

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (589/2021)**

**Curatela asistencial  
para una persona con discapacidad psíquica**

Comentario a cargo de:  
ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021**

**RoJ:** STS 3276/2021 - **ECLI:** ES:TS: 2021:3276

**Id CENDOJ:** 28079119912021100017

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

**Asunto:** Primera Sentencia en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que a través de su DT 6ª, resuelve con arreglo a la nueva normativa, aunque el procedimiento se había iniciado conforme a la legislación derogada por la precitada Ley.

Persona con discapacidad, afectada por el síndrome de Diógenes, respecto de la que se constituye una curatela asistencial, con designación como curador a una persona jurídica y con específicas medidas de apoyo que han de revisarse cada seis meses.

Interpretación dada por la Sala al requisito de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/2021, de 2 de junio* 5.2. *De la legislación derogada a la nueva normativa en relación con los apoyos para las personas con discapacidad* 5.3. *Constitución de apo-*

*ayos y oposición de la persona con discapacidad 5.4. Alcance de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. 5.5. Conclusión. 6. Bibliografía.*

## **1. Resumen de los hechos**

D. Dámaso, de 66 años, vivía solo y sin parientes conocidos; los vecinos del inmueble en que habitaba, alertados por la situación en la que aquél se encontraba, en octubre de 2018 se pusieron en contacto con la Fiscalía poniendo en su conocimiento que en la vivienda de D. Dámaso se acumulaban trastos y alimentos que recogía de los cubos de la vía pública, que no acudía al médico desde hacía años, y su situación personal estaba deteriorándose progresivamente, considerando que necesitaba atención sanitaria y social.

Tomando en consideración la comunicación formulada por los vecinos, el Ministerio Fiscal presentó, ante el Juzgado de Primera Instancia, demanda de determinación de la capacidad D. Dámaso y constitución de apoyos y salvaguardias para garantizarle el ejercicio de sus derechos. Pedía que se dictase sentencia por la que se determinara con precisión la extensión de su capacidad jurídica y los medios de apoyo más idóneos y, en concreto, los actos para los que precisaría de dichos apoyos, en qué consistirían estos, respetando al máximo su autonomía, debiéndose nombrar la persona que hubiera de asistirle o representarle y velar por él; debiendo asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de D. Dámaso.

Por su parte, la representación de la Administración del Principado de Asturias contestó a la demanda solicitando pronunciamiento respecto a la modificación de la capacidad de D. Dámaso, pidiendo que se constituyese, en su caso, la institución tutelar oportuna.

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

## **2. Solución dada en primera instancia**

El Juzgado de Primera Instancia, tras la práctica de todas las pruebas, consideró que el demandado padecía síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad, que le condicionaba el cuidado correcto de su salud y de su higiene tanto personal como la del inmueble en que reside, con evidente riesgo para la salubridad en general y en concreto para la de sus vecinos. Situación que, según el informe forense, debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente.

En la exploración judicial, el demandado se mostró preciso y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas y manifestando que, aunque es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado, incluyendo comida. Explicó que tiene dinero ahorrado, llegando a hablar de un depósito de 150.000 euros, y de varias propiedades.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2019, por la que estimó parcialmente la demanda, y tras consignar que el síndrome de Diógenes que padece el demandado no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos, modifica la capacidad de obrar de D. Dámaso, designando como tutora a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, solo en el aspecto de estar autorizada para entrar en el domicilio de aquél con la periodicidad que estime conveniente para limpiar y ordenar dicho domicilio.

Esta Sentencia fue recurrida en apelación por D. Dámaso

### **3. Solución dada en apelación**

La Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso planteado, mediante Sentencia de 19 de junio de 2019, señalando que el síndrome de Diógenes que padece el recurrente es un viejo conocido de la psiquiatría que se caracteriza por un extremo abandono del autocuidado de higiene y alimentación en personas que se aíslan de su medio y rechazan cualquier tipo de ayuda, dificultando su nula conciencia de dicha patología y, por ende, cualquier tipo de intervención consensuada, de ahí la medida de intervención y seguimiento por parte de la Administración, con visitas domiciliarias y trabajo coordinado de servicios sanitarios y sociales, a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, que es lo que se ha resuelto en la sentencia que se apela.

La Sentencia, ratificándose en lo acordado por la resolución recurrida, señaló, asimismo, 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; ello pudo ser constatado cuando se llevó a efecto el examen del mismo en esta segunda instancia. Dicho trastorno grave de la personalidad, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia de apelación, 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.

#### **4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo**

El recurso de casación presentado por D. Dámaso se fundamenta en un único motivo, denunciando la infracción del art. 199 del Código Civil en relación con los artículos 200 y 322 del mismo cuerpo legal (con el texto anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, dado el momento de presentación del recurso) 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.

Se alegaba, asimismo, que no cabe 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 contiene 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

D. Dámaso 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, añadiendo que, al margen de este procedimiento pudieran iniciarse las actuaciones que se entiendan oportunas por parte de la administración municipal, dentro de sus competencias dentro del área de lo social

#### **5. Doctrina del Tribunal Supremo**

##### *5.1. Aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/2021, de 2 de junio*

En primer lugar, hay que poner de relieve que esta es la primera Sentencia que dicta la Sala Primera 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.

Una de las cuestiones principales que se le plantea a la Sala es optar por dictar Sentencia en la fecha señalada en primer lugar para la votación y fallo del recurso –27 de mayo de 2021– o posponerlos para la fecha en que tuvo lugar, el día 14 de julio de 2022. La cuestión no es baladí, puesto que, de haber optado por la primera fecha, la resolución debía haberse fundamentado en la normativa del Código Civil entonces en vigor y, de acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/2021, para asegurar la implantación del nuevo régimen de provisión de apoyos, exige la revisión de todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la Ley. Por ello, como señala la Sala en la sentencia que comentamos, aunque hubieran podido dictar senten-

cia 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 iba a ser revisado en breve tiempo y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos.

El nuevo señalamiento para votación y fallo viene avalado porque en esa fecha estaba prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y la Sala se encontraba vinculada por las Disposiciones Transitorias, especialmente la sexta de la precita Ley. Esta Disposición Transitoria 6ª, referida a los procesos en tramitación, como era el caso, establece 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». Esta Disposición Transitoria es coherente con la finalidad de la Ley y no contraría la seguridad jurídica.

Como acertadamente señala la Sala, hay que tener en cuenta que, en esta materia, antes referida a incapacitación y tutela y, con el nuevo contenido del Código Civil, la provisión judicial de apoyos, no rigen los principios dispositivos y de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad, conforme a los principios de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, que justifica toda la reforma.

Esta decisión de la Sala y la fijación de nueva fecha para votación y fallo el día 14 de julio de 2022, condiciona la decisión a adoptar ya que, aunque la sentencia iba a ser dictada con fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el Tribunal estaba afectado por el contenido de su Disposición Transitoria Sexta.

### *5.2. De la legislación derogada a la nueva normativa en relación con los apoyos para las personas con discapacidad*

Es digno de alabanza que la Sala aproveche la ocasión para ofrecernos el contraste de la nueva regulación con la anterior, cuestión que se infiere de la lectura de los antecedentes de la Sentencia que comentamos.

Así el Juzgado de Primera Instancia, consideró pertinente la constitución de una tutela, conforme a la legislación entonces vigente, designando como tutora del demandado a la Comunidad Autónoma del principado de Asturias, permitiéndole “la entrada en el domicilio con la mínima afectación al derecho a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria, por lo que solo permitía una entrada puntual a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio”, siendo en estos aspectos concretos a los que quedada circunscrita la sustitución de la voluntad de D. Dámaso. Constitución de tutela que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Oviedo.

Con la perspectiva del tiempo, quizá resulte excesiva la medida adoptada de constitución de tutela tanto por el Juzgado de Instancia como por la Audiencia Provincial. Quizá hubiera sido más acertada la constitución de una curatela ya que la legislación vigente en ese momento regulaba, como es sabido, la curatela para “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento” (art. 287 CC). Y esta curatela tenía por objeto “la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido” (art. 289 CC).

Este criterio de optar por una curatela en lugar de una tutela es el que defiende el Ministerio Fiscal en su primer informe (vid. Segarra y Alía, 2021, p. 4) siguiendo los principios de necesidad, flexibilidad, temporalidad. La flexibilidad de la figura permitía, a juicio del Fiscal, abrir más posibilidades de participación a la persona, por ejemplo, con la elección de los servicios de mantenimiento y limpieza, que el curador solo podría suplir en caso de negativa por parte de D. Dámaso. Argumentaba también sobre la necesidad de establecer actuaciones sanitarias para garantizar el cuidado de la enfermedad con el control semestral de la medida. El Ministerio Fiscal distinguía una forma de apoyo basada en la asistencia para la toma de decisiones tendentes a garantizar tratamientos de todo tipo para el control y cuidado de la enfermedad, y otra de carácter representativo para la limpieza y orden del domicilio, que sólo actuaría ante la pasividad de la persona con discapacidad.

A decir de Pau (2018, p. 10) hay que recordar que, desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, la discapacidad no puede considerarse ya un estado civil; las personas con discapacidad no pueden ni deben ser vistos como un grupo determinado, debiendo evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. En armonía con el nuevo enfoque de la discapacidad, la antigua noción de «estado civil de incapacidad» –que ponía el centro de gravedad en el incapaz– ha dado paso a la de «situación de prestación de apoyos» –que coloca el centro de gravedad en las personas plenamente capaces.

Estas reflexiones nos llevan al planteamiento que, tanto la Sala como el Informe del Ministerio Fiscal hacen en concordancia con la nueva regulación de esta materia a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Con la nueva normativa, el Informe del Ministerio Fiscal es altamente esclarecedor ante la alternativa que se plantea en aquella entre optar por apoyos puntuales para la persona de D. Dámaso, o decantarse por la constitución de una curatela, cuando señala que la «falta de conciencia del trastorno, la ausencia de apoyos familiares y su resistencia a recibir ayudas sociales hacen inviables eventuales alternativas de apoyo que pudieran prestarse (artículo 42 bis b de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, LJV) a fin de evitar el establecimiento de una medida judicial de apoyo de carácter estable, que ha de ser un último recurso. Y del conjunto de medidas de apoyo que enumera el artículo 250 del Código Civil solo la curatela se presenta, a nuestro entender, como adecuada

a la vista de las necesidades de D. Dámaso, sin perjuicio de procurar, tal como establece el artículo 249 CC, que dentro de lo posible pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y sobre todo fomentando que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

La necesidad de revisión de la medida que se adopte, y la ponderación para no adoptar, de momento, una curatela representativa, queda puesto de relieve por el Fiscal en su Informe, cuando señala que «atendiendo al carácter dinámico del trastorno que tiene D. Dámaso, en el que es posible tanto un agravamiento de la situación, como una rápida mejoría si se siguen y dan resultado los tratamientos conductuales en el ámbito médico-psiquiátrico recomendados, se considera que el plazo seis meses para la revisión de la medida de apoyo que se solicita en nuestro escrito de contestación está justificado por las particularidades del caso. Además, siendo fundamental el modo en que el curador aborda su relación con D. Dámaso, orientada a poder lograr la mejor coordinación, confianza y diálogo, ese reducido plazo permitiría un mejor seguimiento y control de su actuación a fin de asegurar que ésta garantice el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona en la mejor forma posible (art. 270 CC), máxime cuando la curatela recaería en una entidad pública». El Fiscal deja abierta la posibilidad de pasar de la curatela asistencial a una curatela representativa, cuando señala que «Si los esfuerzos del curador no dieran los resultados pretendidos, ante la negativa de D. Dámaso 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».

La Sala incide en los postulados de la nueva normativa, en relación con la anterior, cuando señala en el Fundamento de Derecho Tercero que la «Ley 8/2021, de 2 de junio, constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006. La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera».

Indica, asimismo, y siguiendo con la comparativa entre la antigua regulación y la nueva, que para aquellas personas que precisen apoyos de modo continuado, las antiguas instituciones de tutela y curatela han sido reemplazadas por la curatela, señalando que será la resolución judicial que la determine la que debe precisar su contenido y extensión, de conformidad con la situación, circunstancias y necesidades de apoyo de la persona con discapacidad.

Lo señalado por la Sala, en relación con la provisión de apoyos, trae a la memoria lo señalado por la misma Sala y Tribunal en su Sentencia de 13 de

mayo de 2015 (ROJ STS 1945/2015), referido, dada la fecha de la Sentencia, a la normativa derogada, cuando decía «La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones». Lo que señaló entonces la Sala es la obligación del juzgador de valorar la situación y necesidades concretas de cada persona con discapacidad para, en función de ello, proveerla de las medidas de apoyo más apropiados a su concreta situación

### 5.3. *Constitución de apoyos y oposición de la persona con discapacidad*

Cuando estamos en presencia de personas con discapacidad necesitadas de apoyos, como es el caso que nos ocupa, esos apoyos se determinarán judicialmente –cuando la propia persona no los ha determinado– (vid. García Rubio, 2018,) para posibilitar el ejercicio de su capacidad jurídica, con la finalidad de permitir «el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»; ya que, desaparecida de la normativa vigente la capacidad de obrar, debemos centrarnos en el ejercicio de la capacidad como reflejo de la capacidad jurídica y como sinónimo, en muchas ocasiones, de capacidad de tomar decisiones por la persona con discapacidad.

En relación con lo anterior, y para propiciar el ejercicio de la capacidad habrán de determinarse los apoyos que sean necesarios, en función de cada supuesto de hecho concreto, habida cuenta que el Código civil deja vía libre al juzgador para que en la resolución judicial consigne los apoyos que, en cada caso, considere pertinentes, con respeto tanto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, como a su autonomía.

En el supuesto de hecho que nos ocupa, y en relación con la decisión adoptada por el Juzgado de Instancia y por la Audiencia Provincial, la Sentencia del Tribunal Supremo considera que «hay que 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 Dámaso en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias», cuestión ésta última a la que nos referiremos más adelante.

Hay que tener en cuenta que en el nuevo sistema de apoyos resulta tan importante «la adecuada concreción de la medida *ad cassum* como su correcto desenvolvimiento posterior. Esto determina que, una vez acordado el apoyo,

se gire la mirada hacia el modo en que la persona o entidad lo presta, hacia el desempeño del cargo (Segarra y Alía, 2021, p.2).

Asimismo, hay que tomar en consideración lo consignado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General núm. 1 de 2014, que señala la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de estas personas e indicando, asimismo, que el apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades; aclarando que «el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad».

Llevando esta cuestión al caso que nos ocupa, D. Dámaso, de acuerdo con el contenido de la Sentencia, (FD Cuarto) se oponía a la adopción de las medidas de apoyo de manera clara y terminante. Ante esta situación la cuestión que cabe plantearse es si el juzgador debe admitir esa negativa y, por tanto, concluir que la persona con discapacidad no reciba apoyos o, por el contrario, adoptar las medidas de apoyo que considere pertinentes en interés de la persona con discapacidad.

En favor de estimar que la persona con discapacidad tiene derecho a rechazar los apoyos se decantan García Rubio y Torres Costas (2022, p. 214) utilizando como argumento el contenido de la Observación General núm. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuando afirma que «Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3», señalando que, de modo tajante, dicha Observación General asevera que «La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento».

Hay que poner de relieve que la Ley 8/2021 no consigna el derecho de la persona con discapacidad a rechazar apoyos. Hay que recordar aquí las palabras de Pau (2020, p. 14) cuando señala que «Lo que sucede con el valor del cuidado es que su aplicación concreta a cada caso, a cada persona y las necesidades de cada persona, hace que resulte imposible precisarla en la norma, y además esa aplicación concreta resulta incoercible».

En relación con lo anterior hay que tomar en consideración que, aunque la Ley 8/2021 no establezca distinciones, no es lo mismo una persona con discapacidad física que tiene plenas facultades volitivas, que una persona con discapacidad intelectual cuyas facultades cognitivas pueden encontrarse mermaidas, por no decir que, en algunos casos, y dada la etiología de su enfermedad, puede carecer de ellas. Se trata de personas que «tienen una discapacidad intelectual, originaria o sobrevenida, o discapacidad psicosocial; tal discapacidad tiene especial incidencia en el proceso de toma de decisión en sus distintas fases» (Guilarte Martín-Calero 2021, p. 517).

De otra parte, es de resaltar que la Ley 8/2021, de 2 de junio, omite cualquier referencia al interés de la persona con discapacidad. Creo que es posible tomar como referencia el contenido del art. 58.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que establece que «El Juez dictará la resolución en interés de la persona con discapacidad». Es cierto que este precepto se encuentra inserto en el Capítulo relativo a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, pero considero factible el empleo, por parte del juzgador, de la tutela del interés de la persona con discapacidad en la toma de sus decisiones.

Bien es cierto que cuando nos referimos al interés de la persona con discapacidad, nos movemos en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados, porque ¿cuál es ese interés? ¿quién lo decide?; preguntas cuya argumentación para responderlas requerirían otro comentario distinto a éste. Pero en todo caso, cabe preguntarse si el juzgador, ante un informe pericial que consigne la deficiencia cognitiva de una persona, provocada por su discapacidad, puede, o debe, prescindir de adoptar alguna medida de apoyo con el simple argumento de la negativa de aquélla a recibir la medida de apoyo de que se trate.

Para el supuesto en que la persona con discapacidad no haya adoptado medidas voluntarias de apoyo, como es el caso que nos ocupa, si la autoridad judicial, en función de la situación de la persona y las pruebas practicadas, considera conveniente la adopción de alguna medida de apoyo –la que, en función del caso, estime pertinente– entiendo que, aunque la persona con discapacidad manifieste su voluntad de rechazar los apoyos, el juzgador puede acordar una figura de prestación de apoyos. (con una argumentación similar, De Salas Murillo, 202, p. 2244).

La argumentación anterior nos lleva, nuevamente al supuesto de hecho de la Sentencia que comentamos. D. Dámaso se opone a la adopción de cualquier medida de apoyo, no obstante lo cual, la Sala entiende que debe adoptar la medida de apoyo de una curatela, de carácter asistencial, con el argumento de 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 relación con los argumentos vertidos y con la decisión de la Sala, creo conveniente traer a colación unas reflexiones de Sancho Gargallo (2020, p. 455) cuando afirma que «Partir de la lógica suposición de que la ley quiere ser justa, conduce a descartar en su interpretación aquellos sentidos que conducirían a un resultado inicuo. A ello nos guía la equidad a través de una interpretación lógica o teleológica, que permita indagar el verdadero sentido la norma. Tomando como punto de partida el texto de la norma, se busca el pensamiento contenido en él o el sentido que le marque la finalidad persegui-

da por ella. Por ello, el fin de las leyes no puede considerarse un simple dato para la interpretación, pues constituye su objeto; basta descubrirlo para tener el verdadero conocimiento de ellas».

#### 5.4. *Alcance de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad*

En relación directa con lo que se acaba de señalar en el apartado anterior, es preciso referirse, porque así lo hace la Sentencia que comentamos, a determinar el alcance que tienen la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad, que son determinantes tanto en lo que atañe a la medida de apoyo que necesite, como en su contenido y alcance. Nos referimos, naturalmente, a aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad no ha determinado sus eventuales medidas de apoyo, sino que es el juzgador quien ha de adoptarlas.

Antes señalaba las diferencias que existen entre personas con discapacidad física y aquellas que padecen una discapacidad psíquica; si bien es obvio que a todas debe reconocérseles su dignidad y respetar sus decisiones cuando las puedan manifestar, no es menos cierto que personas con graves deficiencias psíquicas son incapaces de manifestar su voluntad, o expresar sus deseos o sus preferencias.

Esa voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, cuando puedan llegar a conocerse, están en relación directa con la provisión judicial de apoyos que, a decir de Sancho Gargallo (2022, p. 15) exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo. La medida de apoyo no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el ejercicio de su capacidad. Esta situación puede darse sobre todo cuando la discapacidad de esa persona proviene de un trastorno o enfermedad psíquica que distorsiona su entendimiento o la voluntad, y hace que sin tener conciencia de enfermedad no llegue a ser consciente de la contingencia que padece y sus graves consecuencias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

En relación con el supuesto que nos ocupa, el Fiscal, en su Informe, y en relación con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad señaló que «cualquier medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (que se predica igual para todas las personas), ya sea voluntaria, ya sea legal o judicial, debe ir dirigida a permitir el pleno desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico de la persona en condiciones de igualdad, desde el respeto a la dignidad y a la tutela de sus derechos fundamentales (art. 249 CC). Trasunto de lo anterior es el protagonismo de la persona con discapacidad en todas las figuras de apoyo, lo que se traduce en permitir, posibilitar, favorecer y procurar, agotando todas las posibilidades, que la persona pueda expresarse y tomar decisiones que le conciernen y afectan directamente. En consecuencia,

resulta primordial «atender» y «respetar» (terminología empleada en los arts. 249 y 250 CC) la voluntad, deseos y preferencias de la persona en cualquier medida de apoyo, tanto a la hora de determinar el contenido del apoyo, como, constituido este, en el desarrollo de su ejercicio». Y señalaba que la voluntad de D. Dámaso «se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes». (Vid. Segarra y Alía, 2021, p. 6).

A partir de este Informe, y del resto de consideraciones vertidas en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia, la Sala entiende que (FD cuarto 5) «En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. 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”.

«Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues 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 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. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda».

He transcrito parte del contenido de este Fundamento de Derecho dada su importancia porque consigna un nuevo modo de interpretación del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en este caso D. Dámaso. Esta interpretación dada por la Sala ha resultado, como es sabido, polémica, pero como decía antes, y reitero ahora, el juzgador no

puede, ni debe, eludir su responsabilidad de protección de la persona con discapacidad.

Entiendo que la tutela del interés de la persona con discapacidad está por encima de una interpretación literal de la norma y, en esta ocasión el Tribunal Supremo ha señalado otra vía de interpretación de la exigencia de tomar en consideración la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

### 5.5. *Conclusión*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 resuelve el recurso presentado por una persona con discapacidad psíquica (síndrome de Diógenes) respecto a la medida de apoyo acordada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial. La peculiaridad de esta Sentencia estriba en que, en aplicación de la DT 6ª de la Ley 8/2021, la Sala resuelve el recurso conforme a la normativa consignada en la precita Ley, aunque el procedimiento se había iniciado de acuerdo con la legislación en vigor en aquél momento.

A pesar de que la disciplina normativa vigente no distingue los diferentes tipos de discapacidad, no es lo mismo una persona con discapacidad física que tiene plenas facultades volitivas, que una persona con discapacidad psíquica cuyas facultades cognitivas pueden encontrarse mermadas, por no decir que, en algunos casos, y dada la etiología de su enfermedad, puede carecer de ellas.

Si la persona con discapacidad psíquica no ha adoptado las medidas voluntarias de apoyo, es el juzgador quien, en función de la situación de aquélla y de las pruebas practicadas, debe valorar la conveniencia de la adopción de alguna medida de apoyo y, en este caso, aunque la persona con discapacidad psíquica la rechace, el Juez puede acordar una figura de prestación de apoyos.

Aunque la Ley 8/2021 guarde silencio sobre la tutela del interés de la persona con discapacidad, el juzgador ha de tutelar y tomar en consideración ese interés para la determinación de la provisión de las medidas de apoyo.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia, ha señalado una nueva vía de interpretación de la exigencia de tomar en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, porque, entiendo que la tutela del interés de la persona con discapacidad está por encima de una interpretación literal de la norma.

## 6. **Bibliografía**

BERCOVITZ RODRIGUEZ-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*, 2022, Número 118 (Enero-Abril).

- DE SALAS MURILLO, Sofía, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 780, Julio 2020, p. 2227-2268.
- DÍAZ ALABART, Silvia, «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: El derecho a su libertad personal», en *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dir. Monserrat Pereña, Dykinson, Madrid 2018, p. 163-197.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia, «Comentario al artículo 249» en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. García Rubio María Paz y Morro Almaraz, M. Jesús, Coord. Varela Casto, Ignacio, Civitas, Madrid, 2022.
- 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), p. 29-60.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentario al artículo 249», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Cristina Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 511-527.
- PAU, Antonio, «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), p. 5-28.
- PAU, Antonio, «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020), p. 3-29.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», *Indret*, 4.2020, p. 446-461.
- SEGARRA CRESPO, María José y 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, N.º 10, 1 de oct. de 2021, p. 1-14.