de edad, a partir de los años ochenta se inicia una nueva corriente que entiende la minoría de edad en un sentido amplio, es decir, se presume su inmadurez para realizar determinados actos jurídicos, pero, al mismo tiempo, se impulsa su participación en la toma de decisiones sobre asuntos que les afectan directamente. El menor no recibe el tratamiento del incapaz, pues se entiende que su capacidad está limitada por un único factor: la madurez asociada a la edad. Lo que justifica, a su vez, la necesidad de protección que recoge el art. 39 CE. El reconocimiento de la autonomía

89 Art. 10 CE.

90 Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

91 Ley 11/1990, 15 octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

y cierta independencia de los menores vino de la mano de la Convención de Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Y éste fue el espíritu que plasmó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reformuló la estructura del derecho de protección de la infancia, consistente fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores y una capacidad progresiva para ejercitarlos, permitiéndole tomar decisiones y/o ser parte en los actos que afecten a su esfera personal y patrimonial. De forma progresiva, el modelo de protección y rehabilitación ha ido evolucionando a un modelo que tiene en cuenta la autonomía del menor como manifestación del desarrollo de su personalidad, y garantiza su participación en la sociedad⁹².

En lo que respecta a las personas con discapacidad, la evolución se concretó bastantes años después. De hecho, el mandato de protección que contiene el art. 49 CE estaba influenciado por el modelo médico rehabilitador de la discapacidad imperante en los años ochenta⁹³. Este modelo entendía la discapacidad como un hecho individual o patología que una persona padecía y debía ser curada⁹⁴, al tiempo que entendía la salud y la discapacidad como conceptos excluyentes⁹⁵. De hecho, en 1980 la Organización Mundial de la Salud (OMS) había desarrollado una clasificación de la discapacidad y publicó la Clasificación de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (DIDDM), cuyo objetivo principal fue clasificar las consecuencias de la enfermedad⁹⁶. La DIDDM planteó una aproximación conceptual nueva y describió tres niveles derivados de la enfermedad (deficiencia, discapacidad y minusvalía) que

92 GETE-ALONSO y CALERA, “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, cit., p. 35.

93 Ello a pesar de que desde la década de los setenta comienza a apreciarse un cambio hacia el modelo social en Estados Unidos y Reino Unido, donde el movimiento de las personas con discapacidad venía reivindicando la desmedicalización y la desinstitutionalización (movimiento de vida independiente)). En los manifiestos de este movimiento se hacía especial hincapié en que era la sociedad la que “discapacitaba” a las personas con discapacidad, al excluirlas de una participación plena. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad*, cit., p. 108.

94 VÁZQUEZ FERREIRA, M., “La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 17, 2008, pp. 221-232.

95 FERNANDEZ-LÓPEZ, FERNÁNDEZ-FIDALGO, GEOFFREY, STUCKI y CIEZA, “Funcionamiento y discapacidad”, cit., p. 776.

96 CRESPO, CAMPO y VERDUGO, “Historia de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad”, cit.

estuvieron vigentes durante los años 80 e influyeron decisivamente en la regulación jurídica de la discapacidad⁹⁷. En 1981 se iniciaba la planificación, programación y evaluación de las acciones para la creación, construcción, modificación, adaptación o supresión de centros o servicios específicos de Salud Mental y asistencia psiquiátrica⁹⁸. En 1982 se aprobaba la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos:

A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales⁹⁹.

Un año más tarde la ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, derogaba el decreto de 1931 e incorporaba la regulación del internamiento involuntario en un único artículo:

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.

97 La DIDDMM recibió muchas críticas, especialmente porque las categorías que la constituyen eran formuladas de forma negativa y porque el modelo conceptual al que remitía se basaba en un modelo individual de la discapacidad. Sin embargo, a pesar de las críticas, no fue hasta el año 2001 cuando la OMS reformuló y publicó la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF). La CIF constituye el marco de la OMS para la salud y la discapacidad y se plantea desde un modelo multidimensional complejo, estructurado en torno a las categorías de funcionamiento (que hace referencia a las funciones corporales, actividades y participación), discapacidad (engloba deficiencias, limitaciones en la actividad o en la participación) y los factores ambientales (descriptores del contexto en el que vive una persona). Véase: CRESPO, CAMPO y VERDUGO, "Historia de la Clasificación, cit. CUENOT, "Clasificación Internacional del Funcionamiento, cit. FERNANDEZ-LÓPEZ, FERNÁNDEZ-FIDALGO, GEOFFREY, STUCKI y CIEZA, "Funcionamiento y discapacidad, cit.

98 Real Decreto 2824/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria. BOE núm. 288, de 2 de diciembre de 1981, pp. 28198 a 28199.

99 Artículo 7.1, Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. B.O.E. núm. 103, 30 de abril de 1982.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4º, 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 internamiento¹⁰⁰.

La ley de 1983 conllevaba un verdadero cambio en torno a la definición legal de capacidad y la incapacitación¹⁰¹. En el primer caso, establecía el principio de presunción de capacidad y suprimió el apartado 2 del art. 32 CC, eliminando las “restricciones de la personalidad jurídica” que eran, según el mismo artículo, “la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil”. De otro lado, se establecía una garantía judicial en torno a la declaración de incapacitación de la persona, pues la limitación de la capacidad de obrar solo era posible “por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”¹⁰². En cuanto a la regulación específica del internamiento involuntario, la referencia al presunto incapaz “obligaba a acudir a las causas de incapacitación del art. 200. Por tanto, además de concurrir la enfermedad o deficiencia en la persona –que podía atender tanto a razones de orden psíquico como físico, ésta debía tener visos de permanencia en el tiempo y provocar que la persona no pudiera regir su persona y sus bienes por sí sola, para que pudiera ser sometida a internamiento involuntario”¹⁰³. Es más, la referencia al “presunto incapaz” llevó a la interpretación de que las personas incapacitadas quedaban excluidas del ámbito de aplicación del precepto¹⁰⁴.

El art. 211 CC regulaba dos tipos de ingresos involuntarios, el ordinario y el urgente. Con la única diferencia entre ambos, del momento en el que se obtiene la autorización judicial, además del carácter de urgencia. La nueva regulación alteraba sustancialmente el internamiento forzoso del Real De-

100 Art. 211 CC modificado por el art. 1 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Ref. BOE-A-1983-28123.

101 DÍEZ-PICAZO, Luis, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Madrid, s.n., 1975.

102 Art. 199 CC modificado por el art. 1 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. BOE A-1983-28123.

103 BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014, pp. 263-309, esp. 274.

104 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 274.

creto de 1931, pues la privación de libertad del internado solo puede estar justificada en razones terapéuticas y queda bajo la salvaguarda de la autoridad judicial¹⁰⁵. El juez debía examinar a la persona y oír el dictamen del facultativo antes de conceder o denegar la autorización para el ingreso, que debía poner en conocimiento del Ministerio Fiscal. Sin embargo, la escueta regulación del art. 211 CC “y la falta de directrices concretas y ágiles de actuación”, arrastró numerosas lagunas¹⁰⁶. Así, se detectaron dificultades para aplicar la nueva regulación, observándose incumplimientos y persistencia de internamientos más acordes con el modelo de 1931¹⁰⁷. De hecho, cuando se dictó la ley 1983 se planteó su carácter retroactivo o irretroactivo y su repercusión en la regulación de los internamientos realizados hasta la fecha. Finalmente, la ley 13/1983 no se aplicó retroactivamente, por lo que los internamientos tramitados conforme al Real Decreto de 1931 se mantuvieron, sin perjuicio de las revisiones periódicas de la autoridad judicial¹⁰⁸. Esta interpretación fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 104/1990. Según consta en un informe del Defensor del Pueblo de 1991, aún había centros que no habían iniciado la revisión de los internamientos involuntarios para adaptarlos a la nueva normativa.

De forma paralela se iban sentando las bases de la Reforma Psiquiátrica en España, que culminaría en el año 1986, con la aprobación de la Ley General de Sanidad 14/1986, que equiparaba, por primera vez en España, al enfermo mental con el enfermo somático, poniendo fin al submodelo de la marginación. Sin embargo, la estigmatización de la enfermedad mental dificultó este proceso de cambio que comenzaba a desarrollar un modelo comunitario a favor de la desinstitucionalización¹⁰⁹. Los primeros pasos irían encaminados a sentar las bases de una nueva estructura organizativa de servicios sanitarios que contemplara la integración de estos pacientes en el sistema general de salud y el desarrollo de medidas legislativas dirigidas a garantizar y proteger los

105 CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 201.

106 MARTÍNEZ AZURMENDI, “El ingreso involuntario ordinario (no urgente), cit.

107 MARTÍNEZ AZURMENDI, “El ingreso involuntario ordinario (no urgente), cit.

108 Defensor del Pueblo. Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, Madrid, 1991, p. 659, citado en CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 204.

109 GIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen, “El gobierno socialista y la atención a la salud mental: la reforma psiquiátrica (1983-1986)”, *HAOL*, núm. 27, 2012, pp. 19-28.

derechos civiles y legales de los pacientes¹¹⁰. Pero, finalmente, la reforma no tuvo el efecto deseado, provocando anomalías en la atención psiquiátrica y en los internamientos involuntarios. La desaparición de los hospitales psiquiátricos fue progresiva, aunque no se acompañó de una reforma de los servicios sociales que crearan alternativas al antiguo manicomio¹¹¹. Lo que terminaría de convertir el internamiento involuntario en un instrumento para “resolver” problemas con un trasfondo social. Así, se terminaría por ingresar en centros psiquiátricos a personas que no reunían los requisitos del supuesto de hecho del art. 211 CC, pero cuyo internamiento se mantuvo a fin de evitar situaciones de abandono social¹¹². De hecho, cotejando algunos documentos de finales de los años ochenta se observa cierta desidia en cuanto a la documentación que obra en los expedientes de ingreso, algunos de los cuales, en su casi totalidad referidos a mujeres, presentan numerosas irregularidades¹¹³. De un lado, porque fueron iniciados a “petición familiar” y, de otro, porque en ellos no consta ni autorización judicial ni consentimiento de la persona ingresada¹¹⁴.

La redacción del art. 211 CC se mantuvo hasta el año 1996, cuando la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposición Final duodécima, modificaba el primer párrafo del art. 211CC, al que se dio la siguiente redacción:

110 GIMÉNEZ MUÑOZ, “El gobierno socialista y la atención a la salud mental, cit.

111 Señala Julián Espinosa que esta falta de medios y de infraestructuras de la reforma sanitaria de los años ochenta repercutió el peso en las familias. ESPINOSA IBORRA, Julián, “El sistema sanitario de atención al enfermo mental”, en PEDRAZ GÓMEZ, Santiago (dir.), *Salud Mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad*, CGPJ, noviembre 1994, pp. 91-106, p. 102.

112 CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 207.

113 En este sentido, se requieren estudios que aborden la interacción entre la discapacidad y el género, pues los informes siguen alertando del mayor riesgo que corren las mujeres de ser internadas en instituciones cuando se muestran incapaces de cumplir su función tradicional de madres y cuidadoras. NN.UU. A/HRC/40/54. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 11 de enero de 2019, párrafo 37.

114 ADPCO. HC602.166. Expediente de ingreso por petición familiar. Expediente nº 5345. ADPCO. HC602.167. Expediente de ingreso por petición familiar. Expediente nº 5346. ADPCO. HC602.173. Expediente de ingreso por petición familiar. HC602.174. Expediente de ingreso por petición familiar.

El internamiento por razón de trastorno psiquiátrico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometido a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia del menor.

Como puede apreciarse, la ley sustituyó los términos “presunto incapaz”, que contenía el art. 211.1 CC, por la expresión “internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”. Este tipo de trastorno incluía ahora tanto al de carácter temporal como al permanente, siempre que impidiese a la persona decidir por sí misma¹¹⁵. El nuevo precepto incorporaba también que el internamiento de menores debía realizarse en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. Finalmente fue derogado por la disposición derogatoria única 2.1. de la ley 1/2000, de 7 de enero, que introdujo el art. 763 LEC.

115 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 274.

EL PARADIGMA VIGENTE EN LOS INGRESOS INVOLUNTARIOS CIVILES

En la actualidad, el internamiento involuntario se regula en el art. 763 LEC. El traslado final del formulario de la regulación del ingreso involuntario a la LEC quedó justificado de la siguiente forma en la Exposición de Motivos de esta ley:

se trae así a la Ley procesal común, terminando con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas¹.

Este cambio representó un avance en el ámbito procesal, respecto de la regulación contenida en el art. 211 CC, en lo relativo a la competencia territorial, la audiencia en la autorización, la ratificación del internamiento, la defensa y representación, los recursos y el sistema de los controles periódicos de los internamientos². Aunque también hubo quien propuso como más idónea la regulación del internamiento por normas de ámbito sanitario³.

1 También se consideraba deplorable su regulación en el CC por la Circular 2/84 FGE: Memoria de la FGE, 1985, p. 340. Dada la naturaleza del cuerpo legal de que forma parte el artículo 211, únicamente debería contener los requisitos esenciales legitimadores del internamiento; más en lo cierto que también desarrolla materias de carácter procesal.

2 ARIAS GARCÍA, Juan Antonio, “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, n° 2016, 2006, pp. 2697-2736. LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario, cit., p. 72. LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “El art. 763 LEC según la jurisprudencia constitucional”, en VV.AA., *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 577-599, esp. 587. SANTOS MORÓN, María José, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el art. 763 LEC 1/2000*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002.

3 Un sector de la doctrina se pronunció sobre este aspecto, considerando que la regulación del internamiento involuntario debería realizarse en una norma sustantiva, que no procesal, como pudiera ser la ley de autonomía del paciente, al tratarse el internamiento de una medida de carácter sanitario. De esta manera, se respetaría, en la medida de lo posible, la autonomía de la persona, acudiéndose al consentimiento por representación en los supuestos en los que la persona “no sea capaz de tomar de decisiones y el criterio

El artículo 763 LEC, que regula el ingreso involuntario por razón de trastorno psíquico, y que todavía es el vigente, establece que:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización judicial tiene carácter previo al internamiento, con la salvedad de los ingresos urgentes, en los que la medida se adopta inmediatamente. En tal caso, el responsable del centro en el que haya sido ingresada la persona, debe dar cuenta al tribunal competente dentro del plazo de veinticuatro horas, con el fin de obtener la preceptiva ratificación de la medida, que deberá efectuarse en el plazo de “setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal”.

El precepto determina la competencia territorial del internamiento, tanto del ordinario como del urgente, la posibilidad de recurrir en apelación la adopción de la medida, e incorpora novedades respecto del art. 211 CC, especialmente, en lo relativo a la obligación de los facultativos de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad o no de mantener la medida de privación de libertad. Incluso permite a los facultativos que atienden a la persona internada darle el alta médica, en cuyo caso deberá comunicarse al tribunal competente, cerrando el ciclo del modelo médico. De esta forma, el proceso de internamiento involuntario finaliza con el alta del facultativo, sin que se requiera de ningún control u homologación judicial⁴.

No obstante, se han detectado debilidades, especialmente en los requisitos que legitiman tanto la adopción como el mantenimiento de la medida restrictiva de la libertad del individuo⁵. De forma que, se considera que el legislador

médico aconseje aplicarle un tratamiento que él voluntariamente rechaza”, en cuyo caso, el consentimiento se prestaría por representación. Véase: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, “Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en CUENCA CASAS, Matilde; ANGUINTA VILLANUEVA, Luis Antonio; ORTEGA DOMENECH, Jorge (coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 29-42, esp. 41.

4 CALAZA LÓPEZ, Sonia, “El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº 2, 2007, pp. 175-226, esp. 220.

5 SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario*, cit.

desaprovechó la ocasión para resolver muchas de las carencias que presentaba la aplicación del antiguo art. 211 CC⁶. En palabras de Gonzalo López Ebri:

esta oportunidad perdida significó ignorar los convulsos diecisiete años de aplicación de la normativa anterior, evidenciando la desconexión con la realidad tanto práctica como teórica del internamiento sin adecuarse a la realidad social⁷.

En particular, la reforma del año 2000 no resolvía la incertidumbre existente sobre la relación entre el proceso de internamiento y el de incapacitación, pudiéndose haber creado un procedimiento especial en lugar de introducir la regulación de los internamientos dentro “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), en del Capítulo II (De los procesos sobre la capacidad de la persona)⁸. Tampoco el rango normativo fue el adecuado, pues resultaba evidente que debió ser regulado por Ley Orgánica al verse afectado en su núcleo esencial un derecho fundamental garantizado en el art. 17 CE. Por ello se declaró la inconstitucionalidad de los incisos que posibilitan la decisión del internamiento no voluntario “pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica”⁹. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los incisos destacados del apartado 1, con el efecto establecido en el fundamento sexto de la STC 131/2010 y el tercero de la STC 132/2010¹⁰. De

6 ARIAS GARCÍA, “Internamiento no voluntario, cit.

7 LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso, cit., p. 70.

8 LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso, cit., p. 70.

9 STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, Boletín Oficial del Estado n.º 4, de 5 de enero de 2011, Sec. T. C., pp. 106-112.

10 Las SSTC 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, no constituyen una verdadera novedad pues ya la STC 129/1999, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 211 CC, párrafo segundo, en su redacción dada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, había establecido que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que el precepto que la hace posible sólo puede ser una Ley Orgánica, pues dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE (FJ 2). La STC 129/1999 resolvía la cuestión de inconstitucionalidad del párrafo segundo, no la del primero, del artículo 211 CC y por eso no declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo, pero ciertamente, la dejó ya apuntada. Por eso, juristas como Miranda Estrampes manifestaron

forma que el alcance del pronunciamiento de inconstitucionalidad no llevó a la inaplicación del art. 763 LEC¹¹, sino que derivó en una curiosa llamada “nulidad diferida”. Un efecto de creación jurisprudencial, fundamentado en fallos anteriores del propio TC, que evidenció el temor al vacío legal en el que quedaba la situación de las personas que estaban internadas si el pronunciamiento hubiera sido por la nulidad rotunda y sin matices. Así que, pese a la declaración de inconstitucionalidad¹², el artículo siguió aplicándose hasta que el legislador subsanó el defecto formal del que adolecía y le otorgó el carácter formal y procedimental reforzado que necesitaba, sin tocar su contenido sustantivo, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹³.

2.1. Ámbito de aplicación del art. 763 LEC

El art. 763 LEC regula expresamente el internamiento por razón de trastorno psíquico. Sin embargo, el precepto no resuelve lo que se entiende exactamente por esta última expresión, lo que ha provocado diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la delimitación del supuesto de hecho del art. 753 LEC desde su promulgación.

Precisamente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el significado de trastorno psíquico, optando por una interpretación amplia de las alteraciones psicológicas de índole mental. Así, en la STC 141/2012 sostiene

que la inconstitucionalidad declarada posteriormente en las SSTC 131 y 132/2010, referidas al artículo 763 LEC, sustituto del artículo 211 CC, no fue más que “la crónica de una inconstitucionalidad anunciada”. Véase: MIRANDA ESTRAMPES, *Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los ingresos involuntarios*, 2012, p. 8 citado en TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 423.

11 En su momento, analizó en profundidad la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional: BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico”, cit.

12 STC 129/1999, de 1 de julio, BOE n.º 181, de 30 de julio de 1999; STC 131/2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE n.º 4 de 5 de enero de 2011; STC 132/2010, de 2 de diciembre, BOE n.º 4 de 5 de enero de 2011.

13 Que incorporó la “Disposición adicional primera. Carácter ordinario y Título competencial. 1. La presente ley es ordinaria a excepción de los artículos 763, 778 bis y 778 ter que tienen carácter orgánico y se dictan al amparo del artículo 81 de la Constitución”. Véase: 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, pp. 61871 a 61889.

que deben ser los profesionales del sector los que determinen si un paciente tiene un trastorno o discapacidad mental de acuerdo a las prácticas médicas y estándares aceptados, posicionándose claramente ante al paradigma médico de la discapacidad. Si acudimos a la OMS, el trastorno mental se caracteriza “por una alteración clínicamente significativa de la cognición, la regulación de las emociones o el comportamiento de un individuo”¹⁴. Dicha interpretación abarca los trastornos mentales, las discapacidades psicosociales y otros estados mentales asociados a una angustia considerable, discapacidad funcional o riesgo de conducta autolesiva¹⁵. Lo que ha llevado a pronunciarse a un sector de la doctrina que considera que deben incluirse en el ámbito de aplicación tanto las enfermedades mentales, como los trastornos derivados de causas externas como el alcoholismo o la toxicomanía, así como las deficiencias psíquicas o intelectuales¹⁶. Así, se ha llegado a una interpretación amplia del término “trastorno psíquico”, que abarca, no solo la enfermedad mental, sino también las enfermedades degenerativas, como pueden serlo la demencia senil o el Alzheimer, que afectan a la inteligencia y a la voluntad de la persona¹⁷.

Como puede apreciarse, la delimitación del supuesto de hecho del art. 763 LEC no ha estado exenta de controversia, aunque siempre se ha abordado desde el paradigma médico. De hecho, surgieron numerosísimos pronunciamientos de tribunales que entendieron erróneamente¹⁸ que los ingresos

14 Véase: Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). OMS. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

15 Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). OMS. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>

16 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit.p. 276.

17 La OMS define la demencia como un “síndrome –generalmente de naturaleza crónica o progresiva– caracterizado por el deterioro de la función cognitiva (es decir, la capacidad para procesar el pensamiento) más allá de lo que podría considerarse una consecuencia del envejecimiento normal”. Además, afecta a la memoria, la orientación, la comprensión, el pensamiento, el lenguaje, el juicio y la capacidad de aprendizaje. Este deterioro suele ir acompañado, incluso precedido, por el deterioro del control de las emociones, la motivación o el comportamiento social. En cuanto al origen de la demencia, añade la OMS que es causada por diversas enfermedades y lesiones que afectan al cerebro, como puede ser el Alzheimer o los accidentes cerebrovasculares. OMS., *Datos y cifras de demencia*, consultado el 08/12/2022: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia>

18 ELIZARI URTASUN, Leyre, “El internamiento asistencial involuntario de personas con discapacidad”, *Actualidad civil*, n^o 4, abril 2019, pp. 1-18, esp. 3.

meramente asistenciales no requerían de autorización judicial, por considerar que en esos casos el internamiento carecía de finalidad terapéutica¹⁹. El argumento de fondo tiene que ver con la finalidad de la medida, que es asistencial e indefinida, y con el tipo de centro, que, aparentemente, no se ajusta al supuesto de hecho del art. 763 LEC²⁰. Lo cierto es que esta interpretación podría llevarnos a una línea especialmente frágil, pues el internamiento involuntario de personas mayores suele obedecer más a la voluntad o conveniencia de familiares que a criterios médicos, y rara vez atiende a la voluntad de la persona. Y esto permitiría dejar a las personas mayores en una absoluta situación de desprotección, permitiendo que terceras personas decidieran por ellas, en contra de su voluntad, al margen de cualquier control sobre el ingreso²¹. Afortunadamente esta postura fue cediendo progresivamente a favor

19 Entre ellas, las controvertidas sentencias de la SAP de Barcelona (Sección 16^a) de 24 de julio de 1996 y de 19 de noviembre de 1996, que dicen así: “el planteamiento de estas cuestiones como privaciones de libertad no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir, la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del tratamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea el residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente”. Añade la Sala que en estos casos el control periódico del ingreso resulta absurdo, por el carácter crónico e irreversible de la situación, que impiden a la persona poder abandonar el centro. En este sentido se pronunciaron, entre otras: Autos de la AP de la Rioja, de 17 de enero de 2000 (JUR 2000, 191488), de 13 de abril de 2000 (JUR 2000, 191488) y de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2000, 113446). Los autos de la AP de Vizcaya (Sección 3^a) de 20 de enero de 2003 (JUR 2003, 121535), (Sección 4^a) de 28 de enero de 2003 (AC 2003, 101). El Auto de la AP de Zaragoza (Sección 5^a) de 20 de julio de 2006 (JUR 2006, 224763). El Auto de la AP de Cádiz (Sección 5^a) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229).

20 Sostiene José Ramón De Verda que la ausencia de regulación de un supuesto específico es debida a que tradicionalmente el cuidado de los mayores era una cuestión que asumía la familia. Lo que le lleva a plantearse la necesidad de otra regulación para el contexto social de la geriatría. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n^o 4, 2016, pp. 9-28, esp. 11.

21 LÓPEZ EBRI, Gonzalo, “El ingreso no voluntario: la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad en los términos del art. 763 LEC y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Estudios jurídicos*, n^o 2010, pp. 165-212, esp. 191. CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 243.

de una interpretación mayoritaria conforme a la cual el ingreso involuntario de personas mayores queda comprendido dentro del supuesto de hecho del art. 763 LEC, pues, en cualquier caso, el internamiento no voluntario afecta al art. 17 CE²². Para ello, fueron necesarios varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que pusieron el foco de atención en esta práctica²³. La STC 13/2016, de 1 de febrero, analizó el ingreso de una persona mayor con Alzheimer en una residencia asistencial, resolviendo que el art. 763 LEC es aplicable a los ingresos geriátricos cuando la persona padezca un trastorno o enfermedad que le impida tomar decisiones libremente sobre su voluntad de ingresar²⁴. También añadió el Tribunal que nada impide que un centro geriátrico quede dentro del supuesto de hecho del art. 763 LEC, siempre que, además de cumplir con los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con las condiciones necesarias para ofrecer tratamiento psiquiátrico²⁵. Esta interpretación propugna la necesidad de obtención de autorización judicial, en cualquier caso. Entre sus argumentos destacan la existencia de una enfermedad psíquica, la indi-

22 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 285. DE VERDA Y BEAMONTE, “El internamiento involuntario, cit. ELIZARI URTASUN, Leyre, “Ingresos de personas mayores en centros residenciales”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 1, 2018. GERMÁN, María Jesús, “El proceso de ingreso no voluntario en residencias de mayores”, *AequAlitas*, n° 38, 2016, pp. 35-42, esp. 40. LARROSA AMANTE, M.A., “Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios y asistenciales”, VV.AA., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 51-72, esp. 68. NAVARRO-MICHEL, Mónica, “El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial”, *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, 45, 2019, pp. 231-251.

23 STC n° 13/2016, 1ª, de 1 de febrero de 2016 (BOE n° 57, 7 marzo 2017), STC n° 34/2016, 2ª, 29 de febrero de 2016 (BOE n° 85, 8 de abril de 2016) y la STC 132/2016, 1ª, 8 de julio de 2016 (BOE n° 196, 15 de agosto de 2016). Para un análisis de estas sentencias: TORRES COSTAS, María Eugenia, “Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México”, *Métodos. Revista de investigación aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, vol. 12, enero-junio 2017.

24 STC 13/2016, de 1 de febrero, BOE número 57, de 7 de marzo de 2016.

25 Debe contar con médico psiquiatra que pueda emitir el informe preceptivo, equipos y recursos materiales para el cuidado integral de la persona internada y para el tratamiento terapéutico. En este sentido se pronunció también el TC en la STC 34/2016, de 29 de febrero, BOE número 85 de 8 de abril de 2016, y en la STC 132/2016, de 18 de julio, BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

ferencia del carácter asistencial o de tratamiento del centro²⁶, el carácter permanente de la medida²⁷ y, la más importante, que, en cualquiera de los casos, supone la privación de libertad de la persona.

El precepto tampoco especifica qué causas permiten el internamiento, pues la mera existencia de un trastorno psíquico no puede motivar una medida tan grave como el internamiento. Así, habría que plantearse si el ingreso debe perseguir el tratamiento de la enfermedad mental cuando no sea posible realizarlo de forma extrahospitalaria, o si tiene cabida como medida instrumental para la aplicación de un tratamiento ajeno al trastorno mental²⁸.

En la actualidad carece de interés el debate doctrinal en torno a la determinación del supuesto de hecho o las causas del internamiento involuntario, pues lo cierto es que una institución de este tipo no tiene cabida en el nuevo modelo social de la discapacidad. No obstante, conviene recordar que, en el año 2002, María José Santos Morón ponía de relieve que era precisamente la falta de capacidad de la persona la que configuraba el internamiento como una medida terapéutica, razón por la que justificaba su imposición forzosa. De hecho, insistía en que la limitación de la libertad solo era justificable cuando la persona carecía de capacidad natural²⁹, afirmación que, veinte años después resulta indefendible porque es contraria a la Convención y la LAPD, ya que ni una ni otra distinguen entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, ni permiten reducir los derechos de las personas por razón de su discapacidad. Como hemos expuesto en el capítulo anterior, el Comité ha dejado claro que:

26 En cuanto al tipo de centro destinado al tratamiento del deterioro cognitivo, también tiene cabida en el art. 763 LEC, puesto que los trastornos psíquicos pueden provenir de una enfermedad degenerativa, como ha puesto de manifiesto la OMS, incluso de un traumatismo que prive al sujeto de sus facultades mentales. Es más, también en estos internamientos se persigue la rehabilitación psico-social, pues las personas con deterioro cognitivo reciben atención médica, sanitaria y curativa, lejos del “mero estaticismo de la persona internada”. LÓPEZ EBRI, “El ingreso no voluntario: la protección personal y patrimonial, cit., p. 190.

27 Sobre el carácter permanente de este tipo de ingreso, frente a la temporalidad de los ingresos psiquiátricos con finalidad curativa temporal, en los que sí es preceptiva la autorización, con mayor motivo debe entenderse que también lo sea cuando el internamiento va a ser permanente. De esta forma, se impide que la decisión quede a merced de los familiares de la persona necesitada de apoyo.

28 SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario*, cit., p. 24.

29 SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario*, cit., p. 51.

la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesionales y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación³⁰.

Sin embargo, el razonamiento en torno a la falta de capacidad natural sigue estando presente en los discursos sobre los tratamientos médicos involuntarios y lo internamientos del mismo tipo³¹ y la STS de 8 de septiembre de 2021 no ha ayudado a desterrar el reiterativo criterio paternalista basado en el principio del mejor interés:

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

2.2. Procedimiento del ingreso involuntario ordinario

2.2.1. Legitimación activa

El art. 763 LEC no especifica quiénes son las personas legitimadas para promover el internamiento involuntario de otra persona³². Sin embargo, se ha venido aplicando analógicamente el art. 757 LEC relativo a la legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad. La reforma del año 2000 también incorporó el art. 760 LEC que permitía que la sentencia de incapacitación se pronunciase sobre la necesidad de internamiento, de lo que se deducía que los legitimados para promover la incapacitación podían también solicitar el internamiento:

La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacita-

30 CRPD/C/GC/1

31 Sostiene que el ingreso involuntario puede resultar necesario cuando la persona carece de capacidad natural para consentirlo, sea esta falta de capacidad consecuencia o no de una discapacidad. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 174.

32 Marta Chimeno Cano sostiene que no puede hablarse propiamente de legitimación activa, al no existir derecho de parte para ingresar a una persona en un centro u hospital psiquiátrico. CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 217.

do, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

Esto resolvía la solicitud de internamiento dentro del procedimiento de incapacitación, pero no cuando se solicitaba como medida aislada. No obstante, el art. 757 LEC ha sido objeto de sucesivas reformas. En concreto, la última ha tenido lugar con la LAPD, que ha denominado el artículo: “legitimación e intervención procesal”, y se refiere al proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad. Según este artículo, el proceso puede promoverlo “la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano”³³. También queda legitimado para promover dicho proceso el Ministerio Fiscal:

si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa.

En síntesis, la legitimación activa sigue siendo la misma, apreciándose un cambio meramente terminológico (incapacitación por medidas de apoyo), así como la supresión de la referencia a la prodigalidad.

2.2.2. Competencia territorial

El art. 763 LEC, a diferencia del anterior art. 211 CC, establece una serie de reglas de competencia territorial. Sin embargo, para poder determinar la competencia territorial aplicada a cada una de las clases de internamientos previstas, se recomienda partir de la finalidad del precepto³⁴. De forma que, en el internamiento ordinario no urgente la competencia le corresponde al juez del domicilio donde resida la persona que se pretende internar³⁵. Mientras que, en el internamiento urgente la competencia le corresponde al juez del lugar en que radique el centro de internamiento³⁶.

³³ Art. 757 LEC.

³⁴ LÓPEZ EBRI, “El ingreso no voluntario: la protección personal y patrimonial, cit.

³⁵ Art. 763.1 LEC.

³⁶ Art. 736.1. párr.2º LEC. La norma introduce esta distinción para facilitar el desplazamiento del juez al centro médico. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis “El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico”, *Diario la Ley*, nº 8763, 2016, pp. 1-17, esp. 6/17.

No obstante, el precepto también contempla la posibilidad de que el internamiento sea originariamente voluntario, pero devenga en involuntario³⁷. En este caso, la competencia le corresponde al juez del lugar en que radique la residencia, centro o piso tutelado. Sin embargo, la cuestión no está tan clara cuando se trata del control periódico de los internamientos previsto en el art. 763.4 LEC, para el caso de que la persona sea trasladada a un centro que radique en un partido judicial distinto. La doctrina y la jurisprudencia se ha dividido entre quienes consideran que el juzgado competente es el que dictó el primer auto de internamiento y quienes entienden que el juzgado competente es el lugar en el que reside la persona internada en cada momento. Sin embargo, en estos supuestos la competencia territorial corresponde a los juzgados de la residencia actual, que deberán controlar la situación y seguir autorizando o no el ingreso³⁸. Cuestión que ha quedado zanjada tras la reforma del art. 765 LEC y la introducción del art. 42 bis a) LJV, relativos al ámbito de aplicación del expediente de provisión medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

2.2.3. Representación y defensa

Aunque no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en esta clase de procedimientos, el art. 763.3 LEC dispone que:

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

Este carácter facultativo de la representación y defensa ha sido criticado por la doctrina, pues esta falta de preceptividad impide la solicitud de asistencia jurídica gratuita, en consonancia con el art. 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG)³⁹. Si bien existe una posibilidad residual en el art. 5.2 LAJG, que regula el reconocimiento excepcional del derecho en atención a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siem-

³⁷ Considera el TC en estos casos que la persona ha perdido la capacidad de decisión como consecuencia de la evolución de la enfermedad. STC 141/2012.

³⁸ LÓPEZ EBRI, "El ingreso no voluntario: la protección personal y patrimonial, cit.

³⁹ BERENGUER ALBALADEJO, "Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 302.

pre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional. En estos supuestos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita determinará qué prestaciones de las contempladas en el art. 6 son de aplicación al solicitante. También, puede contemplarse la posibilidad en el artículo 42 bis a-4LJV:

La persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador.

Una vez más queda al arbitrio de terceros y desde luego no con carácter imperativo, la decisión de que le sean designados abogado y procurador. Teniendo en cuenta que estamos ante una medida que afecta a la libertad, la persona internada en contra de su voluntad queda desprotegida. Algo que llama especialmente la atención, si se compara con las garantías del detenido reguladas en el art. 118 LECrim, que sí incluye el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita⁴⁰.

2.2.4. Dictamen del facultativo

En el contexto del paradigma médico-rehabilitador, el informe del facultativo es uno de los trámites más relevantes del procedimiento pues se pronuncia sobre la necesidad de esta medida terapéutica, al tiempo que determina si el paciente posee capacidad suficiente para oponerse a la medida⁴¹. Es decir, basta acreditar que la persona en cuestión tiene un trastorno mental que “le impide tomar la decisión por sí misma” para que el juez autorice el ingreso, con independencia de la voluntad de la persona e, incluso, en contra de la misma⁴². De ahí que se insista en que la regulación del ingreso involuntario obedece esencialmente a una cuestión clínica pero que, al afectar derechos fundamentales, requiere de una garantía judicial que autorice la medida de ingreso propuesta por el facultativo⁴³. En este sentido, nos permitimos afirmar que este “acto médico con trascendencia

40 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 302.

41 IBÁÑEZ BERNÁLDEZ y CASADO BLANCO, “Internamiento no voluntario del paciente psiquiátrico, cit.

42 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 437.

43 IBÁÑEZ BERNÁLDEZ y CASADO BLANCO, “Internamiento no voluntario del paciente psiquiátrico, cit.

jurídica”⁴⁴, constituye la máxima expresión del paradigma médico-rehabilitador. Incluso hay quien sostiene que la intervención del forense, la Fiscalía o la autoridad judicial es meramente formal, puesto que no permite a la persona aceptar, consentir o pactar los términos del internamiento⁴⁵. Cuestión ésta que adquiere mayor gravedad desde la entrada en vigor de la LAPD, al continuar aplicando una regulación diferenciada respecto de las personas con diagnóstico psiquiátrico, que legitima la restricción de sus derechos⁴⁶, máxime cuando en la práctica es frecuente encontrar modelos preimpresos y estereotipados donde apenas existen huecos para la historia de la persona.

La ley no especifica si el informe debe ser emitido por un especialista, pues se remite simplemente al “facultativo designado judicialmente”. Así, no concreta si ha de entenderse un determinado especialista en trastornos psíquicos, si cabe acudir a la especialidad de Medicina General o incluso si ha de ser personal de la Sanidad Pública. Por lo general, suelen ser los Forenses de los Juzgados⁴⁷, quienes, además, realizan en el proceso penal la observación del procesado cuando se advierten indicios de enajenación mental (art. 381 LECrim). Esta falta de concreción de la LEC ha llevado a distintos planteamientos doctrinales, entre quienes sostienen que sería más conveniente que esta tarea correspondiese a un psiquiatra, neurólogo o psicólogo⁴⁸, y quien considera razonable que sean los Forenses quienes realicen el dictamen, salvo que excepcionalmente haya que acudir a otros profesionales⁴⁹. También

44 RODRÍGUEZ LAINZ, “El internamiento involuntario urgente, cit., p. 8.

45 En un manual de psiquiatría forense publicado en 2021 se señala que el juez se limita a tutelar los derechos del paciente, pero decide el médico. FUERTES ROCAÑÍN, José Carlos, “Internamiento y tratamiento ambulatorio involuntario”, *Manual de psiquiatría forense para jueces, fiscales y otros profesionales del Derecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 349-364, esp. 350.

46 PORXAS ROIG, M. Àngels, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, n° 103, septiembre-diciembre, 2018, pp. 355-379, ESP. 366

47 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, p. 305. CALAZA LÓPEZ, “El proceso de internamiento no voluntario, cit., p. 213.

48 Propone esta autora que el informe sea emitido por un psiquiatra, por ser un especialista en la materia. Incluso considera positivo la realización del informe por un equipo multidisciplinar, en el que participen varios facultativos. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 201.

49 CALAZA LÓPEZ, “El proceso de internamiento no voluntario, cit., p. 213.

sostiene la doctrina la conveniencia de que, en los supuestos de internamiento involuntario urgente, el informe sea emitido por un médico distinto de aquel que admitió de urgencia al paciente en el centro⁵⁰.

Los facultativos que atienden a la persona durante el ingreso están obligados a informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad o no de continuar con la medida. Ello sin perjuicio de que la autoridad judicial requiera de otros informes cuando lo considere oportuno. Estos informes serán emitidos cada seis meses, salvo que la autoridad judicial señale un plazo inferior.

Por último, señala el art. 763 LEC que “cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Más allá de que el dictamen constituye un condicionante previo a la medida restrictiva de derechos⁵¹, representa en sí mismo una manifestación de violencia que precede al internamiento y a la coerción. Insiste en esta idea Rafael Huertas, pues del diagnóstico se deriva inevitablemente la cosificación de la persona con trastorno mental. Como si el diagnóstico hubiese captado su esencia y diera las claves de su forma de ser en la vida, sus conocimientos y comportamientos. Al contrario de lo que ocurre en pacientes con patologías físicas, en la enfermedad mental la persona es una “esquizofrénica” o un “bipolar”, produciéndose una deshumanización de su problema de salud⁵². Así, se activa la maquinaria del modelo médico que cosifica, estigmatiza, medicaliza y no reconoce la capacidad jurídica de la persona diagnosticada.

2.2.5. Examen personal, audiencia y otras diligencias

Con carácter previo a la concesión de autorización judicial o ratificación del internamiento, “el tribunal oirá a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida”⁵³. Así, sin perjuicio de las pruebas que pueda considerar oportunas, el tribunal debe examinar por sí mismo a

50 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 305.

51 PORXAS ROIG, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico, cit., p. 367.

52 HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, *La locura*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2014, p. 95.

53 Art. 763 LEC.

la persona. En este sentido, el art. 355 LEC establece que el reconocimiento judicial de una persona “se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto”. El interrogatorio podrá practicarse a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, requisito que cobra especial sentido en los supuestos de ingresos urgentes. Además, cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer que el reconocimiento judicial y el pericial se practiquen en un solo acto. De hecho, esta suele ser la regla general, pues tanto el juez como el facultativo suelen desplazarse al centro, donde practican el examen y el informe médico. Añade un sector de la doctrina que sería conveniente que también acudiese al examen el fiscal⁵⁴.

No obstante, conviene insistir en que la audiencia persigue la realización de una evaluación directa de la situación, que no debe estar orientada exclusivamente a la constatación del diagnóstico, para ello están los informes, sino que debe orientarse a conocer la voluntad de la persona afectada por la medida⁵⁵. Sin embargo, de las sentencias estudiadas, algunas posteriores a la LAPD, se deduce que la exploración está orientada a confirmar el estado del paciente, es decir, la existencia de un trastorno psíquico que impide a la persona afectada tomar la decisión por sí misma. Además, todo ello con independencia de cuál sea su voluntad tácita o expresa⁵⁶.

Por último, aunque el juez puede pedir otras pruebas, sin la audiencia de la persona y el informe médico, el procedimiento devendría radicalmente nulo⁵⁷. En definitiva, el examen de la persona constituye un presupuesto o garantía de orden público con trascendencia constitucional que no puede ser omitido⁵⁸.

2.2.6. Otras diligencias: la verificación del documento de voluntades anticipadas en salud mental

Sostiene un sector de la doctrina que éste sería el momento procesal adecuado para la comprobación de la existencia o no de un documento de volun-

54 BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 304.

55 CALAZA LÓPEZ, “El proceso de internamiento no voluntario, cit., p. 211.

56 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 437.

57 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 437.

58 STA 20/02/1989 – RJ 1989/1214.

tades anticipadas, pues se trata de una herramienta valiosa para conocer la voluntad de la persona en un momento de crisis⁵⁹. A día de hoy, podría ser el documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas del art. 11.1 de la LBAPIDC o un poder preventivo facultando a otra persona para que actúe como interlocutor con el médico. En el caso de la voluntad anticipada específica de salud mental podrían ser de ayuda para aceptar determinadas cuestiones relacionadas con la hospitalización y/o tratamiento. Por ejemplo, si opta por una medicación y rechaza otra por los efectos adversos o graves que en otra ocasión causó al paciente, o también si se niega a la práctica de determinadas técnicas, como puede ser la terapia electroconvulsiva, el uso de contenciones mecánicas, establecer quiénes pueden acompañarle y quiénes no, entre otras. En cualquier caso, para algunos si bien podría negarse al internamiento en un centro determinado, no cabría la negativa al propio ingreso⁶⁰. Para este sector doctrinal sería deseable que la futura regulación estableciese la obligación del tribunal de comprobar la existencia de voluntades previas, pero practicadas las pruebas oportunas, correspondería al juez determinar su validez⁶¹. No es ésta nuestra postura; por el contrario, consideramos que la intervención de la autoridad judicial en un supuesto de voluntades contradictorias, manifestadas por la misma persona, ha de resolverse conforme a los principios de la CDPD y de la LAPD. Imaginemos que una persona, que otorgó un poder preventivo a favor de una persona de su confianza, para su apoyo en la toma de decisiones relativa a tratamientos médicos, se niega a que ésta le preste apoyo en un momento de crisis, o contradice lo dispuesto en el documento de voluntades anticipadas. Salvando las distancias, nos encontramos en el preciso momento en el que Ulises atraviesa los dominios de las sirenas y suplica a la tripulación que lo libere, en contra de las indicaciones dadas a los marineros. Pero, a diferencia de la orden de Ulises, de carácter irrevocable, los apoyos voluntarios dependen de la voluntad de la persona interesada, que puede modificarlos, revocarlos y prescindir de los mismos. De forma que no son vinculantes para la persona si decide sustituirlos por otros o actuar sin su concurso⁶². En este caso, como en cualquier otro, la intervención judicial debe limitarse a comprobar si tanto en

59 SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 208.

60 SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 214.

61 SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 217.

62 Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

un momento como en otro la persona pudo expresar o conformar su voluntad con la ayuda de los medios o apoyos necesarios. Conviene recordar aquí, que el apoyo constituye un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental, el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica. Entre otros, ese ejercicio requiere del concurso de jueces y notarios a:

la autonomía de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, sin estigmatizarlas ni derivar del diagnóstico de una enfermedad una presunción de ausencia de lucidez que escondería una forma implícita de incapacitación⁶³.

2.2.7. La autorización judicial

La intervención judicial se limita a autorizar, o, en otro caso, denegar la orden emitida por el médico que prescribe la privación de libertad con fines terapéuticos⁶⁴. En definitiva, dota de “cobertura jurídica al dictamen médico”⁶⁵. No obstante, consideramos esencial que su actuación no convierta al tribunal en un mero autómatas cuya misión sea no obstaculizar el tratamiento, como ocurría en el modelo gubernativo del Real Decreto de 1931. Nos preocupa especialmente que, ante el riesgo de caer en una dilación indebida del proceso, lo que constituiría una detención ilegal, el tribunal se precipite y autorice la medida, sin constatar debidamente la voluntad de la persona afectada. Por ello, la resolución judicial que acuerde el internamiento ha de ser suficientemente motivada, pues, al fin y al cabo, está autorizando una medida en contra de la voluntad la persona. Lamentablemente, de las resoluciones judiciales que hemos tenido ocasión de analizar se deduce lo contrario: ausencia de interés por conocer la voluntad de la persona, escasa motivación y un sistema peligrosamente estandarizado y estereotipado que se limita a confirmar que existe un diagnóstico psiquiátrico⁶⁶.

63 Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

64 De esta forma, se proporciona autoridad al facultativo para ejecutar la medida propuesta. GERMÁN URDIOLA, M.J., *Tratamiento involuntario y enfermedad mental*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 79.

65 CALAZA LÓPEZ, “El proceso de internamiento no voluntario, cit., p. 179.

66 Sirvan a modo de ejemplo tres sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Tudela, que ratifican ingresos involuntarios urgentes, sobre lo que parece un formulario preestablecido, en el que incluso se copian errores tipográficos. AJPI nº 4 de Tudela nº 19/2022 de 2 de febrero (Roj: AJPII 299/2022 –ECLI:ES:JPII:2022:299A). AJPI

Además, la resolución judicial debe estar referida a un momento determinado, sin que pueda considerarse extensible a otras situaciones en las que pueda requerir de esta medida, teniendo lugar tantos procesos como peticiones de autorizaciones se hagan⁶⁷. Sin embargo, la norma no fija un plazo máximo de vigencia para la eventual “ejecución” de la autorización judicial, por lo que se entiende que se emite “sine die” y, por lo tanto, puede justificar un ingreso involuntario llevado a cabo mucho tiempo después de obtener la autorización.

La decisión del tribunal puede adoptar la forma de auto o sentencia, pues la norma no concreta este aspecto⁶⁸, cuestión ésta que alguna autora requiere sea clarificada por el legislador en el futuro⁶⁹.

El ingreso involuntario conlleva en sí mismo una privación del derecho fundamental a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE. De ahí que el art. 763 LEC establezca que en la misma resolución se exprese la obligación de los facultativos de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de que pueda requerir otros informes. En cuanto a la periodicidad, el precepto establece que sean emitidos cada seis meses⁷⁰, a no ser que el tribunal, en atención a la naturaleza del trastorno, señale un plazo menor⁷¹. De forma que, la posterior ausencia de estos requisitos deviene en irregular el internamiento⁷². Si bien, conviene resaltar que la actuación del tribunal no debería reducirse a la mera recepción de los informes emitidos por parte de los facultativos del centro en el que ha ingresado la per-

nº 4 de Tudela nº 53/2022 de 10 de marzo (Roj: AJPII 237/2022-ECLI:ES:JPII:2022:237A). AJPII nº 4 de Tudela nº 124/2022, de 22 de junio (Roj: AJPII 238/2022 –ECLI: ES:JPII:2022:238A).

67 CALAZA LÓPEZ, “El proceso de internamiento no voluntario, cit., p. 216.

68 CALAZA LÓPEZ, “El proceso de internamiento no voluntario, cit., p. 214.

69 SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 232.

70 A modo de ejemplo: AAP de Granada nº 203/2021, de 27 de diciembre (Roj: AAP GR 1428/2021-ECLI:ES:APGR:2021:1482A). AAP de Lugo nº 206/2021 de 30 de diciembre (Roj: AAP LU 208/2021-ECLI:ES:APLU:2021:208A). AAP de Santander nº 106/2022, de 5 de septiembre de 2022 (Roj: AAP S 498/2022-ES:APS:2022:498A).

71 Se fija una periodicidad quincenal: AJPI nº 4 de Tudela nº 19/2022 de 2 de febrero (Roj: AJPII 299/2022 –ECLI:ES:JPII:2022:299A). AJPI nº 4 de Tudela nº 53/2022 de 10 de marzo (Roj: AJPII 237/2022-ECLI:ES:JPII:2022:237A). AJPII nº 4 de Tudela nº 124/2022, de 22 de junio (Roj: AJPII 238/2022 –ECLI: ES:JPII:2022:238A)

72 En este sentido: CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 250.

sona⁷³. Aunque la LEC no lo exija expresamente, no tiene sentido que el Juez no tenga que entrevistarse con la persona de forma periódica, especialmente en el caso de los internamientos urgentes. Teniendo en cuenta que es muy probable que durante la exploración y entrevista la persona se encontrara en una situación de especial agitación y ansiedad, por lo que una nueva entrevista permitiría recabar su voluntad y garantizar el respeto de sus derechos fundamentales durante el ingreso⁷⁴. En caso contrario, se corre el peligro de convertir el control judicial en una suerte de sistema automático que banaliza el mantenimiento de medidas coercitivas.

En cuanto al cese de la medida, los defensores del modelo médico sostienen que corresponde exclusivamente al facultativo⁷⁵, pues ni el juez ni el fiscal tienen conocimientos técnicos para valorar el diagnóstico, aunque sí les corresponde velar para que el internamiento no exceda del tiempo necesario⁷⁶. De forma que el internamiento involuntario no es más que una medida terapéutica concebida por la Psiquiatría⁷⁷. Lo que nos lleva a plantearnos si acaso no hemos prolongado demasiado el modelo del internamiento gubernativo del Real Decreto de 1931. Un modelo que respondía entonces, y responde hoy, al del asilo-manicomio en el que el facultativo tenía la primera y última palabra⁷⁸. De lo que cabría deducir, que su mantenimiento o no dependerá más de nuevas construcciones teóricas de la Psiquiatría, que de su incomprensible justificación desde el marco de los derechos humanos⁷⁹.

73 En el modelo anterior, tanto los tutores como el responsable del centro en el que se producía el internamiento, debían remitir un informe al juez.

74 En este mismo sentido se ha pronunciado Marta Chimeno Cano que considera que no hay ninguna razón que justifique exigir menores garantías en la continuación de la medida, que cuando se autoriza. CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 251.

75 En este sentido se pronuncian algunas audiencias provinciales: “son los facultativos del establecimiento psiquiátrico al que sea conducida esa persona los que deben decidir si lo ingresan para recibir tratamiento o, por el contrario, si no procede tal internamiento, por razones médicas; y, asimismo, de acordar el internamiento, les corresponde decidir cuándo le dan el alta, puesto que, como prevé el último inciso del art. 763.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,...”. AAP de Granada nº 203/2021, de 27 de diciembre (Roj: AAP GR 1428/2021-ECLI:ES:APGR:2021:1482A).

76 CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit., p. 233.

77 SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit., p. 182.

78 FOUCAULT, *Historia de la locura*, cit., p. 246.

79 Un discurso en crisis dentro de la propia Psiquiatría que desde finales del siglo XX viene prestando cada vez más atención al contexto social, político y económico, lejos

2.3. Procedimiento del ingreso involuntario urgente

El art. 763 LEC determina que la autorización judicial ha de ser previa al internamiento, “salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”. En estos supuestos, una vez adoptada la inmediata medida de ingreso, el responsable del centro, en el que ha sido ingresada la persona, debe dar cuenta de la medida “al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas”. El art. 763 LEC no concreta qué se entiende por “responsable del centro”, pero sí lo hizo el TC en la STC 141/2012, FJ 5 d):

De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad⁸⁰.

Sin embargo, algunas audiencias provinciales se alejan de los criterios sentados por el TC. Sirva, a modo de ejemplo, un auto de la Audiencia Provincial de Lugo, de 30 de diciembre de 2021, que desestima el recurso de apelación promovido por la persona que sufrió el internamiento. Entre los fundamentos jurídicos relativos al responsable de centro, determina:

el art. 763 LEC no exige que sea el director del Hospital o el Jefe de Psiquiatría el que notifique el internamiento involuntario al Juzgado, sino que la notificación del Centro Hospitalario aquel se ajustara a lo que en cada caso determine la normativa y protocolos sanitarios al respecto, siendo bastante para iniciar el expediente la comunicación recibida del Hospital donde se ha internado⁸¹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Santander, al considerar suficiente que la comunicación la realice un profesional de la medicina⁸². Si bien la falta de este requisito debe ser considerada un incum-

de estructurar el sufrimiento psíquico como una enfermedad. ORTIZ LOBO, Alberto y HUERTA, Rafael (coords.), *Críticas y alternativas en psiquiatría*, Los libros de la Catarata, 2018.

⁸⁰ STC 141/2012.

⁸¹ AAP de Lugo nº 206/2021 de 30 de diciembre (Roj: AAP LU 208/2021-ECLI:ES:APLU:2021:208A)

⁸² AAP de Santander nº 106/2022, de 5 de septiembre de 2022 (Roj: AAP S 498/2022-ES:APS:2022:498A).

plimiento del trámite de comunicación al órgano judicial, por lo que debió ordenarse la inmediata puesta en libertad de la persona ingresada, aunque, en ambos casos, ya habían recibido el alta médica⁸³.

Conviene insistir en que la solicitud de autorización no puede ser considerada como una simple puesta en conocimiento a los efectos de su ratificación formal, como venía observándose en el Real Decreto de 1931. Por el contrario, la ratificación ha de estar basada en los principios de necesidad y proporcionalidad. De suerte que no exista otra medida menos gravosa para la persona, y que aquélla sea proporcional a las necesidades de atención del paciente⁸⁴.

Sobre el procedimiento del internamiento urgente el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver aspectos relativos a los plazos en varias ocasiones, despejando cualquier duda que pudiera existir acerca de su cómputo⁸⁵. De tal forma que, en la STC 141/2012 el Tribunal distinguió entre dos fases del procedimiento: la extrajudicial o preprocesal y la judicial.

La fase extrajudicial está determinada por tres exigencias: la existencia de un informe médico que acredite la urgencia, el deber de información al afectado y la comunicación al juzgado en el plazo de 24 horas.

En primer lugar, el carácter urgente de la medida ha de ser valorado por el médico facultativo, que debe acreditar el trastorno psíquico justificante del internamiento, la urgencia de éste, así como su necesidad y proporcionalidad⁸⁶. El carácter urgente de la medida suele venir determinado por el riesgo de que se ocasione un daño irreparable⁸⁷. Aunque, sobre esta última cuestión, algún autor considera que el carácter “urgente” del ingreso puede estar cargado de componentes subjetivos importantes. De forma que sólo un pequeño número de ingresos podría compararse al concepto de urgencia médica, en-

83 STC 16/2016, de 1 de febrero.

84 Sobre el cómputo del plazo, sostiene José Luis Rodríguez Lainz, comienza a computarse en el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado, aunque con anterioridad el paciente haya sido introducido en contra de su voluntad en una ambulancia para su traslado al centro hospitalario. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis “El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico”, *Diario la Ley*, nº 8763, 2016, pp. 1-17, p. 9.

85 STC 141/2012, de 2 de julio y STC 34/2016, de 29 de febrero.

86 Sostiene un sector de la doctrina que el informe del facultativo no debe estar orientado tanto al diagnóstico del trastorno, como a la necesidad y proporcionalidad de la medida. BERENGUER ALBALADEJO, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, cit., p. 288.

87 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit., p. 432.

tendida ésta como una grave amenaza somática o material hacia uno mismo o hacia los demás⁸⁸. Es decir, que la mayoría de los supuestos no justifican una actuación de urgencia, “a pesar de que la hospitalización sea sin embargo la única alternativa viable contemplada por la psiquiatría en este momento”⁸⁹. Precisamente, en el recurso de apelación citado anteriormente, el recurrente alega el carácter genérico y estereotipado del informe médico, que no justifica la proporcionalidad de la medida. A lo que la Audiencia Provincial de Santander responde:

se incorpora a esta comunicación informe médico en el que explicita como causa que justifica la medida “un cuadro psicopatológico que por su gravedad y riesgo requiere hospitalización. Se trata de un informe escueto pero que, de manera precisa y elocuente, no estandarizada, describe un grave cuadro de descompensación del trastorno del que viene siendo tratada la Sra. Erica desde hace tiempo, requirente de una asistencia facultativa urgente”⁹⁰.

En segundo lugar, se debe informar a la persona afectada de la medida adoptada y de las causas de la misma, pues nadie puede ser privado de su libertad sin conocer los motivos que lo determinan (art. 17 CE)⁹¹. Conviene resaltar en este punto la necesidad de realizar los ajustes que sean necesarios para que la persona, que tiene dificultades para entender y comprender la situación, acceda a la información y comunicación, lejos de reproducir una detención al más puro estilo kafkiano.

En tercer lugar, la comunicación al juez debe realizarse, en el plazo de 24 horas⁹². Este plazo limita al director del centro médico, al entender que se trata “no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente”⁹³.

88 MARTÍNEZ AZURMENDI, “El ingreso involuntario ordinario (no urgente), cit.

89 MARTÍNEZ AZURMENDI, “El ingreso involuntario ordinario (no urgente), cit.

90 AAP de Santander nº 106/2022, de 5 de septiembre de 2022 (Roj: AAP S 498/2022-ES:APS:2022:498A).

91 El TC está comparando los internamientos por trastorno psíquico con las detenciones preventivas previstas en el 17.2 CE. STC de 2/07/2012 (RTC 2012/14).

92 Sobre el cómputo del plazo, sostiene José Luis Rodríguez Lainz, comienza a computarse en el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado, aunque con anterioridad el paciente haya sido introducido en contra de su voluntad en una ambulancia para su traslado al centro hospitalario. RODRÍGUEZ LAINZ, “El internamiento involuntario urgente, cit., p. 8.

93 STC 141/2012.

Aclara el TC que este plazo limita, al legislador actual o futuro, no pudiendo ser elevado:

más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el artículo 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal⁹⁴.

En cuanto a la fase judicial, una vez que el tribunal ha tenido conocimiento del ingreso involuntario, dispone de 72 horas para dictar resolución motivada. El procedimiento está diseñado para completarse en un plazo máximo de 72 horas desde que se recibe la comunicación del centro hospitalario⁹⁵, mismo plazo que la LECrim contempla para la detención ilegal en el ámbito penal. No obstante, desde que el Juzgado conoce del internamiento, la persona pasa a disposición judicial y recae sobre la autoridad judicial el deber de tramitar el procedimiento de acuerdo al art. 763 LEC, asegurando la protección jurídica integral del afectado durante la vigencia de la medida⁹⁶. Se trata de un plazo improrrogable que se configura como una de las principales garantías de la regulación y cuyo incumplimiento determina sin más la lesión del derecho fundamental del art. 17 CE y abre la puerta al procedimiento del *habeas corpus*, como se ha manifestado anteriormente. De esta forma, el Tribunal Constitucional deja claro que no puede mantenerse el internamiento de una persona cuando no se ha ratificado la medida por la autoridad judicial. Ante esta situación, el centro se vería obligado a ordenar el alta del paciente⁹⁷. Ni siquiera cabe la justificación de la demora cuando el juzgado alega dificult-

94 STC 141/2012. Se refiere el Tribunal a declaraciones anteriores recogidas en las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, 179/2000, de 26 de junio y 53/2002, de 27 de febrero.

95 La STC 182/2015, de 7 de septiembre, fija que el término inicial coincide con el momento en el que el internamiento llega a conocimiento del tribunal, y no desde que el asunto llega al órgano judicial. Señala José Luis Rodríguez Lainz que este conocimiento por el órgano judicial se relaciona con la entrada de la solicitud ante el primer punto de contacto con la administración de justicia, ya sea vía Decanato, Juzgado de guardia u órgano competente. RODRÍGUEZ LAINZ, “El internamiento involuntario urgente, cit.

96 CABAÑAS GARCÍA, J.C.; “Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. IV, 2012.

97 Esta situación de alta forzada no pondría fin al expediente judicial sin dictado de resolución, pues el tribunal debe pronunciarse sobre la licitud del internamiento, su ratificación, pudiendo dar lugar a un nuevo ingreso. RODRÍGUEZ LAINZ, “El internamiento involuntario urgente, cit., p. 11.

tades logísticas o exceso de trabajo, ni puede considerarse validado el incumplimiento porque se ratifique, posteriormente, mediante auto.

Dentro de esta fase judicial, debe realizarse la exploración de la persona ingresada. Esto le permite hacer manifestaciones sobre la legitimidad del internamiento, al tiempo que el juez valora personalmente el estado de afectación de la persona, así como el carácter urgente de la medida. Por ello, la entrevista suele llevarse a cabo en el propio centro en el que está ingresada la persona. En este sentido, el Tribunal Constitucional aclaró que, una vez informado el Juzgado, la persona internada quedaba a disposición judicial “sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez [...]”⁹⁸. En cualquier caso, indica el Tribunal que, al tratarse de un ingreso por trastorno psíquico, el traslado de la persona contradiría la necesidad misma de la medida⁹⁹.

Además de la entrevista, debe tenerse en cuenta el dictamen del facultativo designado por el tribunal, que no puede ser el mismo que emitió el dictamen motivando la medida de ingreso. El nuevo dictamen ha de ser emitido por otro facultativo, precisamente para realizar una valoración o contraste respecto de la decisión inicial¹⁰⁰.

Dentro del límite del plazo de 72 horas, el juez puede practicar tantas pruebas como considere pertinentes, ello con independencia de la audiencia del Ministerio Fiscal, que puede intervenir, alegar y participar en cualquier momento de la tramitación del expediente.

La decisión que adopte el Juez revestirá la forma de auto y tendrá por finalidad determinar si procede o no la ratificación de la decisión adoptada por el responsable del centro. También puede determinar la conveniencia de un traslado a un centro más adecuado a las necesidades de la persona. Si el auto es favorable debe hacer referencia a la ratificación de la medida, pues viene a homologar una decisión médica, así como fijar un régimen de información periódica de revisión de la medida. Por el contrario, la no ratificación de la medida de internamiento involuntario conlleva la orden de inmediata puesta en libertad del paciente.

2.4. Garantías de los derechos fundamentales de las personas internadas

El ingreso involuntario en un establecimiento conlleva la privación de un derecho fundamental, cual es la libertad. De otra forma, no se explicaría que

98 STC 141/2012.

99 STC 141/2012.

100 RODRÍGUEZ LAINZ, “El internamiento involuntario urgente, cit.

la ley se refiera al internamiento que no observa los requisitos procedimentales de detención ilegal, o que incluso se plantee la posibilidad de hacer uso del procedimiento de *habeas corpus* en los supuestos de internamiento ilegal. Sin embargo, el control judicial de los ingresos involuntarios es una garantía que debe extenderse más allá del ingreso y del alta, debiendo proteger también los derechos fundamentales de la persona durante el internamiento. A esta conclusión han llegado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según la doctrina del TC la limitación de un derecho fundamental debe justificarse por la necesidad de proteger otros derechos constitucionales u otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. Además, la restricción ha de atender a los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁰¹. Pero la realidad demuestra que durante el internamiento no están debidamente garantizados los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones, por poner dos ejemplos paradigmáticos¹⁰².

2.4.1. Utilización de contenciones

Durante el internamiento involuntario las personas pueden presentar episodios de agitación psicomotriz en los que, de forma generalizada, se usan medidas coercitivas por parte del personal sanitario¹⁰³. En España este tipo de medidas suelen ser de tipo farmacológico y mecánico¹⁰⁴. Esta última consiste en la utilización de dispositivos de fijación (barras laterales, arneses, cintu-

101 SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario*, cit., p. 53.

102 Es llamativo que, en la respuesta del Gobierno de España al Comité, a la lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de España, se centrara exclusivamente en la emisión de informes periódicos como única garantía de los derechos fundamentales durante el ingreso. Véase: CRPD/C/ES/Q/1

103 Los profesionales sanitarios son considerados una suerte de vigías especializados, al servicio de un sistema de control, en colaboración con otras fuerzas vivas como es el propio aparato legislativo. LALANA CUENCA, José Manuel, “Repensar la contención”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021, pp. 93-95, esp. 93.

104 El Comité de Bioética de España emitió un informe en 2016 en el que señaló que el uso de contenciones en España es más frecuente que en los países de nuestro entorno. DELEGACIÓN DEL CERMI PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA LA CONVENCIÓN DE LA ONU, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2021*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021, p. 236.

rones, muñequeras, tobilleras, chalecos, etc.) con la intención de restringir la movilidad del paciente, y suelen ir acompañadas del uso de fármacos (neurolépticos o benzodiacepinas) que facilitan la contención mecánica¹⁰⁵. El término contención se incorporó al discurso psicoanalítico para facilitar el control de una conducta disruptiva y comprender las emociones y sentimientos que la generaban¹⁰⁶. Sin embargo, sostiene Víctor Aparicio, Presidente de la Sociedad Aragonesa de Salud Mental, que:

cuando al término “contención” le añadimos el adjetivo de “mecánica” el significado cambia y se transforma en un acto de coerción para inmovilizar a la persona contra su voluntad. A partir de aquí es cuando la contención mecánica entra en el terreno de los DDHH¹⁰⁷.

La utilización de este tipo de medidas coercitivas constituye un tema especialmente controvertido, para quienes las aplican y para quienes las reciben, por sus connotaciones éticas y jurídicas, ya que conllevan la vulneración de libertades, la autonomía y la autoestima del paciente, atentando contra su dignidad¹⁰⁸. Esta controversia se ha visto incrementada en los últimos años, ante la publicación de estudios que evidencian que el uso de este tipo de medidas no ayuda a resolver el problema por el que se prescribieron, sino que sus efectos lo agravan¹⁰⁹. Incluso conllevan un riesgo de complicaciones y accidentes

105 No existe contención cuando el uso de estos dispositivos se emplea para ayudar en la movilidad; es el caso del uso de barras laterales que, en ocasiones, se ponen para que la persona pueda ayudarse a levantarse de la cama. Por ello, conviene aclarar que cuando hablamos de contención estamos haciendo referencia a la empleada con la intención de impedir la movilidad del paciente.

106 APARICIO BASAURI, Víctor, “Contención mecánica”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021, pp. 90-92, esp. 90.

107 APARICIO BASAURI, “Contención mecánica”, cit., p. 90.

108 NOGUERO-ALEGRE, Alexandra; PEREGALLI-POLITI, Santiago, “Alternativas a los internamientos en salud mental, cit. RAMOS POZÓN, Sergio, “Reflexionando sobre las medidas coercitivas en salud mental. Análisis bioético y antropológico”, *Cultura de los Cuidados* (Edición digital), 25(59), 2021, dx.doi.org/10.14198/cuid.2021.59.11

109 GOOGIN, Piers Michael, “Mind the Gap: Researching Alternatives to Coercion” in Michael Stein, Vikram Patel, Charlene Sunkel, Faraaz Mahomed (eds.), *Mental Health, Human Rights and Legal Capacity*, Cambridge University Press, 2021, pp. 273-287. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072170> PÉREZ TORIBIO, Alonso; ROMERO POYATO, Antonio R., ROLDÁN MERINO, Juan F., NASH, Michael, “Spanish mental health nurses’ experiences of mechanical restraint: A qualitative descriptive study”, *J Psychiatr ment Health* n.29, 2021, pp. 688-697.

que pueden provocar lesiones, desgarros, infecciones, incontinencia, úlceras, o agitación, e incluso la propia muerte¹¹⁰. Riesgos de los que normalmente no es informado el paciente, ni figuran en el modelo de consentimiento informado que debería firmar. Además, a nivel psicológico acarrea una pérdida de confianza hacia el sistema de salud mental, pues daña la relación terapéutica enfermero-paciente, esencial para la prestación de cuidados y la promoción de la recuperación¹¹¹. Desde el movimiento asociativo¹¹² y desde el colectivo de profesionales de la enfermería¹¹³ se han puesto en marcha campañas a favor de métodos alternativos que reivindican la contención cero¹¹⁴. Entidades

110 El informe del CERMI de 2021 denuncia el caso de González Zapico, que falleció por una bajada de glucemia, mientras se encontraba con una medida de aislamiento. Era diabética. O el caso de Andreas Fernández, una joven asturiana que fue ingresada por un proceso infeccioso causado por meningitis, pero como tenía diagnóstico psiquiátrico, fue contenida durante cuatro días, atada a la cama, sin recibir visitas. Falleció por una miocarditis. DELEGACIÓN DEL CERMI PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA LA CONVENCIÓN DE LA ONU, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2021*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021, p. 233.

111 PÉREZ TORIBIO, ROMERO POYATO, ROLDÁN MERINO y NASH, “Spanish mental health nurses’ experiences of mechanical restraint, cit.

112 Es el caso del Colectivo Locomún, que puso en marcha en 2018 la campaña “o Contenciones” o del Manifiesto de Cartagena por unos Servicios de Salud Mental respetuosos con los derechos y libres de coerción (2016). A esta petición se han sumado la Asociación Española de Neuropsiquiatría, la Federación En Primera Persona, la Federación Veus y la Confederación de Salud Mental. En el ámbito de las personas mayores el CEOMA se viene ocupando desde hace más años de este asunto a través del programa “Desatar al anciano” liderado por el Dr. BURGUEÑO. Su discípula, la Dra. Urrutia lidera también el programa “Libera-Ger” dentro de la fundación Cuidados Dignos.

113 La Asociación Española de Enfermería de Salud Mental ha mostrado su posicionamiento a través del manifiesto de “Tolerancia cero con las contenciones mecánicas”. Disponible en: <https://www.aesme.org/observatorio-nacional-de-enfermeria-de-salud-mental/salud-mental-y-sociedad-observatorio-nacional-de-enfermeria-de-salud-mental/posicionamiento-aesme-tolerancia-cero-en-contenciones-mecanicas/> (Consultado el 02/02/2023).

114 Propuestas que encuentran entre sus precursores a Gardiner Hill, que ya aplicó la falta de sujeción en Inglaterra durante la primera mitad del siglo XIX, y contestó a quienes le preguntaron por los tratamientos alternativos que empleaba: “La respuesta puede resumirse en unas cuantas palabras, a saber: clasificación adecuada de los pacientes; asistencia y vigilancia por parte de los encargados día y noche sin cesar; afecto; ocupaciones para los pacientes; atención a su salud, limpieza, comodidad y ausencia absoluta de cualquier

como Primera Persona, la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), la Federación Veus y la Confederación de Salud Mental firmaron el Manifiesto de Cartagena por unos servicios de Salud Mental respetuosos con los derechos y libres de coerción. Así, declara que:

El abanico de la coerción en la asistencia psiquiátrica es amplio e incluye el uso del poder, la fuerza o la amenaza para lograr que una persona que está siendo atendida haga o deje de hacer algo contra su voluntad [...] especialmente al uso de sujeciones o contenciones, aislamiento y otras formas de coacción¹¹⁵.

En este sentido propone el manifiesto “promover una cultura de trabajo orientada a la no coerción, que incluya la reflexión y debate permanente y la conciencia de responsabilidad entre los y las profesionales sobre el comportamiento ético con cada persona”¹¹⁶.

El uso de contenciones vulnera el art. 15 CE, que reconoce el derecho a la integridad física y moral, así como la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, no existe un desarrollo legislativo en España que prevea la aplicación del art. 15 CE y garantice los derechos de los pacientes durante el ingreso. Lo que ha conllevado un uso desproporcionado, con escaso control y supervisión, del uso de contenciones. Y ello a pesar de que la propia CDPD regula el deber de abstención de actos o prácticas incompatibles con la propia Convención (art. 4 d. CDPD), reconoce el igual reconocimiento de la capacidad jurídica (art. 12 CDPD), prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 15 CDPD) y protege la integridad física y mental de la persona (art. 17 CDPD). En este sentido, el Comité insiste en la necesidad de adopción de medidas desde el marco del consentimiento libre

otro tipo de ocupación asignada al encargado. Este tratamiento, en un edificio apropiado y construido especialmente para sus propósitos, con un número suficiente de encargados fuertes y activos que siempre estén en su puesto, se estima que es el mejor para la recuperación del paciente, de modo que todos los instrumentos de coerción y tortura se vuelven en todos los casos absolutamente innecesarios” Citado en: PORTER, Roy, *Breve historia de la locura (1946-2022)*, Madrid, Turner, 2003, p. 115.

115 Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción. Manifiesto presentado el 3 de junio de 2016 en las Jornadas Nacionales de la Asociación Española de Neuropsiquiatría-AEN (Profesionales de la Salud Mental) celebradas en Cartagena (Murcia). Versión publicada en la sección Informes del *Cuaderno de Psiquiatría Comunitaria* vol. 14, nº 1, 2017, pp. 65-67.

116 Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción.

e informado del paciente. Y ha insistido, especialmente, en la eliminación de medidas de aislamiento y contenciones farmacológicas y físicas¹¹⁷.

El Relator Especial de Naciones Unidas de tortura y tratos inhumanos insiste en el carácter inderogable del derecho a la protección contra la tortura y los tratos inhumanos¹¹⁸. De forma que las insuficiencias del sistema sanitario, así como la falta de recursos, no pueden justificar los malos tratos recibidos por los pacientes. Además, puso de manifiesto que las intervenciones médicas suelen justificarse erróneamente sobre hipótesis de incapacidad, desde el principio del mejor interés, pero, en la medida en que infringen dolor o sufrimiento, contravienen la prohibición absoluta de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes¹¹⁹. Y por ello insta a la revisión de la normativa interna que permite este tipo de intervenciones forzadas.

En el ámbito regional conviene detenernos en la Recomendación 1235 de 12 de abril de 1994, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre psiquiatría y derechos humanos, que señala que no se utilizarán medios mecánicos para contener a los pacientes e indica la estricta restricción de medidas de aislamiento. De lo que se deduce que estas medidas pueden ser utilizadas siempre que cumplan determinadas garantías¹²⁰. En 2019 se aprobó otra resolución, la 2291, que lleva por título *Ending coercion in mental health: the need for a human rights-based approach*, e insta a los Estados miembros a que inicien de inmediato la transición hacia la abolición de las prácticas coercitivas en los servicios de salud mental que conducen a violaciones de los derechos humanos. Por el contrario, se propone como solución la elaboración de buenas prácticas que ofrezcan soluciones y apoyo en situaciones de crisis o emergencia, y que sean respetuosas con la ética médica y los derechos humanos de la persona, incluido el derecho al consentimiento libre e informado. Añade la resolución que es preciso abandonar la coerción, lo que conlleva un incremento de los recursos para ofrecer respuestas alternativas. Este informe llega en un momento crucial para el cambio, el iniciado tras los compromisos adquiridos con la CDPD, cuya implementación parece alentada por el Consejo de Europa.

117 CRPD/C/GC/1.

118 NN.UU. A/HRC/22/53. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, de 1 de febrero de 2013.

119 NN.UU. A/HRC/22/53. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, de 1 de febrero de 2013.

120 AZNAR LÓPEZ, *Internamientos civiles*, cit., p. 106.

El Comité Europeo para la prevención de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes estableció en 2012 unos estándares para el uso de las contenciones mecánicas en establecimientos psiquiátricos, que fueron revisados en 2017. Estos criterios delimitan el carácter excepcional de la medida, la estricta finalidad terapéutica, así como los límites de su duración.

No obstante, el hecho de que ninguna norma con rango de ley implemente estos criterios, dificulta el control del uso de las contenciones, así como las posibles sanciones por su incumplimiento¹²¹. Si bien, algunas Comunidades Autónomas han adoptado legislación sobre el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en los servicios sociales residenciales, donde su uso es especialmente generalizado¹²² y han desarrollado planes de salud mental¹²³ orientados, básicamente, al desarrollo de protocolos de actuación¹²⁴. Aunque la regulación sigue siendo muy deficiente¹²⁵.

Esta situación, que viene preocupando a los poderes públicos desde hace tiempo, se ha incrementado tras la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Así, la Orden del Ministerio de Sanidad SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, incluyó una previsión sobre el mantenimiento de zonas de aislamiento, pero “evitando la utilización de sujeción mecánica o química”.

121 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit. p. 438.

122 Decreto Foral 2021/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los servicios sociales residenciales de la Comunidad Foral de Navarra. Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

123 Existen algunos planes en Salud Mental que persiguen orientar las políticas autonómicas en este ámbito: Consejería de Salud (Junta de Andalucía), *Plan Integral de Salud Mental de Andalucía (2016-2020)*; Servicio Navarro de Salud, *Plan de Salud Mental de Navarra 2019-2023*; Generalitat de Catalunya, *Pla Integral d'atenció a les persones amb trastorn mental i addiccions: Estratègia 2017-2019*, 2017; Servicio Aragonés de Salud (Gobierno de Aragón), *Plan de Salud Mental 2017-2021*.

124 Sobre esta cuestión se pronuncia Víctor Aparicio que sostiene que los protocolos no conllevan el respeto de los derechos humanos y pueden convertirse en una especie de pasaporte hacia la impunidad, puesto que no conllevan un adecuado sistema de control en su aplicación. APARICIO BASAURI, “Contención mecánica”, cit., p. 92.

125 En este sentido, hubo algunos intentos de regulación, tanto proposiciones de ley en el Congreso de los Diputados, como propuestas en los parlamentos autonómicos. Fue el caso de la PNL 161/000707, relativa a la eliminación de las sujeciones mecánicas en el ámbito asistencial.

La inquietud sobre el uso de medidas coercitivas ha estado presente en las memorias de la Fiscalía, que se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las visitas de inspección realizadas a centros sociosanitarios y unidades psiquiátricas. Con el propósito de contribuir al necesario cambio de mentalidad que requiere el modelo social, se ha adoptado la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad¹²⁶. Aunque en la introducción se plantea el deseo de alcanzar un sistema de contenciones cero, la Instrucción sitúa a la persona en el centro de su cuidado, alejándose de un modelo paternalista. Para ello concreta las diferencias entre cuidar y proteger, entendido el trato como un pacto de cuidados que tiene en cuenta la autonomía y preferencias individuales de la persona. Lo que conlleva una necesaria reflexión sobre medidas alternativas a la contención, que también contempla la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Entre sus retos estratégicos incluye la revisión de la normativa en materia de contenciones, desde el marco de los derechos humanos, asegurando medidas alternativas.

2.4.2. Tratamiento involuntario

Otra de las cuestiones que más controversia genera es la relativa al tratamiento médico involuntario durante el internamiento, en particular, sobre si la autorización para el internamiento se convierte en una especie de autorización genérica para imponer al enfermo tratamiento médico durante el ingreso. Una cuestión polémica que se ha polarizado, entre quienes entienden que el art. 763 LEC es extensible a los tratamientos involuntarios, en aplicación del principio *ad maiores ad minus*, e incluso que pueden imponerse en beneficio de la sociedad porque previenen delitos¹²⁷. Por el contrario, otros autores

¹²⁶ Instrucción de la Fiscalía 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2022, páginas 18260 a 18279 (20 págs.)

¹²⁷ Llama la atención que estas afirmaciones procedan de un manual de psiquiatría para operadores jurídicos publicado en el año 2021. FUERTES ROCAÑÍN, José Carlos, “Internamiento y tratamiento ambulatorio involuntario”, *Manual de psiquiatría forense*

afirman que no es posible forzar a nadie a un tratamiento médico¹²⁸, salvo que se cuente con el consentimiento de sus representantes¹²⁹. Otros autores sostienen que no podría aplicarse el art. 763 LEC por analogía, lo que implicaría un procedimiento específico, que no está previsto en la ley, para autorizar el tratamiento¹³⁰.

Ocurre lo mismo con el tratamiento ambulatorio involuntario (TAI), que afecta a personas que no están ingresadas pero que se oponen a seguir el tratamiento pautado. Pese a los intentos de normarlo en el ámbito civil, el TAI no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. En su día se planteó la posible adición de un párrafo quinto al art. 763 LEC, con la finalidad de regular las garantías procesales necesarias para que un juez civil pueda autorizar un tratamiento ambulatorio de carácter obligatorio¹³¹.

No obstante, los tribunales han venido realizando una interpretación del art. 763 LEC mediante la que se permitía imponer un determinado tratamiento al suponer que esta medida limitaba menos los derechos de la persona que lo previsto expresamente en la norma, al no verse privada de libertad de deambulación¹³². Los defensores del TAI consideran que, regulado adecuadamente, permitiría una asistencia efectiva y evitaría reingresos y conductas de riesgo¹³³. Por el contrario, sus detractores insisten en las implicaciones que conlleva desde el marco de los derechos humanos, algo que resulta incuestionable. En este sentido se ha pronunciado el Grupo de Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría con una postura clara: “no se trata

para jueces, fiscales y otros profesionales del Derecho, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 349-364, esp. 363.

128 MUÑOZ ESCANDELL, I., “Salud mental, derechos humanos y restricción de la libertad” en MARTÍNEZ PUJALTE, A., MIRANDA ERRO, J., y FLORES, M., *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2019, pp. 133-148, esp. 147.

129 VICO FERNÁNDEZ, Gema, “Propuesta de regulación de los internamientos involuntarios en centros geriátricos o sociosanitarios”, *Actualidad Civil* nº 5, 2021, p. 11.

130 ORTUÑO NAVALÓN (2017) en TORRES COSTAS, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios, cit., esp. 282.

131 GERMÁN URDIOLA, *Tratamiento involuntario y enfermedad mental*, cit., p. 86.

132 GERMÁN URDIOLA, *Tratamiento involuntario y enfermedad mental*, cit., p. 87.

133 GERMÁN URDIOLA, *Tratamiento involuntario y enfermedad mental*, cit., p. 90.

de un problema de falta de legislación, sino de falta de recursos”¹³⁴. De esta forma, se considera preciso abandonar los intentos fallidos de regulación¹³⁵. Algo sobre lo que también se han manifestado psiquiatras y profesionales de la salud mental, poniendo en duda la efectividad del TAI¹³⁶.

En cualquier caso, el tratamiento médico involuntario no tiene cabida en el modelo social de la discapacidad, pues se enmarca en el tradicional modelo médico rehabilitador en el que no solo no se tiene en cuenta la voluntad de la persona, sino que se aplican las medidas en contra de la misma¹³⁷. Y los argumentos de quienes, como el TS en la varias veces citada sentencia de 8 de septiembre de 2021, respaldan las medidas involuntarias, de nuevo se basan en la ausencia de conciencia de enfermedad como elemento esencial para que la persona no tome la medicación¹³⁸, lo que equivale a negar la existencia de voluntad. En cuanto a la supuesta necesaria adherencia al tratamiento para evitar posibles internamientos, no se trata sino de otra manifestación del principio del mejor interés que, como bien sabemos, queda totalmente proscrito tanto por la CDPD como por la LRPD.

2.5. Críticas a la regulación y aplicación del art. 763 LEC

El art. 763 LEC ha sido considerado un precepto de escasa calidad técnica por su “indeterminación del objeto, indefinición de la legitimación, inconcreción del procedimiento, e imprecisión en la intervención judicial en los posteriores controles y la manera de realizarlos”¹³⁹. En cuanto a la regla general de

134 ROIG, Alicia; GONZÁLEZ, Onésimo; DÍEZ, María Eugenia; HERNÁNDEZ MONSALVE, Mariano; LEAL, José, y SANTOS, Fernando, “El tratamiento ambulatorio involuntario: Historia de una obstinación”, *Revista De La Asociación Española De Neuropsiquiatría*, 32(114), pp. 435-440. <http://dx.doi.org/10.4321/S0211-57352012000200018>

135 Propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario (2005), Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de la anterior propuesta (ampliada) de judicialización de los tratamientos ambulatorios involuntarios” (2006), y “Por una atención integral a las personas con trastornos graves de salud mental, basada en el respeto a sus derechos” (2009).

136 HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel; CAÑETE NICOLÁS, Carlos; PÉREZ PRIETO, Juan Francisco; LERA CALATAYUD, Guillen y GÓMEZ BENEYTO, Manuel, “Evaluación de la eficacia del tratamiento ambulatorio involuntario para reducir la atención hospitalaria”, *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, vol. 3, nº 1,2,3,4, 2010.

137 TORRES COSTAS, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma, cit., p. 282.

138 FUERTES ROCAÑÍN, “Internamiento y tratamiento ambulatorio, cit., p. 358.

139 LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso, cit.

la periodicidad semestral no se adapta en los ingresos agudos, que suelen ser de corta duración, ni a los asistenciales, que suelen convertirse en permanentes. Lo que ha evidenciado “el distanciamiento de la reforma con la realidad social”¹⁴⁰, desde su promulgación. Deficiencias técnicas que el TC ha tratado de resolver, en vano, a través de sus interpretaciones¹⁴¹.

Su rango normativo, como se anticipó, también resultó inadecuado, pero su posterior subsanación, mediante la otorgación del carácter reforzado que necesitaba, ha sido entendida como un “parche constitucional” que ha banalizado la lucha del colectivo de la discapacidad, al impedir que la cuestión de los ingresos involuntarios fuese llevada a debate parlamentario¹⁴².

Esto, unido a la falta de medios asistenciales y de una maquinaria bien articulada para resolver problemas de índole social, que no psiquiátricos, ha llevado a que se ingresen en centros psiquiátricos personas que no entran dentro del supuesto de hecho, con el fin de evitar un absoluto abandono social¹⁴³. Precisamente, son estos los argumentos sobre los que un sector doctrinal apoya la ilegalidad e inconstitucionalidad de la regulación del internamiento involuntario¹⁴⁴.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, el internamiento involuntario vulnera directamente varios derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Y es que, el art. 763 LEC obedece exclusivamente al modelo biomédico, un modelo centrado en las categorías médicas, que sigue dominando el pensamiento de los profesionales (del Derecho y la Psiquiatría), así como de la sociedad en general. Una perspectiva, que legitima el uso de medidas coercitivas y resulta estigmatizante y de escasa utilidad¹⁴⁵. Pues, no deja de ser una forma de coerción ampliamente aceptada y basada en dos construcciones fundamentales: la “adherencia al (único) tratamiento (posible) como

140 LÓPEZ EBRI, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzado”, cit. p. 73.

141 RODRÍGUEZ LAINZ, “El internamiento involuntario urgente”, cit., p. 2/17.

142 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit.

143 CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento*, cit.

144 DE MIGUEL ORTEGA, Luis, “Propuesta de Ley Orgánica sobre capacidad dentro del ámbito del derecho sanitario y los derechos fundamentales”, *DS: Derecho y salud*, vol. 29, nº Extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud), pp. 143-153.

145 HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, “El discurso de la emancipación: ambigüedades y apropiaciones”, *Cuadernos de Psiquiatría comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021 (Ejemplar dedicado a: Subjetividad, Discurso y Clínica), pp. 37-49, esp. 39.

fin “terapéutico” último” y “la (falta de) conciencia de enfermedad, síntoma clave para el diagnóstico”¹⁴⁶. Esta última construcción sirve de fundamento al modelo sustitutivo de la voluntad: como la persona carece de conciencia de la enfermedad¹⁴⁷, sus decisiones deben ser adoptadas por otros, sobre la idea de su mejor interés¹⁴⁸. De esta manera, el facultativo, que sí goza de plena capacidad y discernimiento, decide lo que mejor conviene a la persona, aunque ello suponga la adopción de una medida contraria a su voluntad¹⁴⁹, sin que se tenga en cuenta la incidencia que esto tiene sobre su dignidad y, por ende, también sobre su salud física y mental. Un modelo esencialmente paternalista que privilegia la protección de la “salud” de la persona sobre su capacidad decisoria, contrario a todas luces a la CDPD y a la LAPD.

En general, las prácticas coercitivas e involuntarias que vienen aplicándose, entre las que se encuentra el internamiento involuntario, están “poco y mal reguladas” y no ofrecen garantías jurídicas para evitar interferencias arbitrarias en los derechos y libertades fundamentales¹⁵⁰. Insiste en esta idea María Ángels Porxas, que sostiene que la ausencia de garantías refleja “la falta de igual reconocimiento social, jurídico y político de un colectivo históricamente oprimido”¹⁵¹. De esta manera, el modelo médico deja en manos de los profesionales la toma de decisiones respecto de la persona con discapacidad psicosocial, primero en los facultativos que realizan el diagnóstico, después en los jueces que interpretan las insuficiencias normativas¹⁵². Un

146 LALANA CUENCA, José Manuel, “Repensar la contención”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021, pp. 93-95, esp. 94.

147 Una teoría que sitúa a la persona diagnosticada como paciente pasivo, dependiente de un tratamiento y decisión externa. Un argumento que viene siendo declinado por un sector de la Psiquiatría que sostiene que la locura no es contraria a la razón. HUERTAS GARCÍA-ALEJO, “El discurso de la emancipación, cit., p. 39.

148 Un principio que atiende a criterios subjetivos que no están libres de sesgos, los que condicionan lo que una persona considera “mejor” para otra. PORXAS ROIG, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico, cit., p. 373.

149 Un cuestionamiento de la capacidad que se lleva a cabo solo cuando la persona se opone a las indicaciones médicas. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, José Luis, *Anorexia nerviosa y Bioética: un estudio con profesionales de la salud mental sobre internamiento involuntario y capacidad del paciente para la toma de decisiones de tratamiento*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2022, p. 247.

150 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit., p. 447.

151 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit., p. 447.

152 PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, cit., p. 448.

trato diferenciado que se da a personas con diagnóstico psiquiátrico, pues se les categoriza normativamente sobre una representación cultural de una identidad estigmatizada¹⁵³. De forma que, tras este diagnóstico, relacionado con la incapacidad y la peligrosidad, la ley vincula el concepto de persona a los de capacidad y voluntad¹⁵⁴. Tal y como se viniera haciendo en los sistemas que preceden al modelo social de la discapacidad, comentados al comienzo de este capítulo. Al fin y al cabo, continúan reproduciéndose dinámicas de control: la propia segregación de las personas con diagnóstico psiquiátrico en pisos tutelados, las medidas coercitivas como el uso de contenciones químicas y mecánicas, y el propio ingreso involuntario. Lo único que parece haber desaparecido es la institución de la incapacitación civil. Si bien, el diagnóstico médico legitima la restricción de derechos como la libertad personal, el derecho a consentir tratamientos y el propio reconocimiento de la capacidad jurídica¹⁵⁵. Esto ha constituido, lo que se ha denominado “despersonificación de las personas con una enfermedad mental en el contexto jurídico, pues no se las considera, en general, personas con capacidad para decidir racional y libremente”¹⁵⁶. Manteniéndose, fuertemente arraigado, el discurso mayoritario de la necesaria protección de las personas con discapacidad¹⁵⁷. De hecho,

153 Al recordar el caso de Andreas Fernández González, la escritora Ana Vega insiste en cómo el diagnóstico psiquiátrico condiciona el trato recibido, pues no se tuvo en cuenta ningún otro factor, como pudo haber sido la edad, sus circunstancias personales, o los síntomas de la meningitis que fueron ignorados. VEGA, Ana, “Derechos Humanos: Clave fundamental de toda salud física y mental”, *Cuadernos de psiquiatría comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021, pp. 96-98.

154 PORXAS ROIG, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico, cit., p. 360.

155 PORXAS ROIG, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico, cit., p. 362.

156 PORXAS ROIG, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico, cit., p. 366.

157 En la última memoria del Defensor del Pueblo, sin ir más lejos, se recogen las demandas de personas que reclaman una atención integral que permita instar el ingreso de sus familiares y allegados y así poder “alejar al paciente del entorno social desfavorable”. Situación que se expone desde un contexto especialmente complejo, por la yuxtaposición entre la reiterada ausencia de conciencia de enfermedad y el imprescindible respeto a la autonomía de la voluntad. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Las personas con discapacidad en el informe anual del Defensor del Pueblo 2021*, Madrid, 2022, p. 25. Incluso alguna autora ha llegado a sostener que, en el caso de personas mayores, la autorización judicial, puede ser considerada una injerencia en el ámbito familiar, que es sobre quien recae realmente

se advierten interpretaciones doctrinales que cuestionan que pueda prescindirse totalmente del factor médico de la discapacidad¹⁵⁸, ni que ésta pueda ser compensada siempre mediante un ajuste¹⁵⁹.

Lo cierto es que, la regulación del internamiento involuntario no ha sido abordada de forma unánime por la doctrina jurídica. La mayoría de autores está de acuerdo en su necesaria reforma para adecuarlo a la CDPD¹⁶⁰, poniendo el énfasis en la excepcionalidad del internamiento involuntario y en la garantía de los derechos de la persona afectada, si bien raramente se concretan los nuevos contornos de una norma futura. Otras propuestas apuntan que bastaría con la regulación del internamiento involuntario mediante ley orgánica, tomando como referencia la normativa establecida para los centros de menores con problemas de conducta¹⁶¹. Propuesta sobre la que no podemos estar más en desacuerdo, por su pretensión de extender las normas relativas a menores de edad a personas adultas, lo que conlleva el no reconocimiento de su capacidad jurídica. Por último, hay quienes exponen que la actual regulación del ingreso involuntario tiene perfecta cabida en el modelo social de la discapacidad¹⁶², e incluso encontramos planteamientos más radicales que invitan a los gobiernos y “responsables del bienestar de la persona” a ignorar la CDPD “cuando interfiera en un enfoque de sentido común para proteger

el cuidado de la persona. GERMÁN URDIOLA, “El proceso de ingreso “no involuntario”, cit., p. 38.

158 QUESADA SÁNCHEZ, “Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal, cit., p. 23.

159 Advierte que ésta es precisamente una de las debilidades del sistema: BARIFFI, Francisco José “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (dir.), *Hacia un nuevo derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, pp. 353-390, esp. 367.

160 SOLÉ RESINA, Judith, “El internamiento voluntario”, en GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de la discapacidad*, 2020, pp. 185-207. MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Compatibilidad del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico con el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad”, MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón; CARRIÓN VIDAL, A., *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

161 VICO FERNÁNDEZ, Gema, “Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fasc.1, (2019), pp. 101-160, ep. 152.

162 SÁNCHEZ GÓMEZ, *Ingresos involuntarios civiles*, cit.

a los ciudadanos que de una u otra manera son incapaces de protegerse a sí mismos”¹⁶³.

Con planteamientos así, resulta inimaginable la derogación del precepto, como viene proponiendo un sector de la doctrina¹⁶⁴, con el que concordamos, y el colectivo de las personas con discapacidad psicosocial¹⁶⁵ que insisten en la incompatibilidad del art. 763 LEC con el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, que no puede estar vinculada a un diagnóstico psiquiátrico. Un precepto que representa en sí mismo el paradigma del modelo médico-rehabilitador que la CDPD pretende eliminar¹⁶⁶, y sirve de clave de bóveda al sistema de coerción formal en la asistencia en salud mental¹⁶⁷. Una perspectiva que a nuestro juicio requiere ser superada, no solo desde el ámbito jurídico, sino desde políticas públicas que promuevan una psiquiatría integral, más social que individual¹⁶⁸, que se aleje de la medicina mental hegemónica¹⁶⁹, porque, como ha quedado constatado en estas líneas, el componente médico sigue estando fuertemente arraigado en el ADN jurídico. De ahí que el nece-

163 APPELBAUM, P.S., “Salvando la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades de la ONU – de sí misma”, *World Psychiatry*, 17/1, 2019, pp. 1-2.

164 TORRES COSTAS, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma, cit., p. 275. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz*, cit., p. 472. CUENCA, Patricia, *Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad: la cuestión de los internamientos involuntarios*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 114. GARCÍA RUBIO, “Variaciones de la reforma”, cit.

165 Es el caso de la Federación Catalana de Entidades de Salud Mental en 1ª Persona (Federación VEUS), que ha manifestado, en numerosas ocasiones, que las medidas involuntarias, como son los internamientos involuntarios y tratamientos forzosos, son contrarias a los estándares internacionales de los derechos humanos, en concreto, la CDPD. Así lo pusieron de manifiesto con motivo de la consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/2018/consulta-publica-sobre-la-reforma-de-la-legislacio-civil-i-processal-en-materia-de-discapacitat.pdf>

166 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz*, cit., p. 436.

167 INCHAUSPE ARÓSTEGUIE, José Antonio, “Actualidad en coerción y asistencia en salud mental: de la pugna declarativa al impulso de alternativas”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol.39, nº 136, 2019. DOI: <https://dx.doi.org/10.4321/s0211-57352019000200001>

168 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, VISPE ASTOLA y VALDECASAS CAMPELO, “Apuntes para un acercamiento a la psiquiatría, cit.

169 HUERTAS GARCÍA-ALEJO, “El discurso de la emancipación, cit., p. 42.

sario cambio de mentalidad al que apelan tanto la CDPD como la LAPD, debe ser un asunto prioritario en las agendas políticas de los Estados¹⁷⁰. Porque, como ha puesto de manifiesto Catalina Devandas Aguilar, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad:

La privación de libertad por motivos de deficiencia no es un “mal necesario”, sino una consecuencia del incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos para con las personas con discapacidad¹⁷¹.

170 Sirva de evidencia el propio informe del CERMI (2021) que recoge entre sus denuncias, la incertidumbre ante las situaciones novedosas de la LAPD. Sin embargo, de la propia información facilitada por la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad, se advierte el modelo médico-rehabilitador. Así queda reflejado en la respuesta a la siguiente consulta: “Entiendo que yo ya no podré solicitar ingresos de mi hermano en la residencia, salvo que por propia voluntad desee él [...]”. A lo que CERMI responde: “No es cierto; como le digo, por ministerio de la Disposición Transitoria Segunda, su hermano no se queda sin atención. Usted pasa a la nueva denominación que la ley establece que es la de Curador con funciones de representación, y en este desempeño puede seguir haciendo todas las actuaciones que precise en beneficio de su hermano”. Lo que puede llevarnos a pensar, erróneamente, que nada ha cambiado, que seguimos en un modelo proteccionista en el que el antes tutor se llama ahora curador y puede decidir cuándo conviene a la persona con discapacidad recibir un tratamiento que requiere de su ingreso. Nada más lejos de la realidad. Véase: DELEGACIÓN DEL CERMI PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA LA CONVENCION DE LA ONU, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2021*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021, p. 213.

171 NN.UU. A/HRC/40/54. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 11 de enero de 2019, párrafo 86.

III

EL INGRESO INVOLUNTARIO EN EL CONTEXTO DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

UN MODELO INCOMPATIBLE CON LA CDPD

1.1. Lo que España no ha hecho a pesar de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011, el Comité acogió con beneplácito el informe inicial de España por haber sido el primer Estado que presentó su informe inicial. También felicitó a España por los progresos realizados en muchos sectores relacionados con la discapacidad¹. Sin embargo, mostró preocupación por el régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial (“enfermedad mental”), en establecimientos especiales”. No solo trasladó su preocupación por los internamientos, sino por los malos tratos de que son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos. Por ello, recomendó al Estado español la revisión de las disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad (ya sean mentales, psicológicas o intelectuales); la derogación de las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada; así como la adopción de medidas para que los servicios sanitarios, también los relativos a la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado por el interesado².

En su respuesta, el gobierno español aclaró que el contenido del art. 763 LEC era garantista y protegía los derechos de las personas afectadas por una enfermedad mental que requería internamiento³. Constituyendo esta garantía tanto la autorización judicial como los plazos previstos en el procedimiento para informar del ingreso urgente. Además de los informes periódicos emi-

1 Entre otros: la aprobación de la Ley N° 26/2011, de 1º de agosto de 2011, sobre la adaptación de las normas a la Convención; la adopción por el Estado parte del III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad, que aborda la discapacidad teniendo en cuenta el género, así como la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, 2008-2012; la adopción de su Estrategia a largo plazo para las personas con discapacidad (2012-2020) y el alto porcentaje de matriculación de niños con discapacidad en el sistema educativo tradicional. Véase: CRPD/C/6/SR.3 y SR.4.

2 CRPD/C/ES/Q/1.

3 CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1

tidos por facultativos durante el tiempo que dure el ingreso. De hecho, en su respuesta, resulta evidente que el Estado español no ha captado el modelo social de la discapacidad, mucho menos el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial cuando afirma:

70. Hay que destacar que esta norma, que posibilita el internamiento del afectado por una enfermedad mental, se establece fundamentalmente en beneficio del afectado que no puede valerse por sí mismo y consiste en su ingreso en un centro en el que será tratado de su enfermedad. La protección del derecho fundamental a la libertad se traduce en este caso en la exigencia de que tanto la ley como su aplicación aseguran la concurrencia del presupuesto (la intensidad de la enfermedad), se examine y oiga al interesado, intervenga un perito médico y medie decisión judicial. Los casos de enfermedad mental en los que se aplica se determinan en función del dictamen facultativo⁴.

En su 16^o período de sesiones (2017) el Comité estableció un procedimiento facultativo consistente en la preparación y aprobación de una lista de cuestiones que se ha de transmitir al Estado parte interesado antes de que presente su informe periódico⁵. De esta forma, las respuestas a esta lista de cuestiones constituirían el informe que el Estado parte debe presentar en virtud del art. 35 CDPD. Así, la cuestión previa número 15 hace de nuevo referencia al art. 14 CDPD, relativo a la libertad y seguridad de la persona, y solicita a España que informe “sobre medidas para revisar las disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de seguridad, incluyendo los artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁶. En respuesta, España, que presentó los informes segundo y tercero de forma combinada, respondió a la cuestión 15 en los puntos 120 a 122. Así, comenzaba informando del plan normativo anual para el año 2018, que contemplaba la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, con el fin de completar la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Convención⁷. En concreto, en el punto 122, se remitía a los trabajos de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia:

122.El texto de reforma del CC sobre el que está trabajando la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia se remite a lo dispuesto en la legislación procesal.

4 CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1

5 Aprobado por el Comité en su 17^o período de sesiones (20 de marzo a 12 de abril de 2017).

6 CDPD/C/ESP/QPR/2-3.

7 CRPD/C/ESP/2-3.

La Sección de Derecho Procesal de la Comisión está estudiando actualmente los cambios precisos de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el internamiento.

El Comité examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados (CRPD/C/ESP/2-3) en sus sesiones 445^a y 446^a, celebradas los días 18 y 19 de marzo de 2019, cuyas observaciones finales fueron aprobadas en su 463^a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2019⁸. El Comité destacó, en primer lugar, la adopción de medidas legislativas como aspectos positivos⁹, y, a continuación, expuso sus principales motivos de preocupación y recomendaciones. En lo que se refiere a los principios y obligaciones generales (arts.1 a 4 CDPD), el Comité mostró su preocupación sobre el hecho de que la falta de armonización de leyes diese lugar a la utilización del modelo médico de la discapacidad

en el marco del cual las personas son clasificadas según el diagnóstico y excluidas del amplio alcance previsto en la Convención, según el cual la discapacidad se reconoce en relación con las deficiencias y las barreras presentes en el entorno social, sobre todo en el caso de la discapacidad psicosocial¹⁰.

También mostró recelo por el

predominio de un enfoque paternalista y la ausencia de disposiciones basadas en los derechos humanos en los sistemas de salud mental, así como la falta de estrategias explícitas destinadas a garantizar que las personas con discapacidad estén protegidas contra la discriminación y el maltrato¹¹.

8 CRPD/C/ES/CO/2-3

9 Ley Orgánica núm. 2/2018 para la modificación de la Ley Orgánica núm. 5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (aprobada por Real Decreto Legislativo núm. 1/2013), cuyo objeto es aumentar el nivel de participación, empleo e inserción social de las personas con discapacidad mediante, entre otras cosas, una mayor oferta de trabajo decente y lucha contra la discriminación. Las enmiendas al texto revisado de la Ley núm. 9/2017 de Contratos del Sector Público. La Ley Orgánica núm. 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La Ley Orgánica núm. 1/2015, por la que se modifica el Código Penal para adecuarlo a la Convención. La Ley Orgánica núm. 1/2017, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones en el jurado del tribunal. La aprobación por el Estado del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020.

10 CRPD/C/ES/CO/2-3.

11 CRPD/C/ES/CO/2-3.

Incluso por la escasa formación dirigida a profesionales, especialmente de los campos educativos, sanitarios y jurídicos, sobre el nuevo modelo social de la discapacidad¹². En consecuencia, el Comité recomendó el diseño y aplicación de una:

política centrada en garantizar el pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidad, en particular, con discapacidad psicosocial, entre otras cosas velando por la aplicación de las disposiciones basadas en los derechos humanos en los sistemas de salud mental¹³.

En cuanto a los derechos específicos (arts.5 a 30 CDPD) se detuvo especialmente en el art. 14 CDPD, ante el hecho de “que las personas con discapacidad psicosocial o intelectual sean objeto de ingreso no voluntario en instituciones, siendo privadas de su libertad y sometidas a tratamiento médico forzado, incluso, a medidas de contención mecánica”¹⁴. Del mismo modo, hizo referencia a sus inquietudes sobre la obligación de medicarse como requisito de acceso a los servicios de apoyo psicosocial y de vivienda. Además, añadió el Comité que el desconocimiento de la Convención por parte de los profesionales de la salud lleva a una justificación errónea del internamiento involuntario y de la contención por medios mecánicos como medidas terapéuticas.

De forma que el Comité recomendó al Estado español:

a) la revisión o derogación del art. 763 LEC para “prohibir el internamiento y el tratamiento forzados por motivos de discapacidad y garantizar que las disposiciones relativas a la salud mental tengan un enfoque basado en los derechos humanos”¹⁵.

b) la derogación de las disposiciones que obligan a las personas con discapacidad psicosocial a recibir tratamientos como requisito previo para poder acceder a los servicios de apoyo psicosocial y de vivienda.

c) que imparta cursos de sensibilización y capacitación a los profesionales de la salud mental sobre los derechos de las personas con discapacidad.

d) que garantice la accesibilidad a la justicia y los ajustes de procedimiento.

En este sentido, el Comité exhortaba al Estado español a que cumpliera las obligaciones derivadas del art. 14 CDPD, orientado por las directrices del

12 Señaló expresamente a jueces, profesionales de salud, profesorado, agentes del orden y personal que trabaja con personas con discapacidad.

13 CRPD/C/ES/CO/2-3.

14 CRPD/C/ES/CO/2-3.

15 CRPD/C/ES/CO/2-3 en pp.200, 201.

Comité sobre este artículo (2015) en los debates regionales sobre la aprobación del proyecto de protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, titulado “La protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales con respecto al internamiento y el tratamiento involuntarios”¹⁶.

Otro principal motivo de preocupación tuvo que ver con la protección frente a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15 CDPD). El Comité insistió en que el art. 9 LAPBDIC y el art. 763 LEC permiten el uso de medios de “contención física, mecánica y farmacológica, en particular la medicación forzada, la sobremedicación, la terapia electroconvulsiva y otros tratamientos o el internamiento sin el consentimiento libre e informado del afectado”¹⁷. Asimismo, añadió su desazón ante la tergiversación deliberada del consentimiento informado, que lo hace, a todas luces, un consentimiento forzado. Por último, se pronunció sobre el riesgo a sufrir vejaciones o malos tratos en los centros residenciales y sobre la inexistencia de un mecanismo independiente de derechos humanos que supervise los establecimientos de salud mental del Estado parte. En este sentido recomendó:

- a) Elimine el uso de medidas de contención relacionadas con la discapacidad en todos los entornos;
- b) Se asegure de que se obtiene el consentimiento libre e informado del interesado en todos los procedimientos y todas las etapas del sistema de salud mental;
- c) Tome medidas inmediatas para que dejen de infligirse tratos crueles, inhumanos o degradantes a las personas con discapacidad;
- d) Con la participación activa y en igualdad de condiciones de las organizaciones de personas con discapacidad psicosocial, cree un mecanismo independiente basado en los derechos humanos que supervise los centros y servicios de salud mental de todas las comunidades autónomas¹⁸.

Por último, en lo que a seguimiento se refiere, solicitó al Estado español que presente sus informes periódicos cuarto y quinto combinados, según el procedimiento simplificado, a más tardar el 2 de enero de 2025, en el que debe incluir información sobre la aplicación de las recomendaciones formuladas en estas observaciones finales¹⁹.

16 CRPD/C/ES/CO/2-3 en pp.200, 201.

17 CRPD/C/ES/CO/2-3 en pp.200, 201.

18 CRPD/C/ES/CO/2-3.

19 CRPD/C/ES/CO/2-3.

Han pasado más de once años desde que el Comité recomendara a España la derogación del art. 763 LEC y el precepto no solo no ha sido derogado, sino que, como hemos mencionado anteriormente, la deficiencia que dio lugar a su inconstitucionalidad fue subsanada.

Al redactar este capítulo, nos encontramos en una situación disparatada pues tras la promulgación de la LAPD²⁰, acorde al modelo social de la CDPD, ésta convive con una legislación procesal obsoleta en materia de internamiento, contraria al enfoque de derechos humanos y que afecta a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Lo que nos lleva a sentir una especial inquietud por las argumentaciones, difícilmente justificables, que el gobierno del Estado español presentará al Comité en los próximos informes.

1.1.1. Intentos de adaptación normativa fallidos

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, el Estado español respondió a la cuestión relativa a la libertad y seguridad de la persona (art. 15 CDPD) en los informes segundo y tercero, informando del plan normativo anual para el año 2018, que contemplaba la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad²¹. En concreto, en el punto 122, se remitía a los trabajos de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, en concreto, a los de la Sección de Derecho Procesal que estaba estudiando la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y es que la Sección Quinta redactó inicialmente, y de forma paralela al Anteproyecto de la LAPD, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, que debía tramitarse con carácter de ley orgánica. Por la materia objeto de regulación y para evitar que volviera a suceder lo acontecido con la declaración de inconstitucionalidad, se presentaba como anteproyecto de Ley Orgánica. Así se hacía constar en la Exposición de Motivos proyectada, al tiempo que adelantaba que no se proponía la derogación del art. 763 LEC, sino que se ampliaba el ámbito de aplicación con el propósito de regular en distintos preceptos los internamientos terapéuticos de los

²⁰ Del que ya nos alertaba Eugenia Torres Costas cuando la LAPD era aún solo un Anteproyecto, TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 334.

²¹ CRPD/C/ESP/2-3.

asistenciales²². De esta forma, la propuesta distinguía el internamiento asistencial, que tiene su origen en el deterioro cognitivo de la persona, estableciendo un plazo distinto, de quince días, para el control judicial, sin perjuicio de que la comunicación al juzgado se lleve a cabo en el plazo de veinticuatro horas siguientes al ingreso. Con esta propuesta entendemos que se pretendía ganar tiempo para efectuar el control judicial obligado, pero resulta palmario que se vulneraba el límite establecido por el art. 17 CE y los criterios jurisprudenciales establecidos por el TC en la sentencia 141/2012 que vinculaba al legislador futuro.

También proponía la regulación de dos casos especialmente controvertidos: el ingreso inicialmente consentido que se convierte en involuntario *ex post*, y el ingreso temporal o intermitente. El primer caso quedaba justificado en la Exposición de Motivos en el sentido de que “evita que haya que ratificar miles de internamientos que ya fueron inicialmente consentidos, y se da una respuesta legislativa al problema abordado por la STC 34/2016, de 29 de febrero”. Se expresa así una postura que vulneraría claramente los derechos fundamentales de la persona internada y que nos llevaría de nuevo a una justificación basada en el principio del superior interés al no resolver cómo habría de manifestarse ni el consentimiento ni la oposición al mismo.

En cuanto a los internamientos ocasionales “de una persona en un centro, realizado por sus familiares ante la imposibilidad de atenderla temporalmente, siempre que no supere el mes de duración y no exista oposición por parte del interesado”, evitaría a las familias pasar por un procedimiento judicial cuando requieren auxilio en materia de cuidados de forma temporal. La explicación raya lo grotesco; es como si la duración del ingreso o los motivos de la familia y sus dificultades de intendencia pudiesen delimitar cuándo se está vulnerando el art. 17 CE, que entendemos infringido, en cualquier caso.

Por último, el art. 763 ter de la LEC, que preveía esta reforma fallida, abordaría la regulación del tratamiento involuntario. Para ello desarrollaba varios supuestos donde se requeriría la autorización judicial, especialmente cuando se considerase afectado un derecho fundamental, como ocurre cuando se accede a un domicilio “para proteger a una persona que puede necesitar de alguna medida tuitiva”.

Entre otras novedades, el Anteproyecto introducía la posibilidad de suspender la audiencia cuando el afectado se encontrase contenido o incons-

²² La propuesta se aleja de los criterios interpretativos sentados en la STC 34/2016, aunque no lo justifica debidamente.

ciente, que debería ser reanudada en setenta y dos horas, también cuando hubiese solicitado asistencia letrada o la práctica de una prueba. Asimismo, se proponía la reducción de seis a tres meses del plazo para la emisión de los informes periódicos de supervisión de la medida que debían ser emitidos por el facultativo y remitidos al juez.

Conviene señalar que el Anteproyecto contemplaba un cambio relevante en los internamientos involuntarios de menores de edad, para los que se proponía la supresión de la autorización judicial cuando fuese solicitada por quienes ejerzan su patria potestad o tutela, cuestión ésta que no estaría exenta de controversia y requeriría de una justificación detallada de la que no se ocupa el texto. En el mismo sentido se proponía que no fuese necesaria la autorización judicial cuando el internamiento fuera solicitado por el curador y dicha medida estuviera contemplada en la sentencia de provisión de medidas de apoyo. No obstante, se incluía de nuevo el criterio médico, pues añadía la siguiente coletilla: “Todo ello con la salvedad que los facultativos se opusieren a dicho internamiento”.

En definitiva, el Anteproyecto barajado en su día no adaptaba en absoluto, la regulación del art. 763 LEC al modelo social de la discapacidad. Por el contrario, no solo promovía la consolidación del modelo médico rehabilitador, sino que restringía aún más si cabe los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Y lo hacía eximiendo de autorización judicial a los internamientos asistenciales, contraviniendo los criterios interpretativos del TC, proponiendo la regulación del TAI y aceptando las medidas coercitivas, lo que supone un retroceso respecto del vigente art. 763 LEC²³.

Se evidencia también que centraba su atención en lo que parecen ser medidas de protección, que de ninguna manera perseguían garantizar la prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Cuestión ésta que es omitida, de lo que se deduce la desidia de la Sección Procesal de la Comisión General de Codificación por garantizar el respeto a la voluntad de la persona en la prestación del consentimiento informado, lo que es una muestra más de las dificultades que encuentra la asunción del modelo social de discapacidad por parte de quienes, irónicamente, están obligados a promoverlo.

Tras la retirada del Anteproyecto de ley orgánica, no se ha presentado por parte de la Comisión otra alternativa relativa a los internamientos y derechos fundamentales de las personas con discapacidad, con lo que nuestro Estado sigue pendiente del cumplimiento de los dictados del Comité.

23 TORRES COSTAS, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios, cit.

1.1.2. Compromisos, propósitos y retos del Estado español

La Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, aprobada por el Consejo de Ministros, de 3 de mayo de 2022, recoge las recomendaciones del Comité relativas a la prohibición de los internamientos y tratamientos forzados por motivos de discapacidad, así como la eliminación del uso de medidas de contención y el establecimiento del consentimiento libre e informado en todos los procedimientos relacionados con la salud, poniendo especial atención en los sistemas de salud mental²⁴. La Estrategia, que delimita tres ejes de actuación²⁵, formula en el EJE 2, relativo a la autonomía personal y vida independiente, el objetivo de “eliminar la institucionalización forzosa y los tratamientos forzados por motivo de discapacidad, con especial atención a la situación de las personas mayores de edad”²⁶. Sin embargo, para su consecución desarrolla como “línea de actuación” el mero estudio de posibilidades de reforma del art. 763 LEC, y ello dieciséis años después de la ratificación de la CDPD. De esta forma, la Estrategia establece que corresponde al Ministerio de Justicia estudiar las posibilidades de modificación –que no derogación– del art. 763 LEC a fin de asegurar medidas alternativas al ingreso y que las intervenciones –que seguirían existiendo– se basen en el respeto de los derechos humanos²⁷. También propone la documentación de los internamientos y tratamientos forzados, cuyo responsable sería el Ministerio de Sanidad, en colaboración con el Ministerio de

24 *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030. Para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Madrid, Ministerio de Derecho de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2022, p. 31.

25 Delimita tres ejes de actuación (EJE 1: inclusión social y participación; EJE 2: la autonomía personal y vida dependiente, y EJE 3: igualdad y diversidad), un eje motor y uno transversal (Incluye la perspectiva de género, cohesión territorial, sistemas de información, gobernanza y diálogo civil, innovación y desarrollo sostenible). El eje motor, denominado “Ciudadanía Activa y Pleno Ejercicio de los Derechos Humanos” persigue avanzar en la aplicación efectiva del enfoque de derechos de la Convención, superando el modelo asistencial y médico-rehabilitador, y reforzar y poner en marcha nuevas medidas que conduzcan al cumplimiento de la normativa sobre garantía de derechos, igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, así como a la adecuada respuesta antes situaciones de vulneración de estos derechos. *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, cit.

26 *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, cit., p. 59.

27 *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, cit., p. 81.

Derechos Sociales y Agenda 2030²⁸; así como la abstención a la adhesión al Protocolo Adicional del Convenio de Oviedo²⁹.

Como puede observarse, la Estrategia reproduce tímidamente las recomendaciones del Comité, pero no articula mecanismos concretos para llevarlas a cabo, apreciándose una indefinición de líneas estratégicas y la ausencia de vocación real de implantar el modelo social en el ámbito de la salud mental. Se queda en la etapa de las políticas públicas y los principios estratégicos, pero no termina de descender al ámbito de lo jurídico.

1.2. Aplicación e interpretación del art. 763 LEC tras la ratificación de la CDPD y la entrada en vigor de la LAPD

El art. 96.1 CE dispone que los tratados válidamente celebrados por España, una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno. De forma que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho internacional. Desde su publicación, la CDPD fue incorporada al ordenamiento jurídico español, lo que impide la aplicación de normas internas que conculquen el tratado. Y, en caso de conflicto entre la norma interna e internacional, no será aplicable el precepto nacional, en este caso, el art. 763 LEC.

Aunque el Estado español había ratificado, con anterioridad, otro tratado internacional sobre derechos humanos, el CEDH, éste no regula expresamente los derechos de las personas con discapacidad. De ahí que también sea de aplicación la regla relativa a la especialidad³⁰. De forma que, dos principios, *Lex posterior derogat legi priori* y *Lex specialis derogat legi generali*, determinarían la aplicación de los arts. 12, 14 y 19 CDPD, por ser el texto internacional una norma posterior y especial.

Por último, nos queda hacer referencia al principio *pro persona*– mencionado brevemente en el capítulo anterior –, un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir, bien a la norma más amplia, bien a la

²⁸ *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, cit., p. 81.

²⁹ *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, cit., p. 81.

³⁰ TORRES COSTAS, María Eugenia, “Capacidad jurídica e ingresos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018”, en RUDA GONZÁLEZ, A., y JERTE DELGADO, C. (dirs.), *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Institute*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 271-290.

interpretación más extensiva respecto del reconocimiento de derechos protegidos³¹. Este principio informa el derecho de los derechos humanos, que persigue favorecer siempre a la persona. De esta forma, ofrece posibles soluciones a los conflictos normativos o interpretativos que puedan presentarse en materia de derechos humanos, reduciendo los espacios de arbitrariedad judicial. Un principio que exige fundamentar la solución más favorable a través de interpretaciones y argumentaciones individuales, caso por caso, desterrando la idea de que “lo más favorable es evidente y reconocido intuitivamente”³².

Además, este principio está recogido en el art. 53 CEDH:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

Y en el art. 4.4 CDPD:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

Por todo lo expuesto, los tribunales españoles deben interpretar el art. 763 LEC conforme a la CDPD, y ello a pesar de la línea jurisprudencial seguida por el TEDH, afín al paradigma médico-rehabilitador que la CDPD pretende derogar³³. No obstante, como hemos dicho en otro lugar de este mismo trabajo, entendemos que la ratificación de la CDPD por la Unión Europea también obliga al TEDH a seguir este criterio interpretativo, aunque hasta la fecha se

31 MATA QUINTERO, Gerardo, “El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones constitucionales*, nº 39, juli/dic 2018. doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12654

32 MATA QUINTERO, “El principio pro persona, cit.

33 TORRES COSTAS, “Capacidad jurídica e ingresos involuntarios de las personas, cit.

esté mostrando reticente a realizar una lectura del CEDH en sintonía con la CDPD, como vimos en páginas anteriores³⁴. El modelo social de la discapacidad “desafía la creencia que la autonomía personal solo se puede ejercer individualmente, reconociendo la naturaleza interdependiente del proceso de decisión”³⁵. Así pues, el apoyo elimina las barreras que se producen cuando la persona con discapacidad interactúa con la sociedad. Para ello es preciso desvincular la noción de sujeto de derechos de una idea de capacidad asimilada a la expresión autónoma de la voluntad, entendiendo que la capacidad es inherente a todo ser humano. Lo que nos llevaría a una nueva interpretación del art. 763 LEC, pues el precepto cuestiona la capacidad a través de un diagnóstico psiquiátrico, impidiendo el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas diagnosticadas. De forma que, en tanto no se lleve a cabo la necesaria reforma o derogación del art. 763 LEC, es preciso aplicar el precepto conforme a la CDPD y a la LAPD.

Tal interpretación significa que, en definitiva, solo hay cabida para los ingresos voluntarios, lo que implica la obligación de prestar los apoyos precisos en aquellos supuestos en los que la persona tuviera dificultad para elaborar o emitir su voluntad. En este sentido, señala Eugenia Torres Costas que el art. 763 LEC solo puede ser entendido como cauce procesal para interpretar la voluntad de la persona, en aquellos casos en los que no hubiese podido transmitir su voluntad de forma comprensible para los demás³⁶. En consecuencia, el procedimiento estaría orientado a la obtención de las pruebas necesarias para que la autoridad judicial constate que la medida es conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, en lugar de para confirmar la existencia de un diagnóstico psiquiátrico.

Por lo tanto, el art. 763 LEC no estaría orientado a autorizar el ingreso sino a confirmar que la persona ha sido debidamente informada y, mediante los apoyos facilitados, ha confirmado su voluntad de ingresar prestando consentimiento para su ingreso en el centro³⁷. Sobre el carácter involuntario, solo podría referirse al momento previo del proceso, en el que la persona aún no

34 GARCÍA RUBIO, “Las primeras resoluciones del Tribunal Supremo, cit., p. 571.

35 PORXAS ROIG, M. Àngels, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 103, septiembre-diciembre, 2018, pp. 355-379, esp. 369.

36 TORRES COSTAS, “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios, cit., p. 281.

37 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 425.

ha recibido el apoyo preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica, orientándose el proceso a la averiguación de su voluntad³⁸.

Por supuesto, el primer cambio debería observarse en el informe del facultativo, que debería adoptar un formato menos funcional y valorar elementos del contexto social de la persona que constaten, por ejemplo, la ausencia o presencia de apoyos³⁹. Por último, la exploración, que hasta la fecha se limita a constatar el diagnóstico del informe, debe evolucionar hacia un modelo de entrevista orientada a conocer la voluntad de la persona y a garantizar que esté apoyada en todo momento.

1.3. Propuesta de *lege ferenda*

A la vista de todo lo expuesto, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluida la mental y psicosocial, requiere la supresión de los regímenes y mecanismos basados tanto en la toma de decisiones sustitutiva⁴⁰ como en la imposición forzosa. Una vez desaparecida la incapacitación civil, nadie puede sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, ni siquiera en los supuestos excepcionales, como vimos en el capítulo anterior; tampoco la autoridad judicial, lo que hace totalmente incompatible el art. 763 LEC con el nuevo modelo social de discapacidad.

En consecuencia, para que determinados derechos reconocidos en la CDPD sean plenamente efectivos, deben prohibirse los internamientos y tratamientos forzados, autorizados o no por la autoridad judicial, cuando se hagan sobre la base de propia la discapacidad⁴¹, pues constituyen una infracción del derecho a la libertad de la persona (art. 14 CDPD), el derecho a la integridad personal (art. 17 CDPD), y al derecho contra la tortura (art. 15 CDPD). Derechos que son coartados al prescindirse del consentimiento libre e informado de la persona afectada (art. 25 CPDP)⁴². En definitiva, entendemos y esta es la propuesta que lo único sensato es la derogación del vigente art. 763 LEC para

38 TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica*, cit., p. 425.

39 PORXAS ROIG, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico”, cit., p. 371.

40 CRPD/C/GC/1. Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

41 CRPD/C/GC/6. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

42 CRPD/C/GC/6. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

dar paso a un nuevo marco normativo donde los ingresos solo puedan *tout court* ser consentidos por el paciente.

Esto significa que la reforma necesaria en la materia que nos ocupa se aleja absolutamente de la propuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, que, como se ha mencionado antes, suponía un retroceso. Además, dicha reforma requiere de ejes de actuación más valientes y efectivos que los formulados por la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030. En definitiva, creemos que son imprescindibles pasos como los siguientes.

Es necesaria una ley que derogue expresamente el art. 763 LEC, como hiciera en su día la LO 2/2020 con el párrafo segundo del art. 156 CP, que permitía las esterilizaciones no consentidas de las personas con discapacidad⁴³.

Para evitar los temidos vacíos legales, la derogación del art. 763 LEC ha de venir acompañada de una reforma integral del consentimiento otorgado regulado en el ámbito sanitario. Y ello porque las cuestiones relativas a la toma de decisiones en materia de salud han de estar orientadas a la obtención del consentimiento informado, pero nunca pueden implicar la privación de derechos fundamentales. Así, es preciso adecuar la regulación sectorial del consentimiento informado en materia médica a la CDPD y a la LAPD, estableciéndose, como viene haciendo el art. 249 CC respecto a la forma de prestar el apoyo, los criterios que deben tenerse en cuenta cuando el paciente se encuentra con barreras que le dificulten o impidan la formación o manifestación de su auténtica voluntad.

En este momento, la normativa reguladora del consentimiento informado se limita a indicar quiénes están llamados a sustituir al paciente en los llamados casos de “incapacidad”, sin establecer prelación entre ellos⁴⁴, ni los criterios que deben seguir los “representantes” a la hora de consentir o rechazar un tratamiento médico, salvo por la parca referencia al mejor interés del paciente (art. 9.5 LBAPIDC). Todo ello, desde el modelo sustitutivo de

43 PRADOS GARCÍA, Celia, “La necesaria erradicación de la esterilización no consentida, cit.

44 La ausencia de prelación o jerarquía entre las personas llamadas a “sustituir” al paciente han desencadenado numerosas situaciones en las que se manifiestan posiciones contrarias entre los propios familiares o allegados, sin que la norma aporte criterios para la resolución de conflictos. GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Best interest vs. Substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 64, fasc/mes 1, 2011, pp. 31-67.

la voluntad que la LAPD ha derogado por el Código Civil, tras instaurar el modelo social de la discapacidad, y que ahora ha de ser trasladado a la normativa sanitaria. De forma que, si una persona tiene dificultades para formar o expresar su voluntad en un asunto relativo a su salud, el modelo social obliga a ofrecerle los apoyos –colaborativos y no sustitutivos– que necesite. Así, para superar la barrera originada al interactuar la persona con la sociedad, se requiere únicamente de la activación del sistema de apoyos, que no la imposición de medidas coercitivas, ni la regulación de un supuesto específico para trastornos psiquiátricos, que no tiene cabida en el art. 12 CDPD.

Imaginemos que, ante la indicación médica de un ingreso o un tratamiento determinado, la persona afectada tiene dificultades para conformar o expresar su voluntad. Y puede tener dificultades para la toma de decisiones por un abanico amplísimo de circunstancias. Así, la persona puede encontrarse en un estado de intoxicación etílica, puede haber sufrido un coma diabético, un accidente cerebrovascular, una infección causada por desnutrición, y, sí, también puede estar sufriendo un brote psicótico. En cualquiera de estos casos, es preciso activar el sistema de provisión de apoyos para tomar la decisión de aceptar o rechazar la medida prescrita. Pero para ello es preciso distinguir varias situaciones.

En la primera, la persona dispone de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Bien porque otorgó un poder preventivo o hay constancia de una declaración de voluntad anticipada que resuelve la cuestión; bien porque acude acompañada de la persona que viene ejerciendo una guarda de hecho o una curatela. Para este tipo de situaciones, la reforma de la normativa sanitaria deberá integrar el modelo social de la discapacidad y los distintos mecanismos de apoyo previstos por el legislador. De forma que, quien preste el apoyo no decida lo que es mejor para la otra persona, sino que su actuación se limite a facilitar la comprensión de la información recibida, explicándole los pros y los contras de la decisión, ayudándola en su comunicación con terceros y, muy especialmente, a conformar y expresar su voluntad por sí misma⁴⁵. De esta forma, no solo se garantiza el respeto a su autonomía, sino que se contribuye al fortalecimiento de la resiliencia de las personas con discapacidad psicosocial⁴⁶. En el supuesto de los denominados “casos límite o difíciles”, la

45 SZMUKLER, G. y KELLY, B. D., “We should replace conventional mental health law with capacity-based law”, *British Journal of Psychiatry*, 209 (06), 2016, pp. 449– 453. <https://doi.org/10.1192/bjp.bp.116.191080>

46 ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica” en

persona que presta el apoyo tendrá que reconstruir la denominada “voluntad hipotética”, teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona, es decir, valores, filosofía vital, religión y opinión ante supuestos similares⁴⁷. De modo que se rompe el criterio dominante que ha venido vinculando voluntad a capacidad (mental), frente a un modelo social en el que la fase de comprensión y transformación de la información se puede lograr a través de otra persona, la que presta el apoyo, con los ajustes razonables⁴⁸.

Imaginemos ahora el supuesto en el que la persona tiene dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica, también en la toma de decisiones médicas o relacionadas con su ingreso en una institución de salud mental o de otro tipo, y no dispone de apoyos o se desconoce su existencia. Conviene recordar aquí que el modelo social implica dos obligaciones para los Estados. La primera, de naturaleza negativa, de no intervenir en la esfera de poder autónomo de la persona. La otra, que implica una acción, orientada a crear un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Así, se requiere del desarrollo de políticas públicas para una estructura sanitaria adecuada, especialmente en el ámbito de la salud mental, que garantice que todas las personas tomen sus propias decisiones. Un sistema sanitario que ofrezca apoyos a quien no dispone de ellos, porque el contexto social incide directamente en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Por último, es preciso contemplar el supuesto en el que la persona que presta el apoyo decide una opción médica no indicada o contraria a la indicada por el facultativo⁴⁹, poniendo en peligro la salud de la persona necesitada

BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 119-145, esp. 142.

47 GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Best interest vs. Substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 64, fasc/mes 1, 2011, pp. 31-67, esp. 40.

48 BACH, Michael, “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal, cit., p. 115.

49 Como ejemplo paradigmático aún tenemos reciente la repercusión que tuvo la negativa de familiares a la administración de la vacuna frente al covid-19 en las residencias geriátricas. El argumento común se sustentaba en la desconfianza hacia la nueva vacuna y en el hecho de que los centros ocupasen un lugar preferente en los protocolos de vacunación, careciéndose de datos suficientes sobre posibles efectos secundarios. Los directores de los centros, que consideraron que esta decisión vulneraba el derecho a la salud, no solo de los residentes concernidos sino también de los demás convivientes en los centros, pusieron en conocimiento del juzgado esta situación. La respuesta judicial resolvió, de

de apoyo. Corresponde al facultativo comunicar la situación a la autoridad judicial, cuya actuación ha de estar orientada a escuchar a la persona con discapacidad en el procedimiento judicial, garantizándole la provisión de apoyos y ajustes razonables para la manifestación o reconstrucción de su voluntad. De forma que la resolución judicial se base en la voluntad real manifestada por el paciente – que debe tener en cuenta las instrucciones previas o voluntades anticipadas–, en su voluntad hipotética o, ante la imposibilidad de concretar ni una ni otra, en criterios médicos objetivos⁵⁰. Debiendo llevarse a cabo su desarrollo conforme a la *lex artis* que tendrá en cuenta, entre otras cuestiones, el alivio de sufrimiento, así como el avance terapéutico que supondría la medida propuesta, respetando en todo momento la dignidad humana⁵¹. Por consiguiente, en ausencia de declaración de voluntad anticipada, ni de posible reconstrucción de la voluntad de la persona, solo quedaría atender al bienestar, la salud y la vida de cualquier paciente, con o sin discapacidad. De forma que, en caso de que una norma jurídica contemple la posibilidad de limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, solo puede admitirse si lo hace aplicando los mismos criterios a todas las personas, sin que en ningún caso la negación de la capacidad jurídica pueda basarse en la discapacidad⁵², tal y como viene reconociendo el art. 763 LEC.

Somos conscientes de las dificultades que conllevan las decisiones médicas, en especial las relacionadas con el final de la vida⁵³ o con otras circunstancias límite, en las que el Derecho tiene que tener en cuenta las concepciones éticas, sociales, religiosas, sobre todo, de la persona afectada. De ahí que

forma sumaria, al entender que prevalecía el derecho a la salud del paciente, autorizando la vacunación de las personas mayores ingresadas. TORRES COSTAS, María Eugenia, “La vacunación contra el Covid-19 de persona mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales”, *Diario la Ley*, nº 9789, 2021.

50 TORRES COSTAS, “La vacunación contra el Covid-19 de persona mayores residentes, cit.

51 El avance terapéutico debe articularse en torno a la recuperación funcional, la calidad y duración de la vida, pues la mera prolongación de la vida, sin esperanza de recuperación, es un criterio de rango inferior al bienestar físico, la ausencia de dolor y la calidad de la vida. GÓMEZ-ALLER, , “Best interest vs. Substituted judgment, cit., p. 44.

52 CRPD/C/GC/1. Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

53 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. BOE núm. 72, de 25 de marzo, de 2021, pp. 34037 a 34049.

no haya cabida para las valoraciones subjetivas ni personales de familiares, allegados o del propio facultativo que vaya a tomar la decisión, ni de la autoridad judicial a la que corresponde garantizar los derechos fundamentales de la persona con discapacidad. En definitiva, la persona que preste el apoyo con funciones de representación en el ámbito sanitario, debe ceñirse, en primer lugar, a la voluntad emitida por el paciente, en defecto de ésta deberá reinterpretar su voluntad hipotética, y, solo cuando no sea posible conocer la voluntad, habrá de atenderse a criterios objetivos. Estos criterios, que deben ser delimitados urgentemente por la normativa sanitaria, servirán para resolver la posible colisión de derechos fundamentales de la persona, con o sin discapacidad.

A fin de cuentas, en el modelo social de la discapacidad no hay cabida para la adopción de decisiones sobre una etiqueta psiquiátrica que, además de resultar perniciosa para la relación terapéutica, contribuye al estigma y a la discriminación de los usuarios de la salud mental⁵⁴. Por ello corresponde al poder legislativo desarrollar una ley que garantice el consentimiento libre e informado y prohíba el uso de medidas coercitivas en el ámbito de la salud mental, incluido el internamiento y cualquier otro tipo de tratamiento involuntario. Una reforma (necesaria) que debe tener en cuenta un marco jurídico que garantice la disponibilidad, accesibilidad, adecuación y asequibilidad de los apoyos requeridos por la persona con discapacidad, que han de tener carácter voluntario y respetar los derechos y la dignidad de la persona que los precise y reclame.

La derogación del art. 763 LEC no debe provocar un vacío normativo insostenible por el sistema social y jurídico si viene acompañada de una reforma integral de la legislación sanitaria, que solo podría establecer una regulación específica para los usuarios de salud mental para garantizar la toma de decisiones de manera autónoma, evitando las situaciones de abuso y la estigmatización del paciente⁵⁵. Dicha reforma ha de abordar los conflictos éticos de la práctica clínica desde el modelo social de la discapacidad, garantizando los

54 FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, José Luis, *Anorexia nerviosa y Bioética: un estudio con profesionales de la salud mental sobre internamiento involuntario y capacidad del paciente para la toma de decisiones de tratamiento*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2022, p. 247.

55 NOGUERO-ALEGRE, Alexandra; PEREGALLI-POLITI, Santiago, “Alternativas a los internamientos en salud mental: hospitalización domiciliaria desde la perspectiva española y anglosajona”, *Revista de Bioética y Derecho* n° 53, 2021. DOI: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.53.34726>

derechos fundamentales de usuarios y pacientes⁵⁶. En caso contrario, estaríamos aceptando una regulación diferenciada para personas con diagnósticos psiquiátricos, excluyéndolas de la noción de sujeto de derechos.

1.4. Más allá de lo jurídico

A lo largo de estas páginas ha quedado constatado el abandono legislativo de los derechos fundamentales que corresponden a las personas afectadas por problemas de la salud mental. Pocos pondrán en duda que respecto de este colectivo de personas el cambio requerido no es exclusivamente jurídico; nada será eficaz, a menos que la reforma legislativa vaya acompañada del desarrollo de políticas públicas que consigan un cambio del sistema de salud mental y un giro en la percepción que la sociedad tiene respecto de las personas con discapacidad⁵⁷.

1.4.1. Un sistema de salud mental basado en el modelo social de la discapacidad

Urge diseñar estrategias para un sistema de salud mental basado en el modelo social, que promueva el desarrollo de redes de apoyo, tenga como eje estratégico la prevención, garantice el respeto a la voluntad del paciente, ofrezca un servicio de facilitadores que garanticen la autonomía de la persona y se base en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado. En este sentido, adquiere un papel importante la planificación anticipada para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica en situaciones de crisis, pues permite al usuario del servicio plasmar su voluntad y preferencias sobre cómo desea ser tratado en el futuro, cuando sobrevenga la situación crítica. Por ello, es fundamental velar porque la persona elija libremente las instrucciones previas y cuente en todo momento de los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵⁶ Para ello se requiere de la articulación de una red accesible de asesoramiento o asistencia jurídicos gratuitos que respeten la voluntad, deseos y preferencias, en cuya propuesta y diseño deben participar los colectivos de personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan. CRPD/C/GC/6. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/1. Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

⁵⁷ NN.UU. A/HRC/40/54. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 11 de enero de 2019, párrafo 81.

Asimismo requiere de acciones positivas del Estado, que garanticen la provisión de servicios de calidad que potencien la autonomía de las personas, evitando el ingreso forzoso en instituciones o centros asistenciales⁵⁸. Así como del desarrollo de alternativas que protejan los derechos fundamentales de los usuarios de salud mental en un ambiente menos restrictivo, con mayor respeto a su autonomía⁵⁹, que favorezca la implicación del paciente en la gestión del trastorno, así como en la propia recuperación⁶⁰. En varios lugares del mundo se están implantando programas comunitarios no coercitivos como alternativa a la hospitalización que ofrecen un ambiente hogareño, restan importancia a la medicación y ofrecen más contacto con el personal⁶¹. La experiencia en estos casos ha demostrado la reducción del número de ingresos involuntarios.

Resulta obvio que esto requiere del desarrollo de una estrategia gubernamental que dote de personal y recursos a los servicios de salud mental, aunque se han publicado estudios que evidencian que la disminución de la coerción es económicamente rentable, pues se traduce en una disminución de las bajas laborales, reducción de litigios e incluso indemnizaciones por los daños causados⁶².

En este sentido, surgen nuevas corrientes de pensamiento de la Psiquiatría que enfatizan el componente social de las circunstancias de la persona

58 Sostiene Patricia Cuenca que esta estrategia debe ofrecerse como una tercera alternativa al trágico dilema que supone el tener que elegir entre el ingreso involuntario y el abandono de la persona a su suerte. Véase: CUENCA, *Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad*, cit., p. 125.

59 Se ocupa del estudio del modelo anglosajón de hospitalización domiciliaria, como alternativa al ingreso involuntario, y evidencia la reducción de ingresos involuntarios. Los autores parten de una valorización de los ingresos domiciliarios puestos en marcha durante la crisis sanitaria provocada por el covid-19 que, lamentablemente no se extendió a la salud mental. NOGUERO-ALEGRE y PEREGALLI-POLITI, “Alternativas a los internamientos en salud mental, cit.

60 HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, *La locura*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2014, p. 104.

61 NOGUERO-ALEGRE y PEREGALLI-POLITI, “Alternativas a los internamientos en salud mental, cit. OBUAYA, STANTON, y BAGGALEY, “Is there a crisis about crisis houses?”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 106, nº . 8 (2013), pp. 300 a 302.

62 INCHAUSPE ARÓSTEGUIE, José Antonio, “Actualidad en coerción y asistencia en salud mental: de la pugna declarativa al impulso de alternativas”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol.39, nº 136, 2019. DOI: <https://dx.doi.org/10.4321/s0211-57352019000200001>

al interrelacionar con los demás, al tiempo que huyen del diagnóstico como elemento exclusivo y excluyente. Estos autores defienden el reconocimiento de la individualidad de la persona en un entorno clínico que debe proporcionar confianza y diálogo, además de seguridad, para entender sus vivencias y conflictos. Y lo hacen desde perspectivas relacionales para el desarrollo de una clínica colaborativa⁶³. Apelan, además, al trabajo en red de profesionales con el propósito de compartir experiencias de buenas prácticas orientadas a la eliminación de la coerción, abordar las dificultades detectadas y “contribuir a una cultura profesional en la que la coerción no sea una opción”⁶⁴.

Asimismo, conviene hacer referencia a la necesaria redefinición de la toma de decisiones en los recursos institucionales. Las decisiones personales abarcan todos los aspectos de la vida de una persona, desde los horarios, la rutina y el propio estilo de vida. Por el contrario, el modelo de institucionalización actual impone una forma de vida determinada, conlleva el aislamiento y la segregación respecto de la comunidad, la ausencia de control sobre las decisiones cotidianas, la imposibilidad de elegir con quién se vive, la rigidez de una rutina pautada que desoye la voluntad, deseos y preferencias de la persona desde un enfoque paternalista⁶⁵. En este sentido, se ha pronunciado el Comité que considera esencial una reforma estructural del modelo institucional, que requiere del diseño de estrategias, planes de acción y dotación de recursos suficientes que permita sustituir la vida institucionalizada por una independiente. Además, recalca la obligación de “poner en libertad a todas las personas que están confinadas en contra de su voluntad en servicios de salud mental u otras formas de privación de libertad específicas de la discapacidad”⁶⁶.

1.4.2. Se necesita un cambio de conciencia social

Hay que concienciar a la sociedad en general, y en particular a los responsables de formular políticas públicas, al funcionariado, a los proveedores de

63 VALVERDE EIZAGUIRRE, Miguel Ángel e INCHAUSPE ARÓSTEGUI, José Antonio, “El encuentro entre el usuario y los servicios de salud mental: consideraciones éticas y clínicas”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 37, nº 132, pp. 529-552.

64 INCHAUSPE ARÓSTEGUIE, “Actualidad en coerción y asistencia en salud mental, cit.

65 CRPD/C/GC/5. Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

66 CRPD/C/GC/5.

servicios, al sector privado, muy especialmente a los medios de comunicación⁶⁷, a las propias personas con discapacidad y a sus familias, del derecho de las personas a la libertad y a tomar sus propias decisiones, y ello requiere una lucha contra los estereotipos negativos sobre los que se ha configurado la discapacidad, especialmente la psicosocial.

Urge “cambiar la narrativa pública sobre la violencia y las personas con discapacidad psicosocial”⁶⁸. Los centros de educación han de estar llamados a contribuir al cambio, en especial las universidades, promoviendo la investigación y el diseño de líneas de trabajo colaborativo entre las facultades de Medicina, Enfermería, Derecho y Trabajo Social, incluso a través de la transferencia a la sociedad de estudios que reflejen el cambio social que impone la Convención⁶⁹.

Se requiere del necesario cambio de mentalidad, no solo de los profesionales que atienden a las personas que necesitan apoyo en la toma de decisiones, sino de la sociedad en general, que debe concebir a la persona con discapacidad desde la dimensión de la ciudadanía plena, que no como sujeto cuya capacidad se ve limitada por una enfermedad. Así como del desarrollo

67 El Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad advierte del aumento del estereotipo de la peligrosidad por la cobertura negativa de los medios de comunicación, que empatizan los antecedentes psiquiátricos de autores de delitos o especulan sobre diagnósticos no tratados. Véase: NN.UU. A/HRC/40/54, párrafo 27. Titulares como “El atacante de Algeciras recibió tratamiento psiquiátrico en Marruecos y carecía de antecedentes penales y policiales en su país”, publicado en *El País* el pasado 28 de enero de 2023, o el de “Si Yassine Kanjaa no es un psicótico paranoide, lo parece mucho”, publicado en <https://www.epe.es/es/sucesos/20230129/yassine-kanjaa-psicotico-paranoide-atentado-algeciras-82156963>, disparan el estereotipo de la peligrosidad de las personas con un diagnóstico psiquiátrico.

68 NN.UU. A/HRC/40/54, párrafo 27.

69 Sirvan a modo de ejemplo dos iniciativas llevadas a cabo con estudiantado de titulaciones jurídicas: Proyecto de Innovación Docente (2022-3-4002) “El necesario cambio de mentalidad en la formación del jurista tras la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”. Coordinado por Celia Prados García y financiado por la Universidad de Córdoba en la modalidad 3: proyectos de innovación que impulsen la igualdad de género y la atención a la discapacidad en la docencia universitaria (curso 2022/23). Proyecto “DE TÚ A TÚ”. Formación personalizada sobre derechos para personas con discapacidad que tienen una sentencia de modificación de la capacidad. Coordinado por Liber. Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones y financiado por el Ministerio de Educación y Formación Profesional. Resolución de la Secretaría de Estado de Educación publicada en el BOE el 26 de mayo de 2021 con la siguiente referencia: BOE-B-2021-26573.

de medidas de sensibilización y concienciación de los distintos sectores de la sociedad, sobre el alcance, contenido y consecuencias de los derechos a la no discriminación y a la igualdad de todas las personas con discapacidad⁷⁰. Y ello implica trabajar desde la deconstrucción del estigma asociado al diagnóstico psiquiátrico, basado en estereotipos negativos que justifican algo, tan injustificable, como es la violación de los derechos fundamentales de personas que son, además, especialmente vulnerables.

⁷⁰ GC/6. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación. En este sentido se pronuncia también Patricia CUENCA: *Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad*, cit., p. 125.

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, Salomé, “Firma y ratificación del Convenio de la Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 2000: un reto pendiente para España”, en *Guía prácticas de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Ley 8/2021, de 2 de junio. Normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2021, pp. 325-328.
- AHMED, Tawhida; BUTLER, Israel de Jesús, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *EJIL* (2006), Vol. 17 No. 4, 771–801 doi: 10.1093/ejil/chl029.
- AGUILAR HENDRICKSON, Manuel, “La huella de la beneficencia en los Servicios Sociales”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, N° 48, 2010, pp. 9-16.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. Mercedes, “El régimen de la ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la ley 8/2021, de 2 de junio”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 497-520.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 493-559.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad”, *Actualidad civil*, n° 6, 2021.
- ALEMANY GARCÍA, Macario, “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación n° 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 201-222.
- , “Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual”, *Práctica de tribunales* n° 145, julio-agosto 2020.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “El tratamiento de los delincuentes enajenados en el siglo XIX (I. El tratamiento de los locos y de la locura desde principios del siglo XV hasta finales del siglo XIX)”, *Estudios penales y criminológicos XXXI*, vol. 42, 2022, pp. 1-43, <https://doi.org/10.15304/epc.42.8318>
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, “Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

- vil”, en CUENCA CASAS, Matilde; ANGUINTE VILLANUEVA, Luis Antonio; ORTEGA DOMENECH, Jorge (coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 29-42.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Primera sentencia del tribunal supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre”, *Revista Boliviana de Derecho* Nº 33, enero 2022, pp. 778-799.
- ANGUITA OSUNA, José Enrique, “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la Ley de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de ejecución de 1852”, *Aportes. Revista de Historia Contemporánea*, vol. 34, núm. 99, 2019.
- ANTÚNEZ ALMAGRO, Carmen, “Los internamientos en personas con demencia”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín y LECIÑENA IBARRA, Ascensión (coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Cizu Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 21-29.
- APARICIO BASAURI, Víctor, “Contención mecánica”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021, pp. 90-92.
- APPELBAUM, P.S., “Salvando la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades de la ONU – de sí misma”, *World Psychiatry* [edición en español], 17/1, 2019, pp. 1-2.
- ARENAL DE GARCÍA, Concepción, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1927.
- ARIAS GARCÍA, Juan Antonio, “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, nº 2016, 2006, pp. 2697-2736.
- ARNAU MOYA, Federico, “Aspectos polémicos de la ley de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista boliviana de derecho* nº 33, 2022, pp. 534-573.
- ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio, “Los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico: apuntes para una historia normativa inacabada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2018, pp. 201-218.
- ARSUAGA CORTÁZAR, José, “De la incapacitación al proceso de constitución de apoyos para las personas con discapacidad. Claves de la Ley de Reforma 8/2021, de 2 de junio (SP/DOCT/109548), *Guía prácticas de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Ley 8/2021, de 2 de junio. Normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2021, pp. 305-320.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios y sociosanitarios*, Granada, Comares, 2000.

- BACARIZA VARELA, Francisco, “El problema manicomial de Conjo”, *El Eco de Santiago*, 1932.
- BACH, Michael, “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la capacidad para la toma de decisiones”, BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 83-115..
- BARBA, Vincenzo, “La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Cubana de Derecho*, vol.1, n° 1, enero-julio, 2021, pp. 274-307.
- BARIFFI, Francisco José “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (dir.), *Hacia un nuevo derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, pp. 353-390.
- BARRADA RODRÍGUEZ, Alfonso, *La protección social en España hacia 1845*, Bilbao, Fundación BBVA, 2001.
- BARRANCO AVILÉS, M^a Carmen, “Democracia, sufragio universal y discapacidad”, *IgualdadES*, año n° 1, n° 1 (2019), pp. 187-203.
- BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá V*, 2012, pp. 53-80.
- BARRIOS FLORES, Luis Fernando, “Derechos Humanos y salud mental en Europa”, *Norte de salud mental*, vol. VIII, n° 36, 2010, pp. 55-67.
- , “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, Ene-Jun, 2012, pp. 31-56.
- BELL, Kirsten, “Thwarting the diseased will: Ulysses contracts, the self and addiction”, *Culture, Medicine, and Psychiatry*. 2015;39(3): pp. 380–398 en LUNDAHL A, HELGESSON G, JUTH N., “Against Ulysses contracts for patients with borderline personality disorder”, *Med Health Care Philos*, 2020 Dec; 23(4):695-703. doi: 10.1007/s11019-020-09967.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La marginación de los locos y el derecho*, Madrid, Madrid, 1976.
- , “Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 34/2016, de 29 de febrero de 2016”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 101, 2016.

- , “Sobre la ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, pp. 15-72.
 - , “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 118, 2022.
 - , “Decálogo para los internamientos involuntarios urgentes por trastornos psiquiátricos”, *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, n° 7 (noviembre), 2012, pp. 17-22.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 28, 2014, pp. 263-309.
- , “Sentencia 29 febrero 2016. Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario”, *Revista Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 101, 2016, pp. 565-580.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n° 17, junio 2022, pp. 426-497.
- , “Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 794, 2022, pp. 3219-3286.
- BIEL PORTERO, Israel, “El primer Tratado de Derecho Humanos celebrado por la Unión Europea: la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 21, 2010, pp. 1-16.
- BLANDINO GARRIDO, Amalia, “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 401-460.
- BOOTH GLEN, Kristin, “Introducing a new human right: learning from others, bringing legal capacity home”, *Columbia Human Rights Review*, 2018, pp. 2-98.
- , “Una revisión crítica de las reformas en materia de capacidad jurídica en los Estados Unidos”, BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 219-256.

- BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio, “La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 95, nº 776, 2019, pp. 2783-2804.
- BREGAGLIO, Renata, “Nadie dijo que sería fácil. Los problemas en la aplicación del modelo social de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Tendencias jurisprudenciales da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Porto Alegre, 2020.
- BROGNA, Patricia, “El nuevo paradigma de la discapacidad y el rol de los profesionales de la rehabilitación”, *El Cisne*, 2006, pp. 7-12.
- BUCHHALTER-MONTERO, Brian, “La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos”, *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 17, junio 2022, pp. 150-171.
- BURGOS BORDONAU, Esther, “Repertorio de la legislación social y educativa entre 1822 y 1938 y su incidencia en la enseñanza de las personas ciegas”, *Cuadernos de historia del derecho*, nº 13, 2006, pp. 261-279.
- BUSTOS VALDIVIA, “Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la LOPJM de 15 de mayo de 1996”, *AC*, nº 35, 2000.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. IV, 2012.
- CALAZA LÓPEZ, Alicia, “Apoderar para empoderarse”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 191-230.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, “El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº 2, 2007, pp. 175-226.
- , “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 88-105.
- , “Hitos estructurales de la discapacidad”, *Actualidad Civil* nº 10, octubre 2022.
- , “Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 53-85.
- , “Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” procesales para único abrigo sus-

- tantivo?”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 617-643.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya, *Discapacidad: internamientos y medidas de apoyo*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021.
- CANDELA RAMÍREZ, Ruth, *El Manicomio Nacional de Leganés en el primer tercio del siglo XIX (1900-1931). Organización asistencial, aspectos demográficos, clínicos y terapéuticos de la población internada*, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- CANDELA, Ruth y VILLASANTE, Olga, “Lo que es, fue y será el Manicomio de Leganés: un proyecto de reforma de José Salas y Vaca (1911-1929)”, *Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 41, n° 140, 2021, dx.doi.org/10.4321/s0211-57352021000200010
- CANIMAS BRUGUÉ, Joan, “Decidir por el otro a veces es necesario”, *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas* (39), 2016, pp. 13-30.
- CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “La “administrazione di sostegno” italiana como medida de protección de las personas con discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n° 17, junio 2022, pp. 302-309.
- CARMONA CONTRERAS, Ana, “¿El nivel o los niveles de protección de los derechos fundamentales en el Espacio Europeo? A vueltas con el artículo 53 de la Carta”, en CARMONA CONTRERAS, Ana (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 201-222.
- CARRASCO PERERA, Ángel, “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 42, 2022.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, “Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad jurídica”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 97, 2021, pp. 32-37.
- , “Entrevista a Almudena Castro-Girona Martínez”, *Índice: Revista de Estadística y Sociedad*, n° 85, 2022 (Ejemplar dedicado a inclusión y dependencia (II)), pp. 7-11.
- y CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022.
- CERMI, *Poner fin a la esterilización forzada de las mujeres y niñas con discapacidad*, Ediciones Cinca, 2018.
- CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004.

- CLAUSEN, Judy A., “Making the Case for a Model Mental Health Advance Directive Statute”, *Yale J. Health Policy Law & Ethics* 14/1, 2014.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, “Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, n° 113, pp. 77-90.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, 1988.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España valorando el borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios*, 2019. Recuperado de: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20valorando%20el%20Borrador%20del%20Protocolo%20Adicional%20respecto%20a%20ingresos%20y%20tratamientos%20involuntarios.pdf>
- CONSEGLIERI, Ana, *El Manicomio Nacional de Leganés en la posguerra española (1939-1952). Aspectos organizativos y clínicos asistenciales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2013.
- CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BREGAGLIO LAZARTE, Renata Anahí, “Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado”, BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 521-550.
- CORTADA CORTIJO, Neus, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo”, *Actualidad Civil* n.º 1, enero 2022, n° 1.
- CRAIGE, Jillian; BACH, Michael; GURBAI, Sándor; KANTER, Arlene; KIN, Scott Y.H.; LEWIS, Oliver; MORGAN, Graham, “Legal capacity, mental capacity and supported decision-making. Report from a panel event”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol.62, 2019, pp. 160-168. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2018.09.006>.
- CRESPO, Manuela; CAMPO, Manuel; VERDUGO, Alonso, “Historia de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF): un largo recorrido”, *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 34 (1), núm. 205, 2003, pp. 20-26.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos, “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2000.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR 10*, diciembre 2012, pp. 61-94.

- , “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), octubre-diciembre, 2012, pp. 103-307.
- , *Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad: la cuestión de los internamientos involuntarios*, Madrid, Dykinson, 2018.
- CUENOT, Marie, “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”, *EMC – Kinesiterapia – Medicina física*, Vol. 39, nº 1, febrero 2018, [http://dx.doi.org/10.1016/S1293-2965\(18\)88602-9](http://dx.doi.org/10.1016/S1293-2965(18)88602-9)
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, “El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 127-160.
- DE MIGUEL ORTEGA, Luis, “Propuesta de Ley Orgánica sobre capacidad dentro del ámbito del derecho sanitario y los derechos fundamentales”, *DS: Derecho y salud*, vol. 29, nº Extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud), pp. 143-153.
- DE SALAS MURILLO, Sofía, “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 96, nº 780, 2020, pp. 2227-2268.
- , “La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos”, *Diario la ley*, nº 9841, 2021.
- , “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos”, *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 17, junio, 2022, pp. 16-47.
- DE TORRES PEREA, José Manuel, “La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 461-492.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la ley*, nº 10021, 2022.
- , “El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 4, 2016, pp. 9-28.
- DEGENER, Theresia, Editors foreword, *International Journal of Law in Context*, vol.13, Special Issue 1 (Legal Capacity and Human Rights), March, 2017, PP. 1-5. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000446>
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo*

- sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, Madrid, 1991.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, “El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 127-160.
- DÍAZ DÍAZ, María-Pía Guadalupe, “Consumidor con discapacidad: entre autonomía, discriminación y justicia administrativa”, *Persona y familia*, 11 (1), pp. 135-161, <https://doi.org/10.33539/perfyfa.2022.n11v1.2569>
- DÍAZ PARDO, Gloria, “Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal”, *Revista de Derecho Civil* vol. IX, núm. 1, enero-marzo, 2022, Estudios, pp. 103-132.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Madrid, s.n., 1975.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2016.
- DONADO VARA, Araceli, “La curatela como clave del sistema de apoyos”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 119-148.
- DUPLÁ MARÍN, María Teresa, “Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 788, 2021, pp. 3768 a 3794.
- DURÁN ALONSO, Silvia, “Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la ley 8/2021”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, julio 2022, pp. 44-71.
- ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, “La capacidad testamentaria de la persona con –discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 521-545.
- ELIZARI URTASUN, Leyre, “Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e

- interés superior de la persona con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, 337-369, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.08>
- , “Ingresos de personas mayores en centros residenciales”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 1, 2018.
- , “Problemática en torno a los internamientos involuntarios urgentes de personas mayores en centros residenciales”, COBACHO GÓMEZ, José Antonio; LEGAL CERVANTES, Francisco, (dirs.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2018, pp. 601-621.
- , “El internamiento asistencial involuntario de personas con discapacidad”, *Actualidad civil*, nº 4, abril 2019, pp. 1-18.
- ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “La autocuratela en el Anteproyecto de ley sobre modificación de Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-diciembre, 2018, pp. 85-119.
- , “Disposiciones transitorias del Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-diciembre, 2018, pp. 227-245.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica” en BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 119-145.
- ESPINOSA IBORRA, Julián, “El sistema sanitario de atención al enfermo mental”, en PEDRAZ GÓMEZ, Santiago (dir.), *Salud Mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad*, CGPJ, noviembre 1994, pp. 91-106.
- FENNELL, Philip; HUGH, William; URFAN, Khaliq, “Conflicting or complementary obligations? The UN Disability Rights Convention, the European Convention on Human Rights and English law”, *European Human Rights Law Review* 2011 (6), pp. 662-674.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio; SALCEDO HERNÁNDEZ, Juan Ramón; AYALA VARGAS, María José; VIQUERAS PAREDES, Pablo, “El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas”, *DS: Derecho y salud*, vol.25, número Extra 1, 2015, pp. 105-111.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, *Diario la ley* Nº 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités”, en C. ESCOBAR FERNÁNDEZ y A.

- PASTOR PALOMAR, *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Madrid, Colección Escuela Diplomática, 2009, pp. 179-198.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, José Luis, *Anorexia nerviosa y Bioética: un estudio con profesionales de la salud mental sobre internamiento involuntario y capacidad del paciente para la toma de decisiones de tratamiento*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2022. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/75045/1/T43446.pdf>
- FERNANDEZ-LÓPEZ, Juan Antonio; FERNÁNDEZ-FIDALGO, María; GEOFFREY, Reed; STUCKI, Gerold; CIEZA, Alarcos; “Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF)”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 83, nº 6, nov/dic 2009, pp. 775-783.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Alfonso, “Atención psiquiátrica en Galicia en el siglo XIX. Crónica sobre la fundación del manicomio de Conxo”, *Revista de Enfermería y Humanidades. Cultura de los cuidados*, nº 62, 2022, <https://doi.org/10.14198/cuid.2022.62.05>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “El internamiento de incapaces presuntos en la reforma del Código Civil por Ley 13/83, de 24 de octubre”, Memoria del Fiscal General del Estado, Madrid, 1985.
- FONGARO, Eric, “La protection des personnes vulnérables en droit français”, *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 17, junio 2022, pp. 260-301.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la locura en la época clásica* II, 3ª ed, 2015.
- FUERTES ROCAÑÍN, José Carlos, “Internamiento y tratamiento ambulatorio involuntario”, *Manual de psiquiatría forense para jueces, fiscales y otros profesionales del Derecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 349-364.
- FUERTES, José Carlos, RODRÍGUEZ, José Luis, FUERTES, Carlos y NARANJO, Jessica, “Necesidad de regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario en pacientes psiquiátricos”, *Diario La Ley*, (9123), 1, 2018.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio, “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 433-460.
- GANNER, Michael; VOITHOFER, Caroline, “The protection of people with disabilities in Austria”, *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 17, junio 2022, pp. 196-229.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “La supresión del segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal, por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad, incapacitadas judicialmente”,

- Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 54, 2021, pp. 57-84.
- GARCÍA DÍAZ, Celia, “El manicomio provincial de Málaga en el primer tercio del siglo XX: la utopía que (no) pudo ser”, *Asclepio. Archivo iberoamericano de Historia de la Medicina y Antropología Médica*, 70 (2), 2018, doi.org/10.3989/asclepio.2018.22
- GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000.
- GARCÍA GOLDAR, Mónica, “Art. 295 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 465-470.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa, “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, en PEREÑA VICENTE, Montserrat y HERAS FERNÁNDEZ, María del Mar (dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 341-386.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 58, 2018, pp. 143-192.
- , “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, nº 3, julio-septiembre, 2018, pp. 173-197.
- , “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.
- , “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 173-197.
- , “Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en GETE-ALONSO CALERA, M^a del Carmen (coord.) *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 39-62.
- , “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, nº 136, 2021.
- , “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les

- prestan apoyo en el anteproyecto de Ley 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”, ATAZ LÓPEZ, Joaquín y COBACHO GÓMEZ, José Antonio (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson-Reuters, 2021, pp. 969-1007.
- , “Apuntes comparativos hispano-portugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, VV.AA., *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde*, 2021, pp. 317-340.
 - , “La capacidad para contratar de las personas con discapacidad”, BLANCO MARTÍNEZ, Emilio (dir.); MORALE MORENO, Antonio Manuel (dir.), *Estudios de derecho de contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 333-358.
 - , “Art. 250 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 221-237.
 - , “Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, nº 1, 2022, pp. 233-245.
 - , “Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre la discrepancia en la exégesis de dos convenios internacionales de derechos humanos”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena; CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 531-572.
 - , “Variaciones sobre la reforma con discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad”, en *Debates en torno a la contractualización del Derecho de familia y la persona*, GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta (dirs.), Ed. Colex, 2023, [en prensa].
 - y MORO ALMARAZ, María Jesús (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022.
 - y TORRES COSTAS, María Eugenia, “Art. 294 CC”, García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 207-219.
 - y TORRES COSTAS, María Eugenia, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en

- el ejercicio de su capacidad jurídica”, *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. I (enero-marzo), pp. 279-334.
- y SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M., PEREA GONZÁLEZ, A., “Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil”, *Diario la ley* nº 9980 (2021).
- y VARELA CASTRO, Ignacio, “Artículo 1302”, García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 645-668.
- GARRIDO Y ESCUÍN, Victoriano, *La cárcel o el manicomio: estudio médico legal sobre la locura*, Madrid, Casa Editorial de José María Faquinetto, 1888.
- GERMÁN URDIOLA, M.J., *Tratamiento involuntario y enfermedad mental*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- GERMÁN, María Jesús, “El proceso de ingreso no voluntario en residencias de mayores”, *AequAlitas*, nº 38, 2016, pp. 35-42.
- GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen, “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, dirigido por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo, Santiago-Chile, Olejnik, 2021, pp. 25-48.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M^a Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 13-37.
- GIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen, “El gobierno socialista y la atención a la salud mental: la reforma psiquiátrica (1983-1986)”, *HAOL*, núm. 27, 2012, pp. 19-28.
- GINÉ y PARTAGÁS, J., “Ensayo Médico-administrativo sobre el ingreso, estancia y salida de los enfermos de la mente en los asilos públicos y privados”, en *Primer Certamen Frenopático Español*, Barcelona: La Academia; Comelles, 1988, pp. 147-172.
- GOFFMAN, E., *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1976.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Best interest vs. Substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 64, fasc/mes 1, 2011, pp. 31-67.
- GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A.: “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *Diario La Ley* nº 10006, 2022.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián, “Régimen de ineficacia contractual en materia de

- discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)”, *Diario la ley*, nº 10064, de 9 de mayo de 2022.
- GOOGIN, Piers Michael, “Mind the Gap: Researching Alternatives to Coercion” in Michael Stein, Vikram Patel, Charlene Sunkel, Faraaz Mahomed (eds.), *Mental Health, Human Rights and Legal Capacity*, Cambridge University Press, 2021, pp. 273-287. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072170>
- GUERRA PÉREZ, Miguel, “Algunas cuestiones sobre los nuevos procedimientos en relación con la curatela de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Guía prácticas de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Ley 8/2021, de 2 de junio. Normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas y jurisprudencia*, Madrid, Sepin, 2021, pp. 329-352.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 32 (2018), pp. 55-94.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Art. 249 CC”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 512-526.
- , “Art. 250 CC”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 527-552.
- , “Art. 268 CC”, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.): *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 679-688.
- , “Arts.287 a 290”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 786-815.
- GUIJA VILLA, Julio Antonio; SÁNCHEZ CARAZO, Carmen; MARTÍNEZ MARROTO, Antonio; GÓMEZ HERMOSO, Rocío, “Mejoras en la administración de justicia para atender a las personas con discapacidad psíquica, psicológica (cognitiva) y a las personas mayores vulnerables. Una visión desde la psiquiatría y psicología forense, la bioética y la gerontología”, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (dir.), DE RADA GALLEGU, Isabel (coord.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2021, pp. 257-270.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales. La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (2), 2018, pp. 836-851.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor. La imprescindible supre-

- sión legal de la Patria Potestad prorrogada y rehabilitada”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 105, Mes 4 (2021), pp. 77-114.
- HERNÁNDEZ, María, “La creación del manicomio de Jaén: reflexiones históricas para la construcción de un discurso social de la atención psiquiátrica”, *Norte de salud mental*, 33, 2009, pp. 87-93.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel; VISPE ASTOLA, Amaia; VALDECASAS CAMPELO, José G., “Apuntes para un acercamiento a la psiquiatría como instrumento político”, *Norte de salud mental*, 2019, vol. XVI, nº 61, pp. 13-21.
- HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel; CAÑETE NICOLÁS, Carlos; PÉREZ PRIETO, Juan Francisco; LERA CALATAYUD, Guillen y GÓMEZ BENEYTO, Manuel, “Evaluación de la eficacia del tratamiento ambulatorio involuntario para reducir la atención hospitalaria”, *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, vol. 3, nº 1,2,3,4, 2010.
- HOYOS SUÁREZ, Sara; GARCÍA BETNACURT, Jorge Mauricio; “La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Público*, nº 38, enero-junio, 2017.
- HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, *La locura*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2014.
- HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, “El discurso de la emancipación: ambigüedades y apropiaciones”, *Cuadernos de Psiquiatría comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021 (Ejemplar dedicado a: Subjetividad, Discurso y Clínica), pp. 37-49
- IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, María, CASADO BLANCO, Mariano, “Internamiento no voluntario del paciente psiquiátrico: normas legales y aspectos críticos”, *Medicina de Familia. Semergen*, vol.44, 2, marzo, 2018, pp. 125-130, <https://doi.org/10.1016/j.semerg.2017.05.004>
- INCHAUSPE ARÓSTEGUIE, José Antonio, “Actualidad en coerción y asistencia en salud mental: de la pugna declarativa al impulso de alternativas”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol.39, nº 136, 2019. DOI: <https://dx.doi.org/10.4321/s0211-57352019000200001>
- JEREZ DELGADO, Carmen, “Los contratos celebrados por personas con discapacidad”, *Actualidad Civil* nº 6, junio 2022, pp. 1-14.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “Las medidas voluntarias en el nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 149-190.
- LAFORA, G.R., PÉREZ VALDÉS, R., BUSQUET, T., “Los manicomios españoles”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 31, nº 4, 2011, [dx.doi.org/10.4321/S0211-57352011000400014](https://doi.org/10.4321/S0211-57352011000400014)

- LALANA CUENCA, José Manuel, “Repensar la contención”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.18, nº 1, 2021, pp. 93-95.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios y asistenciales”, VV.AA., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 51-72.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “El art. 763 LEC según la jurisprudencia constitucional”, en VV.AA., *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 577-599.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos”, *Diario la Ley*, nº 7968, 2012, pp. 1-8.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “La protección de las personas con discapacidad en el derecho chileno”, *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 17, junio 2022, pp. 230-259.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión, “Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, enero-marzo, 2022, pp. 257-293.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión, “Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento”, *Diario la ley*, nº 10063, de 6 de mayo de 2022.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, DE SALAS MURILLO, Sofía, MAYOR DE HOY, M^a Victoria (dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 165-212.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en derecho aragonés”, *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 17, junio 2022, pp. 2386-4567.
- LÓPEZ BARBA, Elena, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, 2020.
- LÓPEZ BARBA, Elena, “El artículo 12 de la Convención y el deber de los estados partes de proteger a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, número Extra 16, 2, 2022 (Ejemplar dedicado a: Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Cesar Massimo Bianca), pp. 668-689.
- LÓPEZ EBRI, Gonzalo, “El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamien-

- to ambulatorio forzoso: historia de una encrucijada”, *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Real Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia, Cuaderno núm. 92, 2019.
- , “El ingreso no voluntario: la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad en los términos del art. 763 LEC y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Estudios jurídicos*, nº 2010, pp. 165-212,
- , “El internamiento no voluntario desde la perspectiva del Ministerio Fiscal”, *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 7-8 de mayo de 2009, pp. 119-160.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier, “La acción social en la Constitución española de 1812 y su posterior legalización a través de medidas de carácter público”, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA)*, nº 10, 2011, pp. 343-382.
- LOPEZ MASÍS, Rocío, “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político institucional. El paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad. Revista de Educación*, 6 (2), 2011, pp. 102-108.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel; PÉREZ RAMOS, Carlos, “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 100, nov-dic 2021.
- LUNDAHL, Antoninette; HELGESSON, Gert; JUTH Niklas, “Against Ulysses contracts for patients with borderline personality disorder”, *Med Health Care Philos*, 2020 Dec; 23(4), pp. 695-703. DOI: 10.1007/s11019-020-09967.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 199-225.
- MARIÑO DE ANDRÉS, Ángel Manuel, “Un nuevo paradigma sustantivo: 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 CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 41-79.
- MARÍN CALERO, Carlos, *La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Barcelona, Aferre, 2022.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario, “La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflictos de intereses e influencia debida en su voluntad”

- en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 467-496.
- MARTÍN CASALS, Miquel, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, SOLÉ RESINA, Judith (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 61-80.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, “El nuevo artículo 1387 CC: su interpretación a la luz de la regulación de la discapacidad de la Ley 8/2021 y propuestas de Lege Ferenda”, *ADC*, tomo LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre, 2021, pp. 1289-1372.
- MARTÍNEZ AZURMENDI, Oscar, “El ingreso involuntario ordinario (no urgente)”, *GOZE*, vol. III, nº 7, octubre 1999.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Compatibilidad del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico con el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad”, MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón; CARRIÓN VIDAL, A., *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- , *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “La participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado. A propósito de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de septiembre”, *Revista de derecho político*, nº 103 (2018), pp. 331-353.
- , “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos”, *Anales de derecho y discapacidad*, nº 6, 2021, pp. 61-84.
- y FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de derecho y discapacidad*, nº 1, 2016, pp. 9-28.
- MARTÍNEZ AZUMENDI, Óscar, “Tradición y reforma psiquiátrica en España desde la perspectiva de las publicaciones periódicas (1920-1989)”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 41, nº 140, 2021.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.); GARCÍA MAYO, M. (dir.), GIL MEMBRADO, C. (coord.), PRETEL SERRANO, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021
- MARSHALL, Pablo, “Consentimiento informado y apoyo en la toma de decisiones: a propósito de las reformas legales en Latinoamérica”, BACH, Michael;

- ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 463-488.
- MATA QUINTERO, Gerardo, “El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones constitucionales*, n° 39, juli/dic 2018. doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12654
- MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, “La incidencia de la reforma estatal en Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales”, *Diario La Ley*, N° 9859, 2021.
- MEDINA ALCOZ, María, “La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021. ¿Un régimen estrictamente novedoso”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 611-645.
- MILANOVIC, Marko, “Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, (2009-2010), 69-131, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=djcil>
- MOLEÓN RUIZ, A., y FUERTES ROCAÑÍN, J.C., “La opinión de los psiquiatras sobre el tratamiento involuntario”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, vol.22, n° 1, 2020.
- MOLINA DE JUAN, Mariel F., “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la Argentina”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n° 17, junio 2022, pp. 172-195.
- MORENO MARÍN, María Dolores, “La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica”, *Diario La Ley*, n° 10107, 2022.
- MORETÓN SANZ, M^a Fernanda, “El guardador de hecho en el sistema de apoyos a las personas con discapacidad: su naturaleza, objeto y anotación registral”, CALAZA LÓPEZ, Sonia y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 81-118.
- , “La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, enero, 2011, pp. 69-87.
- MORO ALMARAZ, María Jesús, “La tramitación legislativa de ley 8/2021”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n° 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 6-17.
- , “Medidas voluntarias de apoyo”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena; CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos

- (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 371-418.
- MUNAR BERNAT, Pedro A., “Art. 287 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 433-442.
- , “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 121-152.
- MUÑOZ ESCANDELL, Irene, “Los internamientos involuntarios a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *A Fondo*, Boletín nº 4, pp. 41-53.
- , “Salud mental, derechos humanos y restricción de la libertad” en MARTÍNEZ PUJALTE, A., MIRANDA ERRO, J., y FLORES, M., *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2019, pp. 133-148.
- NAVARRO-MICHEL, Mónica, “El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial”, *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, 45, 2019, pp. 231-251.
- NIETO ALONSO, Antonia, “Art. 264 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 303-309.
- , “Art. 265 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 310-316.
- NILSSON, A., “Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities”, *Issue Paper, Council of Europe*, Febrero, 2014.
- NOGUERO-ALEGRE, Alexandra; PEREGALLI-POLITI, Santiago, “Alternativas a los internamientos en salud mental: hospitalización domiciliaria desde la perspectiva española y anglosajona”, *Revista de Bioética y Derecho* nº 53, 2021. DOI: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.53.34726>
- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia, “La interpretación jurisprudencial sobre el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *Revista Boliviana de Derecho* nº 30, julio 2020, pp. 76-99.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María, “La aceptación de la herencia y la intervención en la partición”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; PEREÑA VICENTE,

- Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 587-610.
- ORTIZ LOBO, Alberto y HUERTA, Rafael (coords.), *Críticas y alternativas en psiquiatría*, Los libros de la Catarata, 2018.
- ORTIZ TEJONERO, Macarena, “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario la Ley*, nº 10053, 2022.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI nº 6, CERMI, 2008.
- , “Algunas tendencias jurisprudenciales emergentes sobre capacidad jurídica en los territorios latinoamericanos”, BACH, Michael; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp. 149-186.
- PALLARÉS NEILA, Javier, “Guía práctica de defensa letrada ante la práctica de un internamiento involuntario por razón de urgencia”, *Diario la Ley*, nº 9626, 2020.
- , “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 153-171.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta, “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?”, *Diario la Ley*, nº 9773, 2021.
- PAÑOS PÉREZ, Alba, “Esterilización forzosa de mujeres y niñas con discapacidad”, en TOMÁS MARTÍNEZ, Gema Y VIDU AFLORAI, Ana (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 475-495.
- PAU PADRÓN, Antonio, “La reforma de las instituciones de protección”, *OTRO-SÍ. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 8, 2021, pp. 38-41.
- , “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 5-28.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE, Montserrat y HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 155-184.
- , “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 61-83.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Estado de interdicción frente a la discapacidad

- social. Un reto legislativo en México”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n° 17, junio 2022, pp. 310-343.
- PÉREZ LOSA, Lluís, *Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales*, Barcelona, Bosch, 2019.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el art. 753 del Código Civil (A propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español)”, en HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar y PEREÑA VICENTE, Montserrat, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 555-586.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368.
- PÉREZ TORIBIO, Alonso; ROMERO POYATO, Antonio R., ROLDÁN MERINO, Juan F., NASH, Michael, “Spanish mental health nurses’ experiences of mechanical restraint: A qualitative descriptive study”, *J Psychiatr ment Health* n.29, 2021, pp. 688-697. DOI: 10.1111/jpm.12860
- PETIT DE GABRIEL, Eulalia, “Lo prometido es deuda: la Ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José (coord.); CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (dir.), GARCÍA MAYO, Manuel (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwers, 2021, pp. 55-78.
- PONTE HERNANDO, Fernando J., REGO LIJÓ, Isabel; *La locura y el bisturí, I Centenario de don Timoteo Sánchez Freire (1838-1912)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2012.
- PORTER, Roy, *Breve historia de la locura (1946-2022)*, Madrid, Turner, 2003.
- PORXAS ROIG, M. Àngels, “Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, n° 103, septiembre-diciembre, 2018, pp. 355-379.
- , *El dogma de las capacidades y la racionalidad. Un análisis crítico sobre el tratamiento jurídico de las personas diagnosticadas con problemas de salud mental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.
- PRADOS GARCÍA, Celia, “Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Actualidad civil*, n° 11, noviembre, 2021.

- , “La necesaria erradicación de la esterilización no consentida de mujeres con discapacidad desde el marco de los derechos humanos”. *IgualdadES*, año nº 3, nº 5 (2021), pp. 371-399.
 - , “Eficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, 2022 (Ejemplar dedicado a: LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO CONTRACTUAL), pp. 24-45.
 - , “Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado nº 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022”, *Diario la ley* nº 10018 (2022).
 - , “El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34 (2022), pp. 350-371.
 - , “Reforma civil y penal en materia de capacidad jurídica y derechos reproductivos”, VII de *ANALES DE DERECHO Y DISCAPACIDAD. REVISTA CIENTÍFICA DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD*, nº Especial, año VII (2022), pp. 369-383.
 - , “La inaccesibilidad digital como causa de discriminación de las personas con discapacidad”, GARCÍA GOLDAR, Mónica (dir.), NÚÑEZ, José (dir.), *El Derecho ante la tecnología: innovación y adaptación*, Colex, 2022, pp. 43– 62.
 - , “El derecho de visita como instrumento de resolución de conflictos en la guarda de hecho Comentario a la SAP 85/2022, de 14 de febrero”, *Revista Boliviana de Derecho* nº 35, enero, 2023, pp. 540-553.
 - , “La guarda de hecho. Misma denominación, pero distinto modelo”, *Revista de Actualidad Civil*, [en prensa]
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica”, *Actualidad Civil* nº 7-8, julio-agosto 2022, Nº 7, 1 de jul. de 2022.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: reflexiones finales”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 21-42.
- RAMOS POZÓN, Sergio, “Reflexionando sobre las medidas coercitivas en salud mental. Análisis bioético y antropológico”, *Cultura de los Cuidados* (Edición digital), 25(59), 2021, dx.doi.org/10.14198/cuid.2021.59.11
- , “Una propuesta de actualización del modelo bio-psicosocial para ser aplicado a la esquizofrenia”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol.35, nº 127, julio/sep. 2015, dx.doi.org/10.4321/S0211-57352015000300005

- REPRESA POLO, María Patricia, “Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (III): la curatela de los discapacitados”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 309-332.
- RIBOT IGUALADA, J., “La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M^a. V^a. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 215-252.
- RIVEROS FERRADA, Carolina, “La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n^o 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 106-113.
- ROCA TRÍAS, Encarna, NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M., “Art. 299” en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 477-486.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis “El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico”, *Diario la Ley*, n^o 8763, 2016, pp. 1-17.
- ROGEL VIDE, Carlos, “La tutela del deficiente mental”, en DÍEZ-PICAZO, Luis, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Madrid, 1975, pp. 155-231.
- ROIG, Alicia; GONZÁLEZ, Onésimo; DÍEZ, María Eugenia; HERNÁNDEZ MONSALVE, Mariano; LEAL, José, y SANTOS, Fernando, “El tratamiento ambulatorio involuntario: Historia de una obstinación”, *Revista De La Asociación Española De Neuropsiquiatría*, 32(114), pp. 435-440. <http://dx.doi.org/10.4321/S0211-57352012000200018>
- ROMEO CASABONA, “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español” (I) y (II), *Actualidad Penal*, 1991-1 y 1991-2.
- RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, “Medios voluntarios de apoyo. Los poderes preventivos”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena; CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; PÉREZ RAMOS, Carlos (Coords.), *La reforma de la discapacidad* (Volumen I), Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 419-452.
- RUIZ, Carmen, “El hospital psiquiátrico Provincial de Córdoba: estudio de la población manicomial en el período (1900-1940)”, en MARTÍNEZ, Oscar; SA-

- GASTI, Nekane; VILLASANTE, Olga (eds.) *Del pleistoceno a nuestros días. Contribuciones a la historia de la psiquiatría*, Madrid, Asociación Española de Neuropsiquiatría colección Estudios, 2011, pp. 221-235.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, “Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección de interés del discapacitado”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 73-101.
- , “La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado”, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 101-126.
- SABATER BAYLE, Elsa, “La protección jurídica de las personas con discapacidad en el derecho privado de Navarra (anteproyecto de ley foral)”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n° 17, junio 2022, pp. 80-121.
- SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús, *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico. Tratamiento posterior a la aprobación de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria*, Tecnos, 2015.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Ingresos involuntarios civiles: salvaguardias ante el nuevo paradigma en materia de discapacidad*, Madrid, Reus, 2022.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Margarita, “Análisis de la adaptación al Derecho civil del art. 12CDPD”, *Revista Boliviana de Derecho* n° 34, julio 2022, pp. 684-715.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista boliviana* n° 33, 2022, pp. 14-51.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “Cuestiones no resueltas sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad”, *Revista de derecho político* n° 109, 2020, pp. 47-72.
- SANTOS MORÓN, María José, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el art. 763 LEC 1/2000*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002.
- SANTOS URBANEJA, Fernando, “La guarda de hecho tras la Ley 8/2021, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n° 140, 2022, pp. 24-27.
- , *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Marcial Pons, 2021.
- SARAVIA MÉNDEZ, Gregorio, *Las observaciones generales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas explicadas y comentadas*, Ediciones Cinca, 2022.

- SEGARRA CRESPO, María José; ALÍA ROBLES, Avelina; “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021”, *Actualidad Civil* n.º 10, octubre 2021.
- SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”, en MUÑIZ ESPADA, E. (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020, pp. 69-87.
- SHERIDAN-RAINS, L., ZENINA, T., DIAS, M. C., JONES, R., JEFFREYS, S., BRANTHONNEFOSTER, S., LLOYD-EVANS, B. y JOHNSON, S., “Variations in patterns of involuntary hospitalisation and in legal frameworks: an international comparative study”, *The lancet. Psychiatry*, 6(5), 2019, 403-417, [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(19\)30090-2](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(19)30090-2)
- SIMÓN LORDA, David, *Locura, medicina y sociedad: Orense (1875-1975)*, Xunta de Galicia, 2005.
- SOLÉ RESINA, Judith, “La reforma del derecho catalán en materia de discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n.º 17, junio 2022, pp. 122-149.
- , “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 18-33.
- , “El internamiento voluntario”, en GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de la discapacidad*, 2020, pp. 185-207.
- SÜRAL, Ceyda; ÖMEROGLU, Ekin; “Protection of persons with disabilities in Turkish law”, *Actualidad jurídica iberoamericana* n.º 17, junio 2022, pp. 344-369.
- SZMUKLER, G., “Capacity”, “best interests”, “will and preferences” and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *World Psychiatry*, 18 (1), pp. 34-41, <https://doi.org/10.1002/wps.20584>
- SZMUKLER, G. y KELLY, B. D., “We should replace conventional mental health law with capacity-based law”, *British Journal of Psychiatry*, 209 (06), 2016, pp. 449- 453. <https://doi.org/10.1192/bjp.bp.116.191080>
- TIERNO PATIÑO, Raquel, *El Manicomio Nacional de Leganés durante la Segunda República (1931-1936): organización de la asistencia y práctica clínica*, 2019. [Tesis].
- TORRELLES TORREA, Esther, “Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del art. 94 CC”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, pp. 1387-1441.
- TORRELLES TORREA, Esther, “La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” en el consentimiento

- informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario”, *InDret*, 3, 2022. DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.03
- TORRES COSTAS, María Eugenia, “Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México”, *Métodos. Revista de investigación aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, vol. 12, enero-junio 2017.
- , “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020), pp. 265-285.
- , “Capacidad jurídica e ingresos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018”, en RUDA GONZÁLEZ, A., y JERTE DELGADO, C. (dirs.), *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Institute*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 271-290.
- , *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2020.
- , “La vacunación contra el Covid-19 de persona mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales”, *Diario la Ley*, nº 9789, 2021.
- , “Art. 253 CC”, en GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 251-255.
- , “La custodia compartida y el derecho de las Personas con Discapacidad a formar una familia. Comentario a la SAP de Córdoba nº 201/2021, de 24 de febrero de 2021”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 30 (1). <https://doi.org/10.15304/dereito.30.1.7667>
- TORTAJADA CHARDÍ, Pablo, “La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)”, *Rev. Boliv. de Derecho* nº 32, julio 2021, pp. 236-251.
- VALVERDE EIZAGUIRRE, Miguel Ángel e INCHAUSPE ARÓSTEGUI, José Antonio, “El encuentro entre el usuario y los servicios de salud mental: consideraciones éticas y clínicas”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 37, nº 132, pp. 529-552.
- VÁZQUEZ DE LA TORRE, Paloma, *El Manicomio Nacional de Santa Isabel en Leganés durante la Guerra Civil Española (1936-1939). Población manicomial y prácticas asistenciales*, Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- VÁZQUEZ FERREIRA, M., “La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 17, 2008, pp. 221-232.

- VELILLA VENTOLÍN, Natalia, “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *ENSXXI* n° 100 noviembre – diciembre 2021.
- VICO FERNÁNDEZ, Gema, “Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fasc.1, (2019), pp. 101-160.
- , “Propuesta de regulación de los internamientos involuntarios en centros geriátricos o sociosanitarios”, *Actualidad Civil* n° 5, 2021.
- VILLASANTE, Candela Ramírez R, Conseglieri Gámez A, Tierno Patiño R, Vázquez de la Torre P, Huertas R., *Cartas desde el manicomio. Experiencias de internamiento en la Casa de Santa Isabel de Leganés*. Madrid: Libros de la Catarata, 2018.
- VV.AA., *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, dirigido por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo, Santiago-Chile, Olejnik, 2021.
- WALKER, Tom, “Ulysses contracts in medicine”, *Law and Philosophy*, January 2012, vol.31, n° 1, pp. 77-98.

DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

- NACIONES UNIDAS. A/HRC/22/53. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, 2013.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 2 (2014). Artículo 9: Accesibilidad.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/EU/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/5. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/6. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/GC/7. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención.
- NACIONES UNIDAS. A/HRC/40/54. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 11 de enero de 2019.
- NACIONES UNIDAS, A/HRC/46/26. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nils Melzer, de 2021.
- NACIONES UNIDAS. CRPD/C/CG/8. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad a trabajar y al empleo (2022).

INFORMES

CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA, *Informe sobre estado de los Derechos Humanos en salud mental, 2021*, Madrid, 2022.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Las personas con discapacidad en el informe anual del Defensor del Pueblo 2021*, Madrid, 2022.

FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2012.

FRESNO, *Análisis sobre la situación de los derechos de las personas con discapacidad e identificación de retos de futuro*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2022.

INCLUSION INTERNACIONAL, *Independiente pero no solo. Informe mundial sobre el derecho a decidir*, 2014.

FUENTES DOCUMENTALES

- ADPCO. HC544.49 Expediente de Ingreso Voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial. Expediente número 606.
- ADPCO. HC544.50 Expediente de Ingreso Voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial. Expediente número 607.
- ADPCO. HC598.70. Expediente de ingreso por indicación médica en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba.
- ADPCO. HC602.166. Expediente de ingreso por petición familiar. Expediente nº 5345.
- ADPCO. HC602.167. Expediente de ingreso por petición familiar. Expediente nº 5346.
- ADPCO. HC602.173. Expediente de ingreso por petición familiar.
- ADPCO. HC602.174. Expediente de ingreso por petición familiar
- ADPCO. HC 603.43. Expediente de ingreso por indicación médica.
- ADPCO. HC 604.43. Expediente de ingreso por indicación médica.
- ADPCO. HC604.56. Expediente de ingreso por orden gubernativa.
- ADPCO. HC 604.57. Expediente por ingreso por indicación médica.
- ADPCO. HC608.22 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 836.
- ADPCO. HC608.27 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 828.
- ADPCO. HC611.17 Expediente de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número: 1164.
- ADPCO. HC612.16 Expediente de ingreso por indicación médica (voluntario) en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Número de expediente: 1277.
- ADPCO. HC613.62. Expediente de Ingreso Voluntario en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Córdoba. Expediente número 1440.
- ADPCO. HC 1280-47. Expediente de ingreso por orden judicial.
- ADPCO. HC1280.50. Expediente por ingreso gubernativo.

RESOLUCIONES JUDICIALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Winterwerp v. The Netherlands, no. 6301/73, § 39, ECHR 24.10.1979
(ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173)
Herczegfalvy v Austria, no. 10533/83, § 82, ECHR 24.9.1992 (ECLI:CE:ECHR:19
92:0924JUD001053383)
Z.H. v. Hungary, no. 28973/11, ECHR 8.11.2011.
Stanev v. Bulgaria, no. 36760/06, ECHR [GC] 17.1.2012
D.D. v. Lithuania, no. 13469/06, ECHR 14.2.2012 (ECLI:CE:ECHR:2012:0214J
UD001346906)
Tribunal Constitucional
STC 129/1999, de 1 de julio, BOE n.º 181, de 30 de julio de 1999.
STC 131/2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE n.º 4 de 5 de enero de 2011.
STC 132/2010, de 2 de diciembre, BOE n.º 4 de 5 de enero de 2011.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 17/07/2018 –ECLI:ES:TS:2018:2747).
STS 401/2020, de 12 de febrero –ECLI:ES:TS:2020:401).
STS nº 589/2021, de 8 de septiembre (Roj: STS 3276/2021-ECLI:ES:
TS:2021:3276).
STS de 19 de octubre de 2021 (Roj: ECLI: ES: TS: 2021: 3770).
Auto TS de 9 de febrero de 2022 (Roj: ECLI: ES:TS:2022: 2470^a).
STS 4221/2022, de 3 de noviembre (Roj: STS 4221/2022 –ECLI: ES: TS: 2022:
4221).
STS 964/2022, de 21 de diciembre de 2022 (Roj TST
4791/2021-ECLI:ES:TS:2022:4791)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP 361/2022, de 20 de junio, ECLI:ES:APV:2022:572A.
SAP de Barcelona 9511/2021, de 15 de septiembre, ECLI: ES: APB: 2021: 9511
SAP de Córdoba nº 920/2021, de 15 de septiembre, ECLI: ES: APCO: 2021: 920
SAP de Valencia nº 440/2021, de 16 de septiembre, ECLI: ES: APV: 2021: 327.
SAP de Valencia nº 439, de 16 de septiembre, ECLI: ES: APV: 2021: 3273
SAP de Pontevedra, de 17 de septiembre, ECLI: ES: APPO: 2021:1941
SAP de Donostia-San Sebastián nº 1189/2021, de 17 de septiembre, ECLI: ES:
APSS: 2021: 1601

SAP de Madrid 878/2021, de 21 de septiembre, ECLI: ES: APM: 2021: 10868
 SAP de Pontevedra 390/2021, de 21 de septiembre, ECLI: ES: SAP PO 2021:2086)
 SAP de Santander 375/2021, de 23 de septiembre, ECLI: ES: APS: 2021: 1083
 SAP de Murcia de 23 de septiembre de 2021, ECLI: ES: APMU: 2021: 2319
 SAP Palma de Mallorca 68/2021, de 5 de octubre, ECLI:ES:APIB:2021:2333)
 SAP de Murcia 1028/2021, de 8 de octubre, ECLI: ES: APMU: 2021: 2429
 SAP de Barcelona 596/2021, de 13 de octubre, ECLI: ES: APB: 2021: 11921
 SAP de Albacete 608/2021, de 14 de octubre, ECLI: ES: APAB: 2021: 880
 SAP de Barcelona 12115/2021, de 18 de octubre, ECLI: ES: APB: 2021: 12115
 SAP de Pontevedra 692/2021, de 19 de octubre, ECLI: ES: APPO: 2021: 2258
 SAP de la Coruña 378/2021, de 20 de octubre, ECLI: ES: APC: 2021: 2304
 SAP de Madrid nº 989/2021, de 25 de octubre, ECLI: ES: APM: 2021: 12716
 SAP de Navarra de 28 de octubre de 2021, ECLI: ES: APNA: 2021: 2154
 SAP de Pontevedra 445/2021, de 28 de octubre, ECLI: ES: APPO: 2021: 2457.
 SAP de Sevilla de 28 de octubre de 2021, ECLI: ES: APDSE: 2021: 775A
 SAP de Santander (Sección 2ª), de 29 octubre, ECLI: ES: APS: 2021: 1237.
 SAP de Navarra, de 28 de octubre de 2021, ECLI: ES: APNA:2021:2154.
 AAP de Granada nº 203/2021, de 27 de diciembre, ECLI:ES:APGR:2021:1482A.
 AAP de Lugo nº 206/2021 de 30 de diciembre, ECLI:ES:APLU:2021:208A)
 SAP de Barcelona (18ª) de 19 de enero de 2022. ECLI: ES: APB: 2022: 124ª
 SAP de Valencia 33/2022, de 19 de enero, ECLI:ES:APV:2022:111)
 SAP de Barcelona 291/2022 de 31 de enero, ECLI: ES: APA: 2022: 291.
 SAP Bizakaia 108/2022 de 1 de febrero, ECLI: ES: APBI: 2022: 390
 SAP Palma de Mallorca 63/2022, de 7 de febrero, ECLI:ES:APIB:2022:287.
 SAP de Barcelona, 71/2022 de 8 de febrero, ECLI: ES: APB: 2022: 1064.
 SAP de Valencia 96/2022, de 10 de febrero, ECLI: ES: APV: 2022: 387.
 SAP Valencia 457/2022, de 10 de febrero, ECLI:ES:APV:2022:387.
 SAP de Coruña 68/2022, de 2 de marzo, ECLI: ES: APC: 2022: 587.
 SAP Granada 482/2022, de 2 de marzo, ECLI:ES:SAP GR:2022:686.
 SAP de Barcelona 2560/2022, de 3 de marzo, ECLI: ES: APB: 2022: 2560.
 SAP de la Coruña 567/2022, de 3 de marzo, ECLI: ES: APC: 2022: 567.
 SAP de Barcelona 2561/2022, de 8 de marzo, ECLI: ES: APB: 2022: 2561.
 SAP de Madrid 68/2022, de 11 de marzo, ECLI: ES: APM: 2022: 3544.
 SAP Toledo 53/2022, de 14 de marzo, ECLI:ES:APTO:2022:560.
 SAP Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo, ECLI:ES:APCS:2022:331.
 SAP de Salamanca 212/2022, de 17 de marzo, ECLI: ES: APSA: 2022: 486.
 SAP de Pontevedra nº 166/2022, de 18 de marzo, ECLI: ES: APPO: 2022: 468
 SAP de Pontevedra 469/2022, de 21 de marzo, ECLI: ES: APPO: 2022: 469.
 SAP de Córdoba 288/2022, de 22 de marzo.
 SAP de Bilbao nº 354/2022, de 29 de marzo, ECLI: ES: APBI: 2022: 801.

SAP de Oviedo 1267/2022, de 31 de marzo, ECLI:ES: APO:2022:1267.
 SAP de Granada 104/2022, de 5 de abril, ECLI:ES:APGR:2022:846.
 SAP de Coruña 982/2022, de 6 de abril, ECLI: ES: APC: 2022: 982
 SAP de Córdoba 364/2022, de 8 de abril, ECLI: ES: APCO: 2022: 219.
 SAP de Álava 603/2022 de 11 de abril, NIG CGPJ / IZO BJKN: 01059.42.1-2021/0006688.
 SAP de Barcelona 4504/2022, de 20 de abril, ECLI: ES: APB: 2022: 4504.
 SAP de Mérida, nº 93/2022, de 22 de abril, ECLI: ES: A PBA:2022:594.
 SAP de Madrid nº 30, de 25 de abril, ECLI: ES: APM:2022:6439.
 SAP Sevilla 232/2022, de 27 de abril, ECLI:ES:APSE:2022:792.
 SAP de Barcelona, de 28 de abril, ECLI: ES: APB: 2022:4724.
 SAP de Barcelona nº 216, de 29 de abril, ECLI: ES: APB:2022:4651.
 SAP Alicante 121/2022, de 10 de mayo, ECLI:ES:APA:2022:955.
 SAP de Cádiz nº 439/22, de 12 de mayo, ECLI:ES: APCA:2022:930.
 SAP Sevilla 271/2022, de 12 de mayo, ECLI:ES:APSE:2022:790)
 SAP de Barcelona de 13 de mayo, ECLI: ES: APB: 2022:4992.
 SAP de Barcelona 4991/2022, de 13 de mayo, ECLI: ES: APB: 2022: 4991.
 SAP de Barcelona 4991/2022 de 13 de mayo, ECLI: ES: APB: 2022: 4991.
 SAP de Salamanca 393/2022, de 13 de mayo, ECLI:ES:APSA:2022:424)
 SAP de Salamanca 396/2022, de 16 de mayo, ECLI: ES: APSA: 2022: 510.
 SAP de Barcelona de 18 de mayo, ECLI: ES: APB: 2022:5113.
 SAP de Orense de 18 de mayo, ECLI: ES: APOU: 2022: 405.
 SAP Alicante 152/2022, de 19 de mayo, ECLI:ES:APA:2022:1016.
 SAP de Santa Cruz de Tenerife 250/2022, de 20 de mayo, ECLI:ES: APTF:2022:1265.
 SAP de Barcelona nº 102, de 24 de mayo, ECLI: ECLI:ES: APB:2022:5995.
 SAP de Cádiz 475/2022, de 27 de mayo, ECLI: ES: APCA: 2022: 929.
 SAP Madrid 449/2022, de 27 de mayo, ECLI:ES:APM:2022:8065.
 SAP de Palma Gran Canaria 419/2022, de 2 de junio, ECLI: ES: APGC: 2022: 1383.
 SAP Mérida 149/2022, de 8 de junio, ECLI:ES:APBA:2022:910)
 SAP Palmas de Gran Canaria 437/2022 de 8 de junio, ECLI:ES:APGC:2022:1041.
 SAP Coruña 224/2022, de 8 de junio, ECLI:ES:APC:2022:1323.
 SAP Pontevedra 341/2022, de 9 de junio, ECLI:ES:APPO:2022:1577.
 SAP de Cuenca 181/2022, de 14 de junio, ECLI: ES: APCU: 2022: 268.
 SAP Barcelona nº 346, de 22 de junio, ECLI: ECLI:ES: APB:2022:6129.
 SAP Barcelona nº 371/2022, de 5 de julio, ECLI: ES: APB: 2022: 7815.
 SAP Barcelona 374/2022, de 6 de julio, ECLI:ES:APB:2022:7748.
 SAP Barcelona 392/2022, de 8 de julio, ECLI:ES:APB:2022:7685.
 AAP Santander 99/2022, de 11 de julio, ECLI:ES:APSA:2022:428A.

SAP Barcelona 403/2022, de 13 de julio, ECLI:ES:APB:2022:7781.
SAP Barcelona nº 405/2022, de 13 de julio, ECLI:ES:APB:2022:7784.
AAP de Santander nº 106/2022, de 5 de septiembre, ECLI: ES:APS:2022:498A.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI núm. 8 de Vitoria-Gasteiz nº 331/2022, de 15 de septiembre, NIG CPGJ/
IZO BJKN: 01059.42.1 –2020/0014428.
SSJPI núm. 2 de L'Hospitalet de Llobregat 264/2021, de 17 de septiembre.
SJPI Massamagrell 916/2021, de 21 de septiembre de 2021.
SJPI Jaén nº 245/2021, 22 septiembre.
SJPI de Jaén (sección 6) 545/2021, de 22 de septiembre.
SJPI Archidona de 23 de septiembre de 2021, ECLI: ES: JPII: 2021: 1151
SJPI Sevilla nº 561/2021 de 27 de septiembre.
SJPI núm. 9 de Castellón 371/2021, de 23 de septiembre, ECLI: ES: JPI: 2021:
1530.
SJPR sección 7 de Sevilla 561/2021, de 27 de septiembre, NIG.
4109142120200046458.
SJPI Córdoba nº 346/2021 de 30 de septiembre.
SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana 324/2021, de 4 de octubre, ECLI: ES: JPI:
2021: 1531.
SJPI de Familia de Bilbao, de 6 de octubre de 2021.
SJPI nº 1 de Tafalla 137/2021, de 22 de octubre, ECLI: ES: JPII: 2021: 1070.
989/2021.
SJPI nº 1 de Motril de 28 de enero de 2022.
SJPI Nº 2 de Paterna, 34/2022, de 1 de marzo, ECLI: ES: JPI: 2022: 34.
SJPI nº 2 Torrevieja nº 60/2022 9 de marzo de 2022.
SJPI Nº 2 Torrevieja nº 89/2022, de 7 de abril.
SJPI nº 7 de Cartagena, 21 de marzo de 2022.
SJPI núm. 3 de Santa Fe nº 144/2022, de 14 de septiembre.
AJPI nº 2 de Durango, 166/2022.
AJPI nº 299/2022, de 2 de febrero, ECLI:JPII:2022:238A.
AJPI nº 13 Zaragoza nº 95/2022, de 3 de febrero, NIG: 5029742120210025525.
AJPI nº 5 de Córdoba 81/2022, de 7 de febrero.
AJPI nº 5 de Benidorn 125/2022, de 22 febrero.
AJPI nº 5 de Benidorn 126/2022, de 23 de febrero.
AJPI nº 5 de Benidorn 127/2022, de 23 de febrero.
AJPI nº 5 de Benidorm 128/2022, de 23 febrero.
AJPI nº 5 de Benidorm 133/2022, de 24 febrero.
AJPI nº 5 de Benidorm 141/2022, de 24 febrero.

- AJPI nº 5 de Benidorm 146/22 de 24 de febrero.
AJPI 53/2022, de 10 de marzo, ECLI:JPII:2022:
AJPI nº 2 de Santa Fe nº 20/200, de 15 de marzo de 2022.
AJPI de Gernika de 28 de abril de 2022.
AJPI nº 4 de Tudela de 5 de mayo de 2022, ECLI:ES:JPII:2022:304^a
AJPI nº 30 de Madrid de 24 de mayo de 2022.
AJPI nº 78 de Madrid nº 1028/2022, de 17 de junio.
AJPI nº 4 Tudela 256/2022, de 22 de junio, ECLI:ES;JPII:2022:303A.
AJPI nº 4 Tudela 124/22, de 22 de junio, ECLI: JPII:2022:238A).
AJPI nº 5 de Córdoba 413/2022, de 29 de junio.
AJPI sección 5 Córdoba 427/2022, de 30 de junio, NIG 1402142c20140022315.
AJPI núm. 5 de Córdoba nº 440/2022, de 30 de junio, NIG: 1402142c20130001696.
AJPI núm. 5 de Córdoba nº 455/2022, de 30 de junio.
AJPI nº 5 de Córdoba 501/2022, de 21 de julio.
AJPI nº 16 de Granada nº 185/2022, de 10 de octubre.
AJPI nº 4 de Móstoles nº 1337/2022, de 29 de noviembre, NIG. 28.092.002-
2013/0008970.
AJPI nº 14 Bilbao, ECLI: 48.04.2-21/010872.
AJP nº 14 Bilbao nº 3055/2021.
AJPI nº 14 Bilbao nº 1604/2022, de 4 de abril.
AJPI nº 2 de Durango 166/2022.