

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

*FIRST JUDGMENT OF THE SUPREME COURT ON SUPPORT MEASURES
DELIVERED AFTER THE PUBLICATION OF LAW 8/2021. COMMENT TO
STS 589/2021, OF SEPTEMBER 8*

Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 778-799



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Recién entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 en España la Ley 8/2021 sobre discapacidad, se publica la STS 8 septiembre 2021, que aborda un caso cuyos hechos se produjeron antes de la entrada en vigor, e incluso antes de la publicación de dicha Ley. El TS se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley al caso en base a la DT 6ª de la misma, sobre los nuevos principios instaurados en dicha regulación, sobre la necesidad de aplicar las medidas de apoyo, en particular la curatela, y sobre el alcance de la negativa del afectado a que se le establezcan dichas medidas.

PALABRAS CLAVE: persona con discapacidad; medidas de apoyo; curatela; negativa del discapacitado; disposiciones transitorias.

ABSTRACT: *The Law 8/2021 on disability recently entered into force on September 3, 2021 in Spain, the STS is published September 8, 2021, which addresses a case whose events occurred before the entry into force, and even before the publication of said Law. The Supreme Court has ruled on the application of the Law to the case based on DT 6 of the same, on the new principles established in said regulation, on the need to apply support measures, in particular the curatorship, and on the scope of the affected party's refusal to establish said measures.*

KEY WORDS: *person with a disability; support measures; guardianship; refusal of the disabled person; transitory provisions.*

SUMARIO.-COMENTARIO: I. 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. BREVE REFERENCIA.- II. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 8/2021 A LAS SITUACIONES DE DISCAPACIDAD.- III. REFERENCIA A LA CURATELA COMO MODO DE APOYO EN LA LEY 8/2021.- IV. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA STS 8 SEPTIEMBRE 2021.- 1. Referencia a los principios que rigen la regulación sobre la situación de las personas con discapacidad.- 2. Aplicación al caso de la Disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021.- 3. El establecimiento de medidas de apoyo y la constitución de la curatela.- 4. Alcance de la voluntad de la persona afectada en contra de las medidas de apoyo.

SUPUESTO DE HECHO

Recién entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 en España 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, se pronuncia la STS 589/2021, de 8 de septiembre (*Tol* 8.585.229), que aborda un caso cuyos hechos se produjeron antes de la entrada en vigor, e incluso antes de la publicación de dicha Ley, sobre la aplicación de medidas de apoyo a una persona que se encuentra en una situación que produce perjuicios tanto a sí mismo como a terceros. En las conclusiones el TS se han pronunciado sobre las situaciones de transitoriedad de la Ley y sobre los nuevos principios instaurados en la regulación de la Ley.

El supuesto de hecho que dio origen a la STS fue el siguiente: En octubre de 2018, Dámaso, de 66 años, vivía solo y sin conocersele parientes próximos. Alertados por la situación en la que éste se encontraba, los vecinos del inmueble se pusieron en contacto con la fiscalía preocupados por la situación en que se hallaba su vecino, comunicando que éste acumulaba en su vivienda trastos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública, y que no acudía al médico desde hacía años, por lo que su situación personal se estaba deteriorando progresivamente y necesitaba atención social y sanitaria.

Ante la comunicación de los vecinos, el Ministerio Fiscal presentó demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, para

• Josefina Alventosa del Río

Profesora Titular de Derecho civil en la Universitat de València. Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch, y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Ha coordinado y participado en diversos proyectos e intervenido en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Es miembro del Consejo de Redacción de varias Revistas científicas y de distintas asociaciones; así como miembro de diversos grupos de expertos de los Ministerios de Trabajo, de Sanidad y de Igualdad, realizando labores de asesoramiento a instituciones privadas y públicas, así como diferentes programas de formación destinados a operadores jurídicos. Es autora de dos monografías, y de numerosas publicaciones en diversas revistas científicas, nacionales e internacionales, de reconocido prestigio.

la determinación de la capacidad de Damaso, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio efectivo de aquélla. Se solicitaba que se dictase sentencia que contuviera: fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica, los medios de apoyo más idóneos para la conservación de la misma, los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda, y nombramiento de persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, así como las salvaguardas adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

La Administración del Principado de Asturias contestó a la demanda y solicitó al Juzgado pronunciamiento respecto a la modificación de la capacidad de Damaso deducida por el Ministerio Público en función de las pruebas que se practicasen, singularmente del informe del Médico Forense, constituyéndose, asimismo, en su caso, la institución tutelar oportuna.

Damaso se opuso expresamente a la provisión de apoyos, aduciendo que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

El Juzgado de Primera Instancia, en base al Informe forense y a la exploración judicial, dejó constancia de que: 1) el demandado padece de síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad; 2) tal patología le condiciona en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y, en concreto, para la de sus vecinos de edificio; 3) según el forense, tal situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente que detecte otras posibles patologías o trastornos; 4) en la exploración judicial el demandado se ha mostrado preciso y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas, tanto edad, nacimiento, estado familiar, recursos económicos, aspectos de su vida diaria, y argumentando que aunque es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado, incluyendo comida, y que si sale algún olor de su casa es porque recientemente había cogido comida de la basura y la había dejado fuera y podía oler algo; también ha explicado que tiene dinero ahorrado y que, precisamente, no gastando, consigue ahorrar ese dinero, llegando a hablar de un depósito de 150.000 euros y de varias propiedades; 5) y, por último, que el síndrome de Diógenes que padece el demandado no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado y/o para terceros. En base a todo ello, dicho Juzgado dictó sentencia el 18 de marzo de 2019 estimando parcialmente la demanda formulada por el

Ministerio Fiscal y, en consecuencia, modificó la capacidad de obrar de Damaso acordando como medida de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio, de modo que se autorizó a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, como tutora del demandado, a la entrada en el domicilio del sujeto con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a Damaso solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas.

La sentencia fue recurrida por Damaso en apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, que desestimó dicho recurso en sentencia de 19 de junio de 2019, concluyendo que el apelante padecía "una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, haciendo realmente insoportable la situación que desde tiempo atrás vienen padeciendo, no pudiendo olvidarse su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía, lo que igualmente pudo ser constatado por este Tribunal cuando llevó a efecto el examen del mismo en esta segunda instancia. Dicho trastorno grave de la personalidad, en suma, le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su lugar de residencia, y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología".

Ante esta desestimación, Damaso recurrió en casación la SAP que se había pronunciado a favor de la Administración Pública de Asturias, siendo parte el Ministerio Fiscal.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El recurso de casación presentado por Damaso se basaba en un único motivo: infracción del art. 199 CC en relación con los arts. 200 y 322 del mismo referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar. En dicho recurso se precisaba que Damaso es una persona orientada, sin alteraciones sensoperceptivas ni deterioro cognitivo, que había mantenido fluidez y cabal conocimiento y contenido de las preguntas que le fueron formuladas, evidenciando de sus respuestas una capacidad decisoria respecto a sus intereses personales y una total autonomía para los actos de su vida cotidiana, por lo que, en suma, no cabía predicar la incapacitación de una persona cuyas manías o extravagancias puedan causar rechazo, pero que en ningún caso deben abocar en una solución judicial como la adoptada que contenía un remedio de suma incidencia en su vida, obligándole a permitir la entrada en su domicilio a terceros

para que limpien y ordenen su vivienda en contra de su voluntad, y a su costa, con merma a su derecho a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria reconocida en el art. 18 CE.

Mientras se estaba tramitando el procedimiento (la votación y el fallo del recurso se habían previsto para ser efectuados el día 27 de mayo de 2021), estaba prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, por lo que el TS, en atención al contenido de sus disposiciones transitorias, especialmente la sexta, resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso, y realizar un nuevo señalamiento para votación y fallo.

En la audiencia concedida por el TS, las partes adujeron lo siguiente.

Damaso reitera que no se le debe imponer ninguna medida de apoyo y que debe mantenerse su plena capacidad jurídica y de obrar, sin restricción alguna.

El Ministerio Fiscal estima que la reforma legislativa ampara la solicitud de medidas de apoyo que ya realizó al oponerse al recurso, dado el trastorno grave de la personalidad diagnosticado a Damaso que afecta a su facultad de decidir y ordenar su propia conducta no solo en la cuestión relativa a su acumulación compulsiva de basura en el domicilio sino también en lo que se refiere a su higiene y cuidado personal, por lo que se deduce que la voluntad se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes, lo que aconseja no solo garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de su afección, sino también paliar los problemas de la habitabilidad de su vivienda. Considera que del conjunto de medidas de apoyo que enumera el actual art. 250 CC solo la curatela se presenta adecuada a las necesidades de Dámaso, entendiendo que no resultaría justificado de inicio en este caso la inclusión de funciones representativas. Añade que, conforme a los actuales arts. 249, 268 y 269 CC, tanto la medida de apoyo que se acuerde en cada caso concreto como la actuación del curador deben de respetar la dignidad de la persona y la voluntad, deseos y preferencias del afectado, estando orientados también a fomentar que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, informándola, ayudándola en su comprensión y facilitando que pueda expresar sus preferencias y tomar decisiones. Estima que la solicitud que se hizo resultaría respetuosa con la nueva regulación pero que podría ser matizada en el sentido de que se le diera participación a Damaso no solo en la selección del servicio de limpieza de la vivienda sino también en la decisión de cuándo resulta conveniente esa limpieza. Además, solicita que la curatela se ampliara a las decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiriera el interesado para el control y cuidado de la enfermedad, y que se establezca un plazo de seis meses para la

revisión de la medida de apoyo que se solicita. Señalando, finalmente, que si los esfuerzos del curador no dieran los resultados pretendidos, ante la negativa de Damaso a seguir tratamientos o normas de higiene sobre su persona y vivienda que sigan comprometiendo su salud, podría plantearse la necesidad de establecer facultades de representación.

En el conflicto planteado, el TS realizó los siguientes pronunciamientos.

La primera cuestión que aborda el TS se refiere a los principios que recoge la Ley 8/2021 y la posibilidad de aplicar dicha Ley al caso que enjuicia.

En base a la Disposición transitoria sexta, que se refiere a los procesos en tramitación, como es el caso, el TS estima que, en la medida en que esta sentencia iba a ser dictada con fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (3 de septiembre de 2021), el Tribunal estaba afectado por esta disposición transitoria; de ahí que se ajuste a lo previsto en dicha disposición, y resuelva el recurso de casación atendiendo al nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código civil. Estima que los nuevos procedimientos regulados son flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención; de manera que en este contexto, la Disposición transitoria sexta es coherente con la finalidad de la ley y no contraría la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que la reforma legal, para asegurar la implantación de este nuevo régimen, exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT 5ª). De tal forma que, concluye el TS, en este caso, aunque se hubiera podido dictar sentencia justo antes de la entrada en vigor de la nueva ley, carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos.

A continuación, y en la ya resolución del recurso, destaca los preceptos de la Ley que considera más importantes para dicha resolución.

Así, señala los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” y han de estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún

previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Destaca también que la reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. Añade, no obstante, que en sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación “curatela” no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. Y que el contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Concluyendo que es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas (FD 4.1).

En consecuencia con lo dicho anteriormente, señala el TS que el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC, es decir, que las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar “la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica” y atender “en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”. Además, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias para cada caso; consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar “los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo”. Y subraya que la curatela en principio no tiene facultades representativas, salvo de manera excepcional, y que no podrá incluir la mera privación de derechos (FD 4.2).

A la vista de ello, el Tribunal pasa a examinar si lo acordado en la instancia se acomoda al nuevo régimen de la provisión judicial de apoyos.

Y recuerda que el fallo de la sentencia de primera instancia, confirmado por la de apelación, contiene dos pronunciamientos: el primero se refiere a la modificación de la capacidad de Damaso, nombrando como tutora a la Administración Pública de Asturias; y el segundo acuerda como medida de apoyo la asistencia en el orden y la limpieza de su domicilio, autorizando a dicha tutora a la entrada en el mismo con la periodicidad que considere conveniente.

Estima el TS que el primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de capacidad; aunque señala que cuestión distinta es que la provisión de apoyos,

en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella, entrañe necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica. Por tanto, no cabe el nombramiento de tutor puesto que tal figura ha desaparecido para las personas con discapacidad.

En cuanto al segundo pronunciamiento, que acuerda la medida de apoyo, se debe examinar si se acomoda al nuevo régimen legal.

Para realizar este examen, estima el TS que se deben proyectar las reseñadas directrices legales del art. 268 CC al caso concreto y evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades, si respetan la máxima autonomía de Damaso en el ejercicio de su capacidad jurídica, y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.

En la instancia considera el TS que ha quedado acreditado que Dámaso padece un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. Al margen del trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas.

Es un hecho objetivo que el trastorno que padece Damaso está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello, incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas; de modo que precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Por lo que estima que es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad.

Estima el Tribunal que estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el Ministerio Fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración de Damaso, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado

Pero el TS plantea una cuestión fundamental, pues señala que, en realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión

de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. Y, por tanto, se cuestiona si, en un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, pueden acordarse dichas medidas en estas condiciones, es decir, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

El TS estima que la propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a), 42bis b] y 42 bis c] LJV), la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que se ponga fin al expediente cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad, su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, debiendo acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Añadiendo que es muy significativo que “la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo”, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas en un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aún en contra de la voluntad del interesado.

Y aclara el alcance del art. 268 CC, pues considera que lo que prescribe dicho precepto es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, y que el empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado, pues el texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”.

Por lo que el TS considera que dictaminar si hay que atender dicha voluntad o no siempre que esté justificado es algo que debe precisar el tribunal y que para determinarlo habrá que atender a las singularidades de cada caso.

Señala asimismo que la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En los casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas

asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.

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

En consecuencia con todo lo anterior, el TS estima en parte el recurso de casación, en cuanto que deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, y sustituye la tutela por la curatela (que sigue atribuyendo a la Administración Pública de Asturias). Y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirma, declarando que son de carácter meramente asistencial, permitiendo que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de la casa del afectado, estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra parte, asegurar la efectiva atención médico-asistencial de Damaso, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él. Además, el TS completa su fallo con algunas de las propuestas realizadas por el Fiscal; en concreto, establece la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y de la incidencia práctica que hayan podido tener; y señala que a la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Damaso.

COMENTARIO

I. 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. BREVE REFERENCIA.

La situación de las personas con discapacidad ha sido regulada por diversas normas a lo largo del tiempo, fundamentalmente en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil, a través del instituto de la incapacitación (arts. 199 a 201 CC y arts. 756 a 763 LEC). En el ámbito internacional, la norma más importante en relación a las personas en situación de discapacidad es la *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* de Naciones Unidas, de 13 de diciembre

de 2006, hecha en Nueva York. La aparición de dicha Convención determinó en nuestro país la publicación de una serie de normas para adaptar la regulación sobre la situación de las personas con discapacidad de nuestro ordenamiento jurídico a los nuevos principios instaurados por la citada Convención. Entre ellas, recientemente se ha producido la publicación 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, que ha entrado en vigor el 3 de septiembre de 2021 (según la Disposición final tercera de la Ley, que establece su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE). En su Exposición de Motivos se señala que con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de Naciones Unidas, fundamentalmente en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen. Asimismo, se señala también que dicha Ley está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, que recoge la CE en el art. 10, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que pueda necesitar dicha persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley 8/2021 modifica el Código civil, la Ley Notarial, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley del Registro civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley de 18 noviembre de 2003, el Código penal, y el Código de comercio.

En particular, en relación al Código civil, la Ley 8/2021 suprime la figura de la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, y reforma totalmente las instituciones tutelares, circunscribiendo la tutela a los menores de edad no emancipados, y estableciendo la curatela como medida de apoyo más importante para las personas con discapacidad; asimismo incide en instituciones conexas, modificando algunos preceptos relativos a la patria potestad, a la filiación y a las medidas comunes a la nulidad matrimonial, separación y divorcio, y otros artículos del Código civil (por ejemplo, en materia de contratos y de sucesiones).

El principio fundamental que rige esta regulación es el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, con pleno respeto a su voluntad, sus deseos y preferencias. Y ello con la finalidad de permitir el pleno desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (como así se recoge en el art. 249 CC). Por tanto, siguiendo las directrices establecidas en la Convención Internacional de 2006, se considera a las personas con discapacidad plenos sujetos

titulares de derechos y no meros objetos de tratamiento y protección social, tomando en consideración su voluntad y sus deseos, y procurando que tomen decisiones sobre su vida de modo autónomo.

Como consecuencia, la Ley insta un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica cuando necesitan ayuda para un ejercicio adecuado de la misma (arts. 249 a 253 CC), distinguiendo entre medidas voluntarias y medidas legales o judiciales de apoyo (arts. 254 a 262 CC), e incluye como medidas de apoyo la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (según el art. 250.I CC), a las que dota de una nueva regulación (arts. 268-294, 263-267 y 295-298 CC, respectivamente).

II. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 8/2021 A LAS SITUACIONES DE DISCAPACIDAD.

Una de las cuestiones que se plantea en la STS comentada se refiere a la aplicación de la Ley 8/2021 a las situaciones en las que se encuentran las personas con discapacidad antes de la entrada en vigor de la misma.

La Ley se sancionó el 2 de junio de 2021, publicándose en el BOE de 3 de junio y entrando en vigor a los tres meses de su publicación en el mismo, el 3 de septiembre de este año.

Como es obvio, en este corto período de tiempo se han producido situaciones de necesidad relativas a las personas con discapacidad, además de que existen pronunciamientos judiciales anteriores sobre las mismas (incapacitaciones judiciales, nombramiento de tutores, curadores y defensores judiciales, guarda de hecho, entre otras circunstancias).

La Ley ha tenido en cuenta estas situaciones. Y así, ha establecido una serie de Disposiciones transitorias (seis) que regulan el tránsito de las situaciones producidas antes de la publicación de la Ley a la nueva normativa derivada de la misma. De entre ellas cabe destacar las Disposiciones transitorias quinta y sexta. La Disposición transitoria quinta se refiere a la revisión de las medidas ya acordadas estableciendo que "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. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de

oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”. Por su parte, la Disposición transitoria sexta, que es la que más interés tiene para el caso, se refiere a los procesos en tramitación, disponiendo que “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”. Las otras disposiciones transitorias se refieren a la privación de derechos de las personas con discapacidad, que queda sin efecto (DT primera); a la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho, a la situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y a la situación de las declaraciones de prodigalidad, quienes ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor, y hasta que se produzca la revisión de los procesos tal como se señala en la DT quinta (DT segunda); a las previsiones de autotutela que se entenderán referidas a la autotutela y se regirán por la presente Ley, y a los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la Ley, que se ajustarán a lo prevenido en la misma (DT tercera); y a las sustituciones realizadas en virtud del art. 776 CC, respecto de las que se establece que en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en ésta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que se pueda suplir el testamento de la persona sustituida (DT cuarta).

III. REFERENCIA A LA CURATELA COMO MODO DE APOYO EN LA LEY 8/2021.

Otra de las cuestiones importantes que se plantea en la citada sentencia es la constitución de la curatela como una de las medidas de apoyo establecidas para el afectado.

El Código civil define la curatela como “una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión 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” (art. 250.5º CC).

La curatela se constituye por la autoridad judicial mediante resolución judicial motivada en el procedimiento de provisión de apoyos cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269.1º CC).

Las medidas que adopte la autoridad judicial serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima

autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268.1° CC).

Dichas medidas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años (art. 268.2° CC), siendo revisadas, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

El Código civil prevé dos modos de designar curador: un nombramiento realizado por la propia persona que puede llegar a encontrarse en un futuro en situación de no poder ejercer su capacidad jurídica, denominado la autocratela (art. 271 CC), y un nombramiento realizado por la autoridad judicial.

A falta de designación de curador por el propio interesado, la ley establece que el nombramiento del curador lo realizará la autoridad judicial en expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 44 y ss. LJV). La tramitación del expediente relativo a la curatela sigue la misma regulación que para el establecimiento de la tutela, regulándose conjuntamente en la LJV. Así, igual que en la tutela, el expediente se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela o curatela. En la comparecencia se oír al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas (art. 45 LJV).

Como regla general se establece que pueden ser curadores las personas mayores de edad que sean aptas para el adecuado desempeño de las funciones de la curatela.

Y pueden serlo tanto las personas físicas como las personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En defecto de nombramiento por la persona que necesita apoyo, la autoridad judicial nombrará curador: 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con

la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas (art. 275.2º CC). Este orden que ha establecido el legislador para el nombramiento de curador, puede ser alterado por la autoridad judicial, una vez oída la persona que precise apoyo, y si lo considera oportuno, puede nombrar a quien considere más idóneo para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de dicha persona (art. 276, 3º y 4º, CC).

Una vez constituida la curatela, la persona designada como curador debe aceptar su nombramiento y tomar posesión de su cargo en presencia del letrado de la Administración de Justicia (arts. 282.1º CC y 46, 1 y 3, LJV). Las resoluciones judiciales de nombramiento de curador se inscribirán en el Registro civil (art. 46.5 LJV).

La curatela se puede establecer de dos maneras: bien tan solo como una medida de apoyo y asistencia a la persona con discapacidad o bien con facultad representativa, la cual se establecerá solo en casos excepcionales en los que resulte imprescindible cuando la persona con discapacidad no pueda ejercer su capacidad jurídica (art. 269.3º CC).

El contenido de la curatela viene determinado por la autoridad judicial quien delimitará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo, sin que pueda incluirse en la resolución judicial la mera privación de derechos. En cualquier caso, el curador actuará bajo los criterios fijados en el art. 249 CC (art. 269.5º CC).

El curador estará obligado a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida, y a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo, asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias, procurar que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y fomentar las aptitudes de la persona de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282 CC).

El curador con facultades representativas, sin embargo, requiere autorización judicial para la realización de los actos que determine la resolución judicial, y en todo caso para los actos señalados en el art. 287 CC.

La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o la declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, y por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte otra medida más adecuada para la persona que necesite dicho apoyo (art. 291 CC).

Por último, hay que señalar que en el caso de que en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido al nombramiento de curador 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 la Ley de Enjuiciamiento civil, que dedica un Capítulo específico donde trata “De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad” (que constituye el contenido del Capítulo II del Título I del Libro IV, arts. 756 a 763).

IV. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA STS 8 SEPTIEMBRE 2021.

En esta primera sentencia que ha pronunciado el Tribunal Supremo después de la publicación de la Ley 8/2021 se plantean algunas cuestiones sobre el alcance y aplicación de la nueva regulación instaurada en dicha Ley, de las cuales conviene destacar las siguientes.

I. Referencia a los principios que rigen la regulación sobre la situación de las personas con discapacidad.

En primer lugar, cabe señalar que el TS comprime en esta sentencia los nuevos principios que rigen la regulación de la situación de las personas con discapacidad, destacando algunos de ellos.

Así, asevera que la nueva normativa suprime la posibilidad de modificar judicialmente, y muchos menos de suprimir, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (FD 4.3), y esto se afirma aun cuando explícitamente nada se dice en la Ley 8/2021, aunque parece está implícito en el espíritu de dicha Ley, ni tampoco se señala expresamente en la Convención Internacional de Nueva York. Aunque esta afirmación la realiza el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (creado en la Convención de 2006 con la finalidad de supervisar la aplicación de la misma en los Estados Partes) en la Observación general Núm. I (2014), considerando que “El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio” (apartado II, 15).

Subraya también la eliminación de la incapacitación en nuestro ordenamiento jurídico y su sustitución por un sistema de medidas de apoyo a la persona en situación de discapacidad, y la sustitución asimismo de la figura del tutor por la

del curador. Cosa que, como ya se ha indicado, se señala expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

Por otro lado, el TS recalca que el eje de la reforma se basa en el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, de manera que las medidas de apoyo y la salvaguarda de las mismas se deben acomodar a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, y que, por ello, la provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado (FD 4.2). Esta afirmación del TS se basa en los principios recogidos en el art. 249.1º CC, que establece que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipados que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, señalando explícitamente cómo se ha de desarrollar la función de las personas que presten apoyo, que deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, y procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias, fomentando que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (art. 249.2º CC). Asimismo, el TS hace alusión también a la posibilidad de que tales medidas se puedan establecer por el propio sujeto afectado (medidas voluntarias de apoyo), a las que hace alusión los arts. 249.1º y 250 CC.

En este discurso, es de reseñar que el propio Tribunal señala los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos, ya indicados anteriormente en el epígrafe relativo a la doctrina jurisprudencial, elementos que no se establecen en el texto legal, pero que el propio Tribunal deduce de la regulación del Código civil y del art. 12 del Convenio Internacional de 2006 (FD 4.1).

2. Aplicación al caso de la Disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021.

En la citada sentencia hay que señalar que el Tribunal Supremo justifica la aplicación de la nueva regulación a un supuesto que acontece antes de la publicación y de la entrada en vigor la misma.

El fundamento de tal aplicación lo ancla el TS en la Disposición transitoria sexta, con acierto, que establece que los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la Ley se registrarán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento. Por tanto, el TS hace aplicación textual de dicha

disposición, pero, además, añade una razón práctica, puesto que, indica, aunque se hubiese dictado sentencia antes de la entrada en vigor de la Ley, por imperativo de la misma (recogido en la Disposición transitoria quinta), hubiera procedido la revisión para su adaptación al nuevo régimen de provisión de apoyos (FD 3).

En este sentido, pues, se podría afirmar que el TS reconoce que la Ley 8/2021 establece la retroactividad de la norma a supuestos que se han producido antes de la entrada en vigor de la misma, cosa que subraya el propio TS.

3. El establecimiento de medidas de apoyo y la constitución de la curatela.

El TS en la sentencia comentada considera, a la vista de la situación de la persona afectada, la necesidad de establecer medidas de apoyo. Pero, considerando que el art. 249.1º CC requiere que esas medidas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, limita esas medidas de apoyo solo a algunos aspectos de la vida del afectado (en este caso, a la necesidad de limpieza de la casa y sometimiento al tratamiento adecuado que requiere el padecimiento de dicha persona), pero no establece más medidas más allá de las necesitadas por el sujeto afectado; y, por tanto, no limita otros aspectos de la vida del mismo.

Sin embargo, sí que considera que es necesaria la designación de un curador, persona que, según el art. 250.5º CC, es una medida de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. El TS acentúa el papel de la curatela como la medida judicial de apoyo continuado más relevante. Sin embargo, destaca que en la regulación de la misma no se aporta información precisa acerca del contenido de las medidas de apoyo que incluye dicha curatela, por lo que estima que el contenido de la curatela puede ser muy amplio. Y señala que es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas. Ciertamente, en la regulación de la curatela en el CC, no existe precepto alguno que establezca el contenido de la misma. Sólo se dice en el art. 268 que las medidas de apoyo serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, subrayando que deberán respetar en todo caso la autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias, y en el art. 269 que será la autoridad judicial quien determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador. Sin embargo, el art. 287 puede ofrecer indicios de tal contenido al señalar una serie de actos para los cuales el curador con facultades representativas requiere autorización judicial.

El TS también pone de relieve que sólo se admiten estas funciones representativas en casos excepcionales que igualmente quedan a la libre apreciación del Juez, en consonancia con lo que dispone el art. 249.3º CC, que establece que “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo

considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas'; así, el TS afirma que es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estarán justificadas dichas facultades de representación, pues hay que atender a las singularidades de cada caso.

De todo lo cual, cabe deducir que la función del juez va a ser fundamental a la hora de establecer dichas medidas, aún y cuando tiene que tener en cuenta todas las premisas y previsiones legales que condicionan el establecimiento de dichas medidas.

4. Alcance de la voluntad de la persona afectada en contra de las medidas de apoyo.

Por último, cabe referirse a una de las cuestiones más importantes que se plantean en los pronunciamientos de esta sentencia, y que se refiere al valor de la voluntad de la persona con discapacidad.

El respeto a la autonomía de la persona es el eje sobre el que pivota la nueva regulación establecida por la Ley 8/2021, como ya se ha puesto de manifiesto. Dicha autonomía se revela en la manifestación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona en situación de discapacidad. Las medidas de apoyo se deben adoptar teniendo en cuenta esa voluntad del sujeto, proporcionadas a las necesidades del mismo y respetando la máxima autonomía de la persona.

El problema se plantea cuando la voluntad de la persona se manifiesta en contra de la adopción de estas medidas de apoyo (como sucede en el caso controvertido en la sentencia).

El TS, ante esta situación, realiza varias observaciones que fundamentan su decisión, que es la de constituir medidas de apoyo y nombramiento de curador. Por un lado, recuerda que cuando en el expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de apoyos (art. 42 bis y ss LJV) la propia persona con discapacidad se oponga a estas medidas, la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que se pondrá fin al expediente y se deberá acudir a un procedimiento contradictorio (art. 42 bis b, 5 LJV en relación con el art. 756.I LEC; este procedimiento se refiere a los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, que se regulan en los arts. 756 y ss de la LEC), lo que presupone, en palabras del propio Tribunal, que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas de apoyo, aun en contra de la voluntad del interesado. Por otro lado, precisa el alcance del mandato contenido en el art. 268 CC, señalando que dicho precepto estipula que el tribunal debe tener en cuenta la voluntad del afectado, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos

y preferencias manifestados por el mismo. Por último, el TS recuerda que la voluntad contraria a la medida de apoyo en una persona que puede sufrir un trastorno psíquico y mental “puede ser consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad”; en base a ello, el TS considera justificada la adopción de la medida de apoyo, aun contra la voluntad de la persona con discapacidad, pues entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación, hasta el punto de que considera que “No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social”.

Con estas precisiones el TS ha matizado la exigencia legal de contar con la voluntad de la persona con discapacidad a la hora de establecer medidas de apoyo. Cuestión que no ha precisado la nueva regulación sobre discapacidad, dado que ha hecho más incidencia en la autonomía de la voluntad que en la ausencia de dicha autonomía.

En definitiva, esta primera sentencia del Tribunal Supremo después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha establecido ciertas interpretaciones de la regulación sobre la situación de la persona con discapacidad, precisando algunos extremos que la nueva regulación había obviado.

