

**AUTONOMÍA EN EL ÁMBITO SANITARIO DE LAS  
PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL DILEMA QUE  
PLANTEA LA LEY DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y SU  
REFLEJO EN LA DOCTRINA DEL TC\***

***AUTONOMY IN THE FIELD OF HEALTH CARE FOR PEOPLE WITH  
DISABILITIES: THE DILEMMA POSED BY THE LAW ON PATIENT  
AUTONOMY AND ITS REFLECTION IN THE CONSTITUTIONAL  
COURT'S DOCTRINE***

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 130-183*

\* Esta publicación forma parte de los proyectos "Socialización del cuidado de las personas mayores: un reto tras la Ley 8/2021(SOCUPER)" (PID2022-136264OB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE y "Plataformas digitales para la economía de cuidados (PLADECUIS)" (TED2021-129367B-I00), de la convocatoria de Proyectos de Transición Ecológica y Digital 2021, del Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado con Fondos Next Generation.

M<sup>a</sup> Belén  
ANDREU  
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

**RESUMEN:** Ante la falta de adaptación de la legislación sanitaria y, en particular, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (LAP) a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se plantea el papel que han de jugar en el ámbito sanitario los nuevos criterios contenidos en los arts. 249 y ss. del Código Civil. En este trabajo se contiene una propuesta de reforma de esta normativa, en concreto, de los arts. 3, 5 y 9 LAP. También se analizará cómo debe aplicarse, en tanto no se modifique, la regulación contenida en esta Ley. Dedicaremos una especial atención a los criterios de actuación del representante previstos en el art. 9.6 LAP, en la medida en que ésta ha sido la cuestión central resuelta por el TC en su sentencia 38/2023, a propósito de la constitucionalidad de las autorizaciones judiciales para la vacunación contra la COVID-19 de personas mayores institucionalizadas, sentencia que también será objeto de análisis en el trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad; autonomía del paciente; Ley 8/2021; STC 38/2023; consentimiento informado; consentimiento por representación.

**ABSTRACT:** *Health legislation and, in particular, Law 41/2002, of 14 November, for the regulation of patient autonomy (LAP) has not been adapted to the reform carried out by Law 8/2021, of 2 June. For this reason, the role that the new criteria contained in articles 249 et seq. of the Civil Code should play in the field of healthcare is discussed. This paper contains a proposal for the reform of these regulation, specifically articles 3, 5 and 9 LAP. It will also discuss how this law should be implemented until such time as it is amended. Special attention will be paid to the criteria for action by the representative provided for in article 9.6 LAP, insofar as this has been the central issue resolved by the constitutional court (TC) in its judgement 38/2023, regarding the constitutionality of judicial authorisations for the vaccination of institutionalised elderly people against COVID-19, a ruling which will also be analysed in this paper.*

**KEY WORDS:** *Disability; patient autonomy; Law 8/2021; Constitutional Court Judgement 38/2023; informed consent; consent by representation.*

**SUMARIO.- I. CENTRANDO EL TEMA: ¿QUÉ DICE EL ARTÍCULO 9 LAP Y POR QUÉ NO SE ACOMODA A LA LEY 8/2021?.- II. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LAP.- I. Aspectos generales. 2. La prestación del consentimiento informado por las personas con discapacidad. 3. La representación de la persona con discapacidad en el ámbito sanitario. A) ¿En qué casos existirá una figura de apoyo con funciones representativas? B) ¿Y si no existe medida de apoyo con funciones representativas? C) ¿Qué papel le otorgamos al representante sanitario previsto en la LAP? D) Los criterios de actuación de la representación en el ámbito sanitario. 4. El derecho a la información asistencial. 5. Síntesis de la propuesta de reforma legislativa en materia de consentimiento informado. III. Y MIENTRAS NO SE MODIFICA LA LAP ¿QUÉ APLICAMOS?.- I. Régimen transitorio de la Ley 8/2021. 2. Reinterpretación de la LAP conforme al régimen de la Ley 8/2021. A) La aplicación de los artículos 5 y 9 LAP. B) En particular, el artículo 9.6 LAP. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TC SOBRE VACUNACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 LAP.- I. La doctrina sentada por el TC en las sentencias 38/2023 y 74/2023. 2. Revisión crítica de esta jurisprudencia: la falta de asunción plena por el TC del principio de autonomía.**

---

Como bien sabemos, aunque la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tiene una finalidad de reforma integral del ordenamiento en esta materia, dicha reforma se centró fundamentalmente en el ámbito jurídico-privado, dejando intactos otros sectores de nuestro ordenamiento<sup>1</sup>. La legislación sanitaria es, precisamente, uno de ellos. Esto ha hecho que, desde la aprobación de la Ley 8/2021, la doctrina haya debatido acerca de la vigencia de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), en particular, de lo previsto en su art. 9, y del papel que han de jugar los nuevos criterios contenidos en los arts. 249 y ss. del Código Civil (en adelante, CC).

En las siguientes páginas destacaremos, en primer lugar, por qué la LAP y, en especial, su art. 9 es incompatible con la reforma derivada de la Ley 8/2021. A la vista de esto, haremos una propuesta de reforma de esta normativa, en concreto, de los arts. 3, 5 y 9 LAP. Posteriormente, nos centraremos en evaluar cómo debe aplicarse, en tanto no se modifique, la regulación contenida en la LAP (principalmente arts. 5, 9.3 y 9.6). Le dedicaremos una especial atención a

---

1 TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el *mayor beneficio para la vida y salud del paciente* en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario", *InDret*, 2022, núm. 3, p. 79. Destaca GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 39, p. 221, que, más allá del art. 287 CC, la Ley 8/2021 deja sin resolver el problema de la inseguridad jurídica de los profesionales sanitarios ante los profundos cambios exigidos por el nuevo paradigma de apoyos a la capacidad de las personas con discapacidad.

• M<sup>a</sup> Belén Andreu Martínez

Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: beland@um.es

este último aspecto (criterios de actuación del representante previstos en el art. 9.6 LAP), en la medida en que ésta ha sido la cuestión central resuelta por el TC en su reciente jurisprudencia de 2023, a propósito de la constitucionalidad de las autorizaciones judiciales para la vacunación contra la COVID-19 de personas mayores institucionalizadas, tema al que le dedicaremos el último apartado.

## I. CENTRANDO EL TEMA: ¿QUÉ DICE EL ARTÍCULO 9 LAP Y POR QUÉ NO SE ACOMODA A LA LEY 8/2021?

Tal y como ha señalado la doctrina, y hemos puesto de relieve en trabajos anteriores<sup>2</sup>, existe una incompatibilidad clara entre diversos preceptos de la LAP y la reforma operada por la Ley 8/2021 (y, en consecuencia, entre la LAP y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante, CDPD). En particular, esto se observa en el art. 9 LAP, que dedica gran parte de su contenido al consentimiento informado por representación, regulándolo conforme al modelo médico o rehabilitador de la discapacidad e incluyendo la sustitución en la toma de decisiones como regla general. En particular, nos interesan especialmente sus apartados 3, 5, 6 y 7.

El art. 9.3.a) LAP atiende al supuesto de persona que no sea capaz de tomar decisiones (a criterio del facultativo) o que su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Está previendo los casos de personas que, con anterioridad a la reforma de 2021, se consideraba que no tenían capacidad natural para prestar el consentimiento como consecuencia de una enfermedad mental, neurodegenerativa o de otro tipo (incapacidad natural o de hecho), pero que no habían sido objeto de un procedimiento de modificación judicial de la capacidad o que no podían serlo, al sufrir un trastorno de tipo transitorio, o bien personas que se encontraban de hecho en una situación de imposibilidad de prestar el consentimiento (en estado de inconsciencia; en coma, etc.). El art. 9.3.b) se refiere al caso de la persona con su capacidad modificada judicialmente.

Es evidente que, tras la reforma de 2021, este último supuesto deviene inaplicable, en la medida en que desaparece la modificación judicial de la capacidad (ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del régimen transitorio para las instituciones de guarda existentes a la fecha de entrada en vigor de esta

---

2 ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: "La aplicación de medidas de contención a personas con discapacidad en la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado", en AAVV: *Mujer, discapacidad y derecho* (dir. por en B. VERDERA IZQUIERDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 60 y ss.; ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: "Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", en AAVV: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 92 y ss.

reforma)<sup>3</sup>. Por su parte, en los casos de incapacidad o imposibilidad de hecho a los que se refiere el apartado a), aplicar directamente el consentimiento por representación casa mal con los criterios imperantes tras la reforma, basados, como regla general, en que es la propia persona la que ejercita sus derechos, con los apoyos existentes en su caso y, solo de forma excepcional, tendrían cabida actuaciones representativas. Adicionalmente, este apartado a) remite la prestación del consentimiento a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, sin que exista referencia alguna a los apoyos que pueda tener el paciente; apoyos que, por otra parte, y como acabamos de mencionar, realizarían como regla general una función de asistencia y no de sustitución (arts. 249, 250.2 CC).

El art. 9.5 LAP remite para la prestación del consentimiento para los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción asistida a las reglas especiales contenidas en la normativa específica en esta materia. Esta normativa tampoco ha sido adaptada a la reforma operada por la Ley 8/2021, por lo que plantea los mismos problemas que el art. 9 LAP. Hasta febrero de 2023, este precepto también incluía un régimen especial de consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. Actualmente se remite este tema a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que, incompresiblemente, no ha introducido ninguna regulación específica para las mujeres con discapacidad (a diferencia de las menores, a las que sí dedica un art., el 13 bis). El art. 13.1.c de LO 2/2010, al regular los requisitos comunes para la IVE, contiene una remisión a la LAP para la prestación del consentimiento por representación. Y en su párrafo segundo añade una remisión al art. 9.7 LAP para el caso de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; remisión que es absolutamente insuficiente e, incluso, contraproducente, precisamente por la falta de adecuación de la LAP. La Ley orgánica 1/2013 de reforma de la Ley orgánica 2/2010 debería haber introducido un régimen especial para estos casos adaptado a los principios introducidos por la Ley 8/2021. En este sentido, la reinterpretación que propondremos más adelante para el art. 9 LAP deberá aplicarse también al ámbito del consentimiento para el aborto, por la remisión que a este precepto se realiza por la Ley orgánica 2/2010.

Por otra parte, una de las cuestiones más discutidas es la compatibilidad con la regulación establecida en el CC (especialmente con el art. 249) del criterio de actuación del representante legal conforme al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, contenido en el art. 9.6 LAP. Por su interés y dificultad, lo

3 Señala GARRIDO GARCÍA, A.: "Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, p. 120, que la incoherencia legislativa que se contiene en el art. 9.3.b) LAP, aunque podría parecer inofensiva (al ser una de tantas referencias a una figura que ya no existe en nuestro ordenamiento), produce algunas dudas al interpretarse junto con otras normas.

trataremos específicamente en diversos apartados de este trabajo, incluido el que dedicaremos a los pronunciamientos del TC.

En cuanto al art. 9.7 LAP, este es el que menos problemas de compatibilidad plantea, aunque, en la medida en que se ha gestado en el viejo sistema, sigue estando impregnado del anterior paradigma. Señala este precepto que “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”. Es evidente que el representante legal (que, como ya hemos dicho, debería tener una intervención muy limitada conforme a la nueva regulación y no la general que deriva del art. 9 LAP) debe actuar siempre con respeto a la dignidad del paciente (criterio rector, por lo demás, de la CDPD, art. 3.a, y de la reforma operada en el CC, art. 249.1). Pero la referencia a que su actuación será adecuada a las circunstancias, proporcionada a las necesidades y siempre en favor del paciente es incompleta si no se tienen en cuenta también los criterios de actuación por los que deben regirse los apoyos contenidos en el CC (especialmente art. 249).

También señala este precepto que “El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. Aunque *a priori* este inciso podría entenderse que responde a la nueva regulación, no deja de dar a entender una cierta participación secundaria de la persona con discapacidad que casa mal con el sistema instaurado en el CC en cumplimiento de lo dispuesto en la CDPD<sup>4</sup>. Tal y como se ha señalado en la doctrina, su participación debe ser activa<sup>5</sup>.

Por último, acaba mencionando este apartado 7 que, en el caso de “persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”. Este inciso se introdujo precisamente por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD. Aun así, y tras la reforma de 2021, la mención a los apoyos debe incluir lo introducido por esta reforma, y estos deben ir dirigidos a que preste el consentimiento por sí misma. La palabra “favorecer” contenida en este último inciso puede estar en consonancia con lo dispuesto en el art. 249.2 CC, pero para cuando el apartado 9.3 LAP establezca que la regla general es la de prestación del consentimiento por la propia persona con discapacidad, no en el modelo médico que ahora recoge y

4 En similares términos se expresa el art. 6.3.II del Convenio de Oviedo, que tampoco responde a los postulados de la CDPD.

5 Señala TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 83, que, en el ámbito sanitario, debe garantizarse no solo la participación de la persona con discapacidad, sino la implicación en la adopción de decisiones que le afectan.

en el que parece restarse el protagonismo que la reforma de 2021 concede a la persona con discapacidad en la toma de decisiones sobre sus asuntos<sup>6</sup>.

A la vista de lo anterior, y tal y como viene reclamando insistentemente la doctrina (en la cual nos incluimos)<sup>7</sup>, es necesario abordar ya una reforma de la legislación sanitaria para acomodarla a los principios relativos al ejercicio de la capacidad contenidos en el CC. En las siguientes páginas esbozaremos una propuesta en este sentido. Pero, además, defendemos una profunda reinterpretación de la LAP para acomodarla plenamente a la Ley 8/2021, tema al que le dedicamos otros de los apartados de este trabajo. Hace ya más de dos años de la entrada en vigor del nuevo régimen, y el legislador no ha reformado la normativa sanitaria en este aspecto. Por ello, entendemos que no es posible seguir esperando a la reforma para impregnar la normativa sanitaria de los principios derivados de la Ley 8/2021. Esto mismo es lo que fue haciendo nuestro TS antes de 2021, reinterpretando nuestra normativa civil a la luz de la CDPD a lo largo de más de una década (desde la conocida sentencia de 29 abril 2009<sup>8</sup>).

## II. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LAP.

### I. Aspectos generales.

Los arts. 5 y 8 LAP parten de que es el propio paciente el que recibe la información asistencial y presta el consentimiento informado. Estas mismas reglas deben ser aplicables a las personas con discapacidad, conforme a lo dispuesto en

- 6 En este sentido también ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AAVV: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. ARCOS VIEIRA), Bosch, Madrid, 2022, p. 370.
- 7 Entre otros, GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Sepin, 2021, núm. 136, p. 46 y "La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *AFDUAM*, 2021, núm. 25, p. 100, quien recalca la urgencia de esta reforma, pues las decisiones en este ámbito se sitúan en el centro mismo de las relaciones jurídicas de naturaleza personal; TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 79; GARRIDO GARCÍA, A.: "Prestación de consentimientos", cit., pp. 120, 122; ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: "Discapacidad y autonomía", cit., p. 95. Señala GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "La prestación", cit., p. 222, que ni la más intencionada de las interpretaciones puede ocultar que tanto la normativa estatal como la autonómica dictada en el ámbito del consentimiento informado en salud requieren una modificación formal que elimine del texto las actuales referencias a la incapacidad y a la modificación judicial de la capacidad.
- 8 STS 29 abril 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2362). *Vid.*, sobre la reinterpretación de la normativa civil, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361 y ss.; ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: "La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la Convención de las ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos", en AAVV: *Protección civil y penal de los menores y de las persona mayores vulnerables en España* (dir. por J.A. COBACHO GÓMEZ y F. LEGAZ CERVANTES), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 540 y ss.

el art. 25 CDPD y los criterios incorporados al CC tras la reforma de 2021. Ello conlleva la necesidad de reformar diversos artículos de la LAP.

En primer lugar, el art. 3 LAP, al definir el consentimiento informado, hace referencia a la conformidad del paciente “manifestada en el pleno uso de sus facultades”. Esta mención conecta con el requisito de la plena capacidad de obrar<sup>9</sup>, vigente en la anterior regulación de la capacidad en nuestro CC, más conocido como criterio de competencia en el ámbito sanitario y de la bioética. En la medida en que dicho inciso se vincula con un régimen ya derogado, debería desaparecer en una futura reforma, sin perjuicio de la regulación específica para menores y personas con discapacidad que se disponga al regular el consentimiento informado, que sería el lugar para precisar las condiciones para la prestación del consentimiento en estos casos<sup>10</sup>.

Por otra parte, y como hemos señalado en el apartado anterior, no cabe aplicar tal cual el art. 9.3 LAP en su redacción actual. De cara a una futura reforma de este precepto debería eliminarse la referencia genérica al consentimiento por representación contenida en el título del art. 9 y en su apartado 3, para pasar a regularse por separado el consentimiento en el ámbito sanitario de los menores de edad y el de las personas mayores de edad con discapacidad. Esto, de hecho, es lo que se ha llevado a cabo en la reforma del CC operada por la Ley 8/2021, por lo que no debe extrañarnos esta clara separación entre el régimen de los menores y el de los mayores con discapacidad. Esto afecta igualmente a los criterios contenidos en los apartados 6 y 7 del art. 9, que podrán conservarse para el caso de consentimiento por representación de los menores de edad<sup>11</sup>. Sobre ellos volveremos después.

9 Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, se ha incorporado a nuestro ordenamiento el concepto de capacidad jurídica en sustitución del binomio capacidad jurídica/capacidad de obrar del anterior sistema. Sobre el tema *vid.*, entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad”, en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA Y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 44 y ss., BARBA, V.: “El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 40 y ss.

10 Como recuerda GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil español”, en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 68-69, las previsiones que fijen un estándar de capacidad requerido para la conclusión de un acto serían contrarias a la CDPD. El no establecer un estándar de capacidad in abstracto para la conclusión de determinados actos exige atender a la situación de cada persona in concreto, con el objetivo de favorecer la participación en el proceso con los correspondientes apoyos.

11 Por otra parte, hay que tener en cuenta que el actual art. 9.3.a) LAP incluye tanto supuestos de personas que no pueden prestar el consentimiento debido a lo que se consideraba “incapacidad natural”, pero que no habían sido objeto, conforme al anterior régimen, de modificación judicial de su capacidad, como casos de imposibilidad de hecho de prestar el consentimiento (ej., persona en estado de inconsciencia). En este último supuesto, no estamos propiamente ante personas con discapacidad que puedan necesitar apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que dichos casos deberán ser contemplados en la futura reforma al margen de la regulación específica que se establezca para las personas con discapacidad adaptada a los nuevos principios derivados de la Ley 8/2021. De hecho, en esos casos, habría que atender a la voluntad

Centrándonos en el tema de las personas con discapacidad, entendemos que la distinción entre los supuestos a) y b) del art. 9.3 pierde todo su sentido, tal y como ya hemos advertido en el apartado anterior<sup>12</sup>. Por ello, la futura regulación debe obviar esta distinción y partir de una única regulación para las personas con discapacidad, que responda a los criterios del CC. Conforme a estos criterios, en dicha regulación se debería contener lo que sería la norma general (capacidad jurídica de la persona con discapacidad para prestar el consentimiento informado) y las situaciones excepcionales (la representación en este ámbito). Vamos a ver cada uno de estos supuestos por separado.

## 2. La prestación del consentimiento informado por las personas con discapacidad.

En efecto, en primer lugar, la regla general sería que la propia persona con discapacidad es la que presta el consentimiento informado en el ámbito sanitario, en su caso, con los apoyos de que disponga conforme a lo previsto en el CC. Esta remisión al CC nos permite aplicar al ámbito sanitario, en el caso de que sea necesario por existir o precisarse medida de apoyo, el nuevo régimen contenido en el mismo sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Aquí, de hecho, pueden darse distintas situaciones<sup>13</sup>.

Una primera sería que el consentimiento pueda prestarse por la propia persona con discapacidad sin necesidad de apoyos. Este es el supuesto que a priori menos problemas plantea. No obstante, no hay que obviar, tal y como ha destacado la doctrina, que en estos casos el profesional sanitario tiene un papel importante en su labor de información y asesoramiento, pudiendo ser considerado, de hecho, como un apoyo institucional<sup>14</sup>.

---

previamente manifestada por la persona o, en su defecto, a la intervención de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho a las que actualmente se refiere el art. 9.3.a LAP.

- 12 En cambio, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "La prestación", cit., pp. 227-231, mantiene en su propuesta de modificación del art. 9.3 LAP los dos supuestos a) y b) convenientemente adaptados (en el primero, para cuando no sea posible determinar de ninguna manera la voluntad de la persona con discapacidad; y el segundo para cuando exista un apoyo representativo). También GARRIDO GARCÍA, A.: "Prestación de consentimientos", cit., p. 122 aboga por modificar el primer apartado del art. 9.3 para dejar clara la importancia de asegurarse de que el paciente no puede comprender la información previa y que la representación será solo la última alternativa; y el segundo, para sustituir la referencia a las sentencias de modificación de la capacidad por el título constitutivo de las medidas de apoyo. Nosotros entendemos que no basta con un simple "lavado de cara" en la futura regulación contenida en el art. 9 LAP y que no es relevante, por las razones expuestas, seguir manteniendo la distinción entre la existencia o no de medidas de apoyo con carácter representativo como algo significativo en el ámbito sanitario, una vez ha desaparecido el procedimiento de modificación judicial de la capacidad. A lo sumo, lo propuesto por estos autores serviría para una interpretación de la LAP en tanto en cuanto no se modifica.
- 13 Un análisis de los diferentes supuestos puede encontrarse en TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 86-95.
- 14 También lo califican como apoyo TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 87 y ELIZARI URTASUN, L.: "Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2016, núm. 30, p. 353.

Una segunda situación sería aquella en la que la persona con discapacidad necesita de apoyos para la prestación del consentimiento informado. A la vista de la regulación contenida en el CC, éste será normalmente el caso más frecuente en la práctica. Como sabemos, la regla general es que la medida de apoyo en el ejercicio de la capacidad tiene una función asistencial (y solo excepcionalmente representativa), debiendo respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (arts. 249, 250.2 CC). Por ello, los esfuerzos del personal sanitario y de la figura de apoyo deben ir dirigidos a que sea la propia persona con discapacidad la que preste por sí misma el consentimiento, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias (art. 249.2 CC).

Señala asimismo el art. 249.1 CC que las medidas de apoyo “tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”. La remisión que la futura regulación del consentimiento informado de las personas con discapacidad debe hacer a las medidas de apoyo contenidas en el CC, tal y como hemos propuesto, hace que estos criterios básicos deban aplicarse y, en consecuencia, deviene innecesaria para las personas con discapacidad una norma como el art. 9.7 LAP; precepto que debería desaparecer para estos casos o adaptarse a las previsiones del art. 249 CC si quiere mantenerse<sup>15</sup>.

En cuanto a cuáles van a ser esas medidas de apoyo, habrá que estar al caso concreto. En el nuevo sistema, las medidas voluntarias son preferentes a las de origen legal o judicial (art. 249.1 CC)<sup>16</sup>. Por ello, habrá que atender, en primer lugar, a si existen medidas de apoyo voluntarias designadas por la propia persona con discapacidad en escritura pública, incluido el acuerdo de apoyos<sup>17</sup> (arts. 255, 256 y ss. CC), que incorporen la asistencia en el ámbito de la salud o, incluso, una autotutela con facultades en este ámbito (art. 271.2 CC).

Junto a lo anterior, la legislación sanitaria prevé la posibilidad de otorgar documento de instrucciones previas, en el que uno de sus contenidos es precisamente la designación de “representante sanitario” (art. 11 LAP). Ahora bien, a día de hoy, las IIPP están configuradas para entrar en funcionamiento cuando la persona no pueda decidir por sí misma. Por ello, entendemos que el recurso a

15 Considera TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 87, al art. 9.7 LAP una norma con redacción muy avanzada. Es evidente que, de todos los apartados del art. 9 LAP, éste sería el “menos incompatible” con el nuevo régimen de la capacidad. No en vano, parte de su contenido deriva de una reforma para la adaptación a la CDPD. No obstante, y tal y como hemos señalado en el apartado anterior, aunque pudiéramos considerarla una norma bastante acorde con el nuevo régimen, debe también ser objeto de supresión o modificación por las razones expuestas.

16 Cfr., asimismo, STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276), FJ 3 apdo. 1, FJ 4 apdo. 1.

17 Sobre esta figura, *vid.*, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes”, cit., pp. 66-68.

estas y, en consecuencia, a la figura del representante sanitario procederá en los casos de representación a los que nos referiremos más adelante.

En segundo lugar, puede existir una medida informal, como la guarda de hecho<sup>18</sup>, que prestará asistencia a la persona en el proceso de otorgamiento de consentimiento informado. Esta asistencia suele ser muy habitual en temas cotidianos relacionados con el ámbito de la salud (ej., apoyo en la toma de medicación, seguimiento y citas médicas, etc.). En principio, la guarda de hecho está configurada como la medida de apoyo por excelencia en el nuevo régimen, debiendo ser la más habitual en la práctica (lo que responde también a una realidad social), puesto que a priori es preferente a las medidas judiciales, cuando aquella funcione correcta y eficazmente y sea suficiente para el apoyo que necesita la persona<sup>19</sup>. Es más, la guarda de hecho puede darse incluso aunque haya medidas de naturaleza voluntaria o judicial, cuando éstas no se estén aplicando eficazmente (arts. 250.4, 255.5, 263, 269.1 CC)<sup>20</sup>; o, sin más, puede que haya un diseño concurrencial de varias medidas de apoyo (ej., guarda con poderes preventivos para un ámbito restringido; guarda con nombramiento de defensor judicial para la realización de determinados actos, sin que esto suponga la extinción de tal guarda; o guarda con convenio de apoyos)<sup>21</sup>. En cualquier caso, no hay que perder

- 18 Señala LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 81, respecto a la nueva regulación de la guarda y sus principales características, que se constituye como una verdadera medida de apoyo, en consonancia con la CDPD; se transforma en una figura estable; puede establecerse a pesar de la existencia de otra medida de apoyo, si ésta es ineficaz; puede tener carácter representativo, con autorización judicial; y se rige por los principios de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.
- 19 Cfr. STS 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291), en un caso en el que la persona conserva un cierto grado de autonomía y se considera suficiente para sus necesidades el apoyo prestado por su hijo como guardador de hecho, rechazándose el establecimiento de un apoyo formal solicitado por el Ministerio Fiscal. Falla el Tribunal que la persona “solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo Carlos Jesús de manera adecuada y eficaz (art. 263 CC)”. *Vid.*, asimismo, LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La guarda*, cit., pp. 75-76. Señala esta autora que esto tiene reflejo en los tribunales de instancia, que resuelven juicios de modificación de la capacidad instados conforme a la legislación anterior, en los que se pedía el nombramiento de tutor; y en los que los tribunales están entendiendo que lo que procede es que continúe ejercitando la guarda de hecho y no el nombramiento de un curador con facultades de representación. Ahora bien, como esta misma autora reconoce, y vamos a hacer referencia a continuación, no toda la jurisprudencia sigue esta línea, y se procede a la constitución de curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad. Puede consultarse también las orientaciones jurisprudenciales contradictorias en relación con esta cuestión en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 83-87.
- 20 Señala LECIÑENA IBARRA, A.: “Comentario a los artículos 263 a 267 del Código Civil”, AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 648-650, la incorrección de la referencia contenida en el art. 249.1 CC a que las medidas de origen legal o judicial procederán en caso de insuficiencia de la voluntad de la persona, puesto que no es ésta, sino las medidas adoptadas, las que serán insuficientes. Por lo demás, entiende la autora que por fin se le ha reconocido a la guarda de hecho el merecido protagonismo que hasta ahora se le había negado, a pesar del papel preponderante que siempre ha ostentado en el tejido asistencial de nuestra sociedad. Se la ha elevado, así, a la categoría de medida de apoyo, poniendo en valor una institución que siempre ha servido de facto como soporte vital y jurídico de gran número de personas vulnerables.
- 21 Así lo destaca LECIÑENA IBARRA, A.: “Comentario a”, cit., pp. 650, 651.

de vista que la última jurisprudencia del TS se decanta por una medida de apoyo formal (curatela representativa), en lugar de la guarda de hecho, al menos en los casos en que la persona requiera de una actuación representativa intensa o cotidiana<sup>22</sup>. Sobre esta cuestión volveremos después, al analizar la representación en el ámbito sanitario.

En la práctica, uno de los principales problemas con los que se encuentra la guarda de hecho es su acreditación, al tratarse de un apoyo informal que no requiere de nombramiento judicial<sup>23</sup>. En el ámbito sanitario, este problema se reduce, puesto que lo habitual es que la información la reciba también el apoyo que acompañe y asista a la persona con discapacidad en la prestación del consentimiento. Cosa distinta es cuando no se produce ese acompañamiento y pretenda, por ejemplo, obtener información sanitaria o cuando la persona con discapacidad se opone a la participación del guardador de hecho en estos asuntos. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al tratar el derecho a la información asistencial.

Por último, puede darse el caso de que exista una medida formal de apoyo (ej. curatela) y que la autoridad judicial establezca, por ejemplo, la asistencia en el ámbito de la salud<sup>24</sup> (art. 269 CC; o incluso una curatela mixta, por ej., asistencial

- 
- 22 Cfr. SSTS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4212 y ECLI:ES:TS:2023:4129, respectivamente), que resuelven casos en que la persona carecía de autonomía y capacidad de decisión. Comenta estas sentencias RUIZ ALONSO, G.A.: "La curatela representativa con guarda de hecho previa: problemas aplicativos", *Diario LA LEY*, 2023, núm. 10390, para quien "Tras estas resoluciones se impide a los juzgados de primera instancia y audiencias provinciales denegar de forma automática la solicitud de curatela si hay una guarda de hecho previa obligando a realizar un análisis de las circunstancias concretas de cada caso". Señala este autor que, de esta manera, el TS incide en una cuestión que estaba recibiendo diferentes respuestas por los tribunales de instancia, como era la interpretación de los arts. 250 y 255 CC. Ya que, para algunos (incluido el Ministerio Fiscal), debía acudirse a una interpretación literal (y, en consecuencia, restringida), de estos preceptos; mientras que, en otros casos, se hacía una interpretación más flexible que permitía, aunque existiera una guarda de hecho, nombrar otra medida de apoyo (como la curatela u otra) si era más beneficioso para la persona con discapacidad. Y ello por las dificultades que los guardadores de hecho se encuentran en la práctica a la hora de actuar con la administración o las entidades bancarias, ante la imposibilidad de acreditar sus funciones o por no disponer de facultades representativas. *Vid.*, asimismo, sobre esta cuestión, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 72-74 y "La guarda", cit., pp. 87-93.
- 23 Sobre la prueba de la figura del guardador *vid.* LECIÑENA IBARRA, A.: "Comentario a", cit., p. 659; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., pp. 69-72; LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La guarda*, cit., pp. 97-101. *Vid.*, asimismo, la Circular informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la Actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), que incorpora criterios para acreditar la guarda de hecho mediante acta de notoriedad; así como la declaración responsable del documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las Asociaciones bancarias, de julio de 2023. Analiza estos últimos LECIÑENA IBARRA, A.: "Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023", *Actualidad civil*, 2023, núm. 11.
- 24 *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario a los artículos 282 a 294 del Código Civil", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 801. Advierte esta misma autora ("La contribución", cit., pp. 374-375), que la asistencia en este ámbito es de difícil articulación práctica, pues el curador se limita a realizar una labor de fiscalización y control, aunque sí le otorga el acceso al historial y evolución clínica.

en el ámbito de la salud y representativa en ciertos ámbitos patrimoniales<sup>25</sup>). Esto último (el apoyo en el ámbito sanitario) suele ser, de hecho, un contenido habitual cuando se acuerda una medida formal de apoyo<sup>26</sup>, si bien la jurisprudencia se está decantando más bien por curatelas representativas en lugar de asistenciales<sup>27</sup>.

### 3. La representación de la persona con discapacidad en el ámbito sanitario.

La segunda situación que nos podemos encontrar y que, como hemos dicho, en principio debería tener carácter excepcional<sup>28</sup>, sería aquella en la que, “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. En estos casos, la medida de apoyo podría incluir funciones representativas conforme al art. 249.3 CC. Por lo tanto, la nueva regulación que se contenga en la LAP para el consentimiento informado de las personas con discapacidad debe prever la posibilidad de que el consentimiento se preste por la medida de apoyo con facultades representativas (en este ámbito), tras la regla general del consentimiento de la persona con discapacidad a la que nos hemos referido en el apartado anterior.

#### A) ¿En qué casos existirá una figura de apoyo con funciones representativas?

El CC, como acabamos de señalar, prevé la posibilidad de que la figura de apoyo tenga en estos casos funciones representativas. Pero ¿cuándo ocurrirá esto? Pues bien, es posible que, dentro de la autonomía de la voluntad, la persona con discapacidad haya previsto estas funciones para las decisiones en el ámbito de la salud (con el alcance que disponga) en las figuras de apoyo voluntarias que haya establecido en escritura pública (arts. 255.2, 261 CC), incluida la autocuratela (art.

25 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales”, cit., pp. 91-92. Entre otras, acuerda una curatela mixta la SAP de Cáceres de 16 febrero 2022 (ECLI:ES:APCC:2022:156), pero incluye el ámbito sanitario en la curatela representativa. La SAP de Badajoz de 7 febrero 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:227) distingue, en cambio, según la persona se encuentre en una situación en que su enfermedad esté compensada o descompensada, aplicando la curatela asistencial a la primera y la representativa a la segunda; por lo que las actuaciones en el ámbito sanitario contarán con un apoyo asistencial o representativo dependiendo de la situación descrita.

26 Vid. el análisis jurisprudencial que realiza TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., pp. 100 y ss. La autora pone, no obstante, de relieve que la jurisprudencia aplica la representación prevista en el art. 9.3 LAP, a pesar de tratarse de medida de apoyo asistencial.

27 Se observa también en la jurisprudencia una mayor tendencia al nombramiento de curatelas representativas (que incluyen siempre la representación para las actuaciones en el ámbito sanitario) y no tanto asistenciales, debido a la situación de la persona (enfermedades mentales o neurodegenerativas graves) que le impiden tomar decisiones por sí misma (vid., por ej. en este sentido, la SAP de las Islas Baleares de 7 junio 2022, ECLI:ES:APIB:2022:1834; o la SAP de Alicante de 11 mayo 2023, ECLI:ES:APA:2023:1136). Si dicha situación no se da, se decantan por mantener la guarda de hecho, incluso revocando la curatela nombrada en primera instancia (vid., por ej., la SAP de Cádiz de 17 junio 2022, ECLI:ES:APCA:2022:1636; AAP de Pontevedra de 29 marzo 2023, ECLI:ES:APPO:2023:726A; AAP de Ourense de 17 abril 2023, ECLI:ES:APOU:2023:208A; o la SAP de León de 28 julio 2023, ECLI:ES:APLE:2023:972). Se decanta por una curatela asistencial, en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y aplicada también al ámbito sanitario la SAP de Toledo de 14 marzo 2022 (ECLI:ES:APTO:2022:560).

28 Lamenta GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes”, cit., p. 61, la excesiva utilización por los tribunales de la curatela representativa, de lo que culpa, entre otros, a la exigua vacatio legis y a la DT 6ª de la Ley 8/2021.

271 CC). Como ya hemos indicado, éstas tendrán carácter preferente a otras medidas de apoyo.

En el caso de las medidas judiciales de apoyo, la resolución de constitución puede prever la inclusión de estas facultades representativas, por ejemplo, para la curatela, estableciéndose los actos para los que precisa dicha representación (arts. 269.3 y 4, 285-290 CC). Además, como ya se ha señalado, el art. 287.1<sup>o</sup> CC excluye al consentimiento informado sanitario de los actos para los que el curador representativo debe solicitar autorización judicial.

No obstante, las principales dudas se centran en la figura del guardador de hecho que, a priori, tiene carácter preferente a la curatela, si funciona eficazmente. ¿Puede existir un guardador con facultades representativas en el ámbito sanitario? El art. 264 CC prevé que, al guardador de hecho como medida de apoyo informal, también se le puedan otorgar judicialmente funciones representativas para uno o varios actos y, además, estará sujeto a los mismos requisitos en cuanto a la necesidad de autorización judicial (o excepción de contar con ella en el caso del consentimiento informado sanitario) previstos para la curatela representativa en el art. 287 CC. Ahora bien, ¿qué virtualidad práctica tiene esta previsión aplicada al guardador de hecho en el ámbito sanitario?

En el caso del curador con facultades representativas, como hemos dicho, se le pueden haber otorgado dichas facultades para la toma de decisiones en el ámbito de la salud (con exclusión de la necesidad de solicitar autorización judicial conforme al art. 287.1<sup>o</sup> CC). Pero el art. 264.1<sup>o</sup> CC no parece estar pensando en la posibilidad de otorgar al guardador representación para un determinado ámbito (como el sanitario, o ciertas actuaciones o aspectos relacionados con la salud y a futuro), sino para actos concretos<sup>29</sup>. Así interpretado, se reduce sensiblemente la existencia de un guardador de hecho con facultades representativas en este ámbito cuando la persona no pueda tomar decisiones por sí misma.

Podría pensarse, por ejemplo, en el supuesto de persona con discapacidad que pueda tomar decisiones para cuestiones menores sanitarias, pero no para intervenciones de gran calado, debiendo en estos casos el guardador de hecho solicitar la correspondiente autorización judicial para obtener la representación. Ahora bien, esto contrasta con lo dispuesto en el art. 287.1<sup>o</sup> CC (que, como hemos dicho, excluye la autorización judicial para el consentimiento informado) al que remite el art. 264.2 CC. Podría alegarse, como argumento a favor de la necesidad de autorización judicial, que en este caso nos encontramos ante un guardador sin facultades representativas que, precisamente por ello, la solicita

29 En este sentido, LECIÑENA IBARRA, A.: "Comentario a", cit., p. 663, quien entiende que, a la vista del precepto, no cabe autorización judicial de carácter general para el guardador. Vid., asimismo, GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 13; DÍAZ PARDO (2022), pp. 319-320.

para un determinado acto sanitario. Pero, en cualquier caso, no deja de resultar chocante con la regulación del curador representativo y, sobre todo, con la actual contenida en el art. 9.3.a LAP que, a falta de “representante legal” que pueda consentir por “representación” en estos casos, permite que el consentimiento lo presten las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (sin necesidad de autorización judicial de ningún tipo). Es decir, la regla hasta ahora imperante en el ámbito sanitario, precisamente por sus propias características de agilidad en la toma de decisiones, es que determinadas personas especialmente vinculadas al paciente que no puede prestar el consentimiento por sí mismo, puedan hacerlo por él sin necesidad de control judicial previo (a salvo lo dispuesto en el art. 9.6 LAP). A esta misma lógica responde el actual art. 287.1° CC<sup>30</sup>.

De ahí la necesidad de mantener en la futura regulación del consentimiento informado una regla similar a la del actual art. 9.3.a), solo que incorporando a las medidas de apoyo informales, como la guarda de hecho. Es decir, en el ámbito sanitario no necesitamos de una medida de apoyo con facultades representativas para la adopción de decisiones en lugar del paciente. Si esta figura existe, con facultades de representación para actuaciones sanitarias, será a ella a la que se acudiría, pero otras medidas de apoyo o, en última instancia, los familiares, podrán otorgar el consentimiento en estos casos. Este aspecto lo tratamos precisamente en el siguiente apartado.

Adicionalmente a lo anterior, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TS está otorgando preferencia a la curatela representativa frente a la guarda de hecho precisamente en los casos en que la persona carece de autonomía y

---

30 Como señala GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., pp. 228, 246, el ámbito sanitario requiere de una especial agilidad en la toma de decisiones y la salvaguarda de la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios. De ahí que, para esta autora, el término representación a que se refiere el art. 9.3.a) LAP adquiera un sentido no técnico, sino de apoyo y sustitución en la expresión de lo que hubiera sido la voluntad del paciente, de haberla podido expresar. En este sentido, considera que no es aplicable a la actuación de las personas vinculadas al paciente lo dispuesto en el art. 264 CC, en relación con la obtención de autorización judicial para la actuación representativa del guardador de hecho, y que remite a lo dispuesto en el art. 287 CC en relación con los supuestos en los que se necesita autorización judicial (artículo que la excluye en los casos de consentimiento informado para el ámbito sanitario). En este sentido, también GARRIDO GARCÍA, A.: “Prestación de consentimientos”, cit., p. 126, quien señala que los guardadores de hecho podrán prestar el consentimiento informado por representación sin necesidad de contar con autorización judicial; y ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 371. La complicación ínsita a este tema se pone también de relieve si analizamos el iter legislativo. En el anteproyecto, el art. 261.4 señalaba: “En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo”. El art. 263.3 del proyecto de ley indicaba: “En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento”; y, por su parte, el art. 287.1 CC solo exceptuaba de la autorización judicial el tema del internamiento (“1° Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento). Posteriormente, y dada la complejidad del tema y las implicaciones que tenía, esto se modificó en el trámite parlamentario y se dejó en la defectuosa remisión a la legislación específica para el consentimiento informado que actualmente se contiene en el art. 287.1 CC. Sobre este último aspecto, volveremos posteriormente a propósito del art. 9.6 LAP.

capacidad de decisión (SSTS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre<sup>31</sup>). En estos supuestos, el TS está teniendo en cuenta las peticiones de los guardadores de hecho, que solicitan su nombramiento como curador representativo, ante la insuficiencia de la guarda de hecho para diversos actos de la vida cotidiana en los que deben representar a la persona con discapacidad. Un elemento que consideramos clave y que el TS está teniendo en cuenta para ello, es la necesidad de una representación de carácter amplio e intenso, y la imposibilidad de que esto se cubra con la solicitud de manera continuada por el guardador de hecho de autorizaciones judiciales con facultades representativas para ciertos actos (prevista en el art. 264.I CC). En ambos casos resueltos en las sentencias mencionadas hay oposición del Ministerio Fiscal a la adopción de una curatela representativa, ante la suficiencia de la guarda de hecho. Considera el Fiscal que las dificultades prácticas alegadas por los guardadores por no contar con la representación no justifican la adopción de una medida de apoyo judicial. Y, además, considera no justificada una representación con carácter general y para actos futuros<sup>32</sup>.

No lo entiende así, en cambio, el TS, para quien “si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho”. Para el TS, del mismo modo que no es necesaria la constitución de una curatela cuando los apoyos que necesita una persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran que es el mejor apoyo. De hecho, resalta que lo esencial es que se le preste el apoyo que precisa, y que el hecho de que se provea judicialmente no debe tener una connotación negativa. En este sentido, considera que la constitución de la curatela no es contraria a lo dispuesto en los arts. 255, 263, 268 y 269 CC.

En la segunda de las sentencias citada, el TS afirma que, a pesar de que el art. 264 permite otorgar funciones representativas al guardador de hecho: “cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y

31 SSTS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4212 y ECLI:ES:TS:2023:4129, respectivamente).

32 En la primera de las sentencias mencionadas, el Fiscal señala que: “En el presente caso, no sería necesaria la curatela como medida de apoyo, ni sin justificación alguna, otorgar funciones representativas para todo acto en la esfera personal y patrimonial, no explicándose el motivo de la decisión de esta medida judicial de apoyo, en la que no se concreta los actos (se hace de forma genérica), ni da la más mínima explicación de por qué se atribuye facultades representativas, máxime cuando no existe una necesidad presente ni del guardador, ni del discapaz, sino que se confiere poderes representativos para posibles actos futuros, cuando dichas necesidades, de llegar a producirse, tiene su trámite en los artículos 287 del Código Civil, en relación con los artículos 61 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”. Las afirmaciones del Ministerio Fiscal coinciden en general con el espíritu de la reforma operada por la Ley 8/2021 (vid. GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 50, cuando señala que la “representación general es todavía más excepcional, hasta el punto de que debe ser considerada como la última ratio del sistema”; asimismo, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales”, cit., pp. 95-97). Otra cosa es que el TS, a la vista de las limitaciones detectadas en la práctica para la figura del guardador de hecho, se haya decantado por dar primacía a la figura del curador representativo al estilo del antiguo tutor.

es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial<sup>33</sup>. En este sentido, rechaza también la limitación de la representación solicitada por el Fiscal solo al seguimiento y control de las cuentas corrientes y productos financieros, control de ingresos y gastos y los actos previstos en el art. 287 CC, pues el TS entiende que la enfermedad de la persona afecta también a la toma de decisiones en los ámbitos personal, cotidiano y sanitario.

A la vista de lo resuelto por el TS parece claro que, en los casos de personas que no puedan de ninguna manera tomar por sí mismas decisiones en el ámbito sanitario, lo más oportuno sería recurrir a una norma específica sanitaria, tal y como acabamos de comentar, que permita la actuación de la figura de apoyo en estos casos. Sobre esto vamos a incidir en el siguiente apartado. Todo ello sin perjuicio de que, ante la interpretación restrictiva de las facultades representativas del guardador previstas en el art. 264.I CC, proceda promover un expediente para el nombramiento de curador representativo en aquellos casos en que dicho guardador vea dificultada su labor por requerírsele una importante actividad representativa que supera las previsiones del CC para esta figura.

*B) ¿Y si no existe medida de apoyo con funciones representativa?*

Junto a los supuestos en los que exista una figura de apoyo con facultades representativas para las actuaciones sanitarias, puede darse también el caso de que la persona con discapacidad no pueda de ninguna manera prestar por sí sola el consentimiento y no disponga de figura de apoyo o ésta no incluya dichas funciones representativas. No hay que olvidar, además, que las medidas de apoyo judiciales tienen, en principio, carácter subsidiario en la nueva regulación del CC, por lo que estos casos pueden presentársenos con carácter preferente<sup>34</sup>. En concreto, el primero de los supuestos indicados tendrá una menor incidencia en la práctica, puesto que lo normal será que la persona con discapacidad, sobre

33 Aunque el TS no lo señala expresamente en la sentencia, en la mente del juzgador seguramente ha estado las características del expediente de jurisdicción voluntaria para conceder autorización judicial al guardador de hecho, que incluye como mínimo entrevista con la persona con discapacidad (además de poder solicitar informe pericial o la comparecencia de otras personas que considere necesarias para otorgar la autorización en función del acto de que se trate, art. 52.3 Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria); lo que revela que no esté pensado para actuaciones que se deban llevar a cabo de manera reiterada y continua.

34 Vid. el orden en la prestación del consentimiento por sustitución que señala ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 369-371, y que responde a esta lógica, disponiendo, en primer lugar, la figura de apoyo voluntario, luego el guardador de hecho, después el curador y, por último, otros familiares o allegados.

todo en estos casos en los que de ninguna manera pueda la persona expresar su voluntad, deseos y preferencias, disponga al menos de un guardador de hecho.

En cambio, el segundo sí puede ser más habitual, puesto que es posible que en la constitución de la concreta medida de apoyo no se previeran estas facultades (porque la propia persona con discapacidad no lo dispuso en el título constitutivo de la medida de apoyo voluntaria o judicialmente no se estableció, porque la situación en la que se encontraba en aquel momento la persona con discapacidad no lo requería, arts. 255.2, 269.3, 271.1 CC). En el caso de que exista una medida de apoyo informal (como la guarda de hecho) va a ser la situación más habitual. Tal y como acabamos de comentar, al guardador no se le va a facultar, en virtud del art. 264.1 CC, para representar con carácter general a la persona con discapacidad en el ámbito sanitario. Por lo que tendremos sin más una guarda de hecho que presta su apoyo a la persona con discapacidad en dicho ámbito.

En estos casos, tal y como hemos comentado en el apartado anterior, con independencia de que pueda promoverse un expediente judicial de provisión de medidas de apoyo judicial cuando corresponda<sup>35</sup>, la actuación en el ámbito sanitario requiere de una agilidad e inmediatez que precisa la actuación en nombre del paciente con discapacidad a pesar de no existir medida de apoyo con funciones representativas. La legislación sanitaria ha sido siempre consciente de esto y de ahí la previsión del art. 9.3.a) LAP, que precisamente prevé el consentimiento por las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, cuando el paciente carezca de "representante legal".

Por otra parte, y como también hemos señalado, la doctrina entiende aplicable el art. 287.1<sup>o</sup> CC (que exime al curador con funciones representativas de la necesidad de solicitar autorización judicial para el consentimiento informado sanitario) a los guardadores de hecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 264.2 CC<sup>36</sup>.

En este sentido, en la regulación que se disponga para el consentimiento informado de la persona con discapacidad en la futura reforma de la LAP, además de contener la posibilidad de que la medida de apoyo con facultades

35 En este sentido, TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 88.

36 En realidad, el art. 264.2 CC, que remite al 287 CC, se refiere al guardador con facultades representativas, lo cual tiene su lógica, puesto que en el caso de que las medidas de apoyo cumplan una función únicamente asistencial y no representativa, la regla de la que parte el CC es que es la propia persona con discapacidad la que presta el consentimiento. De ahí la importancia de reformar la LAP e incluir una concreta norma para prever estos supuestos, como la que proponemos a continuación. Sobre la discusión acerca de si la remisión del art. 264.2 CC a la autorización judicial regulada en el art. 287 CC se aplica a cualquier guardador de hecho o solo al guardador con facultades representativas, vid. LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La guarda*, cit., pp. 85-88; DÍAZ PARDO, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 320-322.

representativas en el ámbito sanitario pueda prestar el consentimiento informado cuando el paciente no pueda de ninguna manera expresar su voluntad, deberá también prever la posibilidad en estos casos de que se preste el consentimiento, aunque no exista dicha figura de apoyo o no tenga funciones representativas.

Estas figuras de apoyo deben tener, por tanto, cabida en la futura regulación (que serán, por lo demás, quienes en la práctica mejor conocerán a la persona con discapacidad, puesto que son las que le han venido apoyando en decisiones de toda índole), frente a la regulación contenida en la actual LAP, que menciona únicamente a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. Esta remisión genérica de la LAP, aunque en la práctica da mucha flexibilidad para atender a los diferentes supuestos que se puedan plantear, también requiere de una cierta concreción, para evitar conflictos muy habituales en los que hay disparidad de criterios entre los familiares. De hecho, la normativa autonómica sanitaria ha venido a desarrollar en este punto lo dispuesto en el art. 9.3.a) LAP, previendo un orden de preferencia entre los familiares en el otorgamiento del “consentimiento por representación”<sup>37</sup>.

En definitiva, en la futura reforma de la LAP debe preverse que, en los casos excepcionales en los que el paciente no pueda expresar su voluntad, será la medida de apoyo (voluntaria o la curatela adoptada judicialmente) a la que se haya conferido facultades representativas en el ámbito sanitario la que pueda otorgar el consentimiento. Si esta no existiera, podrá hacerlo la medida de apoyo formal (ej. curatela asistencial) o informal (guarda de hecho) que asista a la persona con discapacidad o, en su defecto, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (respetándose en todo caso lo dispuesto en el art. 250.8 CC).

### C) *¿Qué papel le otorgamos al representante sanitario previsto en la LAP?*

Por último, podríamos plantearnos el papel que debe jugar en el sistema descrito el representante sanitario nombrado por el paciente en su documento de instrucciones previas (en adelante, IIPP) (por alguno de los mecanismos de otorgamiento de este documento previsto en la normativa sanitaria autonómica)<sup>38</sup>. Como hemos mencionado anteriormente, las IIPP están previstas para entrar en funcionamiento cuando el paciente no pueda expresar por sí mismo su voluntad. Por lo tanto, y como más adelante mencionaremos, podrá acudir a ellas para conocer la voluntad de la persona con discapacidad como el primero de los elementos a tener en cuenta a la hora de prestar el consentimiento por

37 Vid., por ejemplo, el art. 46.2.b de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

38 Señala GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 53, que en un sentido amplio las voluntades anticipadas deben ser consideradas como medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

representación. Pero queda la duda de saber, en el caso de que incorpore un representante sanitario, qué tipo de intervención tendría.

El art. II LAP le reserva funciones de interlocución con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento del documento de IIPP. Por lo tanto, a priori su función parece ser principalmente ejecutiva y no tanto decisoria. Aun así, el representante puede ser considerado como un auténtico apoyo en el ejercicio de esta actividad de carácter ejecutivo. En este sentido, cumpliría, como primera y más básica función, la de asegurar que el equipo médico conozca la existencia de IIPP, así como velar por su cumplimiento. Además, también ayudará en la interpretación de la voluntad del paciente contenida en dicho documento. El representante sanitario normalmente conocerá mejor que el equipo médico la propia trayectoria vital del paciente (por eso normalmente se le habrá designado como tal). Y, por ello, cumplirá una importante función a la hora de determinar qué es lo que ha querido decir y aclarar el contenido del documento a la vista de los valores del paciente<sup>39</sup>. Esta misión está además muy en sintonía con las previsiones del art. 249.3 CC, para los casos de actuación representativa de la figura de apoyo.

Pero también se ha defendido en la doctrina que la función del representante sanitario va más allá de las dos anteriores e incluye la posibilidad de tomar decisiones en este ámbito. Para ello, se pone en relación el art. II con el art. 9.3.a) LAP, interpretando que, en la referencia al representante legal que contiene este último precepto, hay que incluir al representante sanitario. De manera que éste prestaría el consentimiento por representación con prioridad a familiares y allegados<sup>40</sup>.

Partiendo de lo anterior, podemos considerar que, si existe representante sanitario nombrado en documento de IIPP, habrá que tenerlo en cuenta en los casos en que el paciente no pueda de ninguna manera tomar decisiones en el ámbito sanitario, como una figura de apoyo que puede actuar con facultades representativa en estos casos. Esta realidad debería reflejarse también en la futura regulación que se contenga del consentimiento de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario en sustitución de la actual contenida en el art. 9 LAP (y modificar también en consecuencia las previsiones del art. II LAP).

En el caso de que existan otras figuras de apoyo, surgirá la cuestión problemática de su relación y coordinación con ellas. Si el documento de IIPP se otorgó con

39 Así lo señala FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Autonomía del paciente y representante sanitario", en AAVV: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral* (dir. por A.M. MARCOS DEL CANO), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 375-377.

40 Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Autonomía del", cit., pp. 377-379 y "Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas", en AAVV: *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España* (dir. por G. SPOTO), Editum, Universidad de Murcia, 2013, pp. 227-228 (y doctrina allí citada).

posterioridad al nombramiento de otras figuras de apoyo voluntarias, podemos entender que existe una clara voluntad de la persona de reservar la actuación en el ámbito de la salud para el representante sanitario, modificando sus previsiones anteriores al respecto si las hubiera<sup>41</sup>.

En el caso contrario, esto es, si el documento de IIPP se realizó antes del nombramiento de alguna figura de apoyo voluntaria prevista en el CC, habrá que estar a las circunstancias del supuesto en concreto y al tipo de nombramiento realizado, funciones atribuidas, etc. Por ejemplo, si se le han reservado a la nueva figura de apoyo solo funciones no relacionadas con el ámbito sanitario, podríamos entender que deja subsistente sus previsiones sobre representante sanitario contenidas en las IIPP (aunque lo ideal sería que a la hora de constituir una nueva figura de apoyo se tuviera en cuenta y se hiciera referencia a qué ocurre con lo dispuesto previamente para el ámbito sanitario). En cambio, si en la constitución de figura de apoyo voluntaria se incluyen las facultades y actuaciones previstas para el representante sanitario, podría entenderse que ha querido revocar o modificar las previsiones al respecto contenidas en las IIPP. Además, teniendo en cuenta que los apoyos voluntarios se constituyen en escritura pública, no deberían plantearse problemas respecto a la validez de la modificación o revocación llevada a cabo por ésta respecto de las previsiones contenidas en un documento de IIPP ya otorgado (y que cuenta con una regulación distinta en cada CCAA respecto de las formas de otorgamiento, modificación y revocación). En cualquier caso, esta modificación o revocación de lo previsto en el documento de IIPP respecto del representante sanitario debería notificarse al registro de IIPP, para que se tenga en cuenta por los operadores en el ámbito sanitario<sup>42</sup>.

En el caso de medida de apoyo judicial, por ejemplo, constitución de una curatela, si ésta se nombra con posterioridad a la existencia de representante sanitario, esta circunstancia debería hacerse valer ante el juez para que, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 268.I CC, cfr. *mutatis mutandis* art. 272 CC), se respete dicho nombramiento a la hora de determinar los actos para los que la persona necesita apoyo (art. 269.3, 4 y 5 CC). Más dificultades podemos encontrarnos en el caso de otorgamiento de IIPP con representante sanitario, disponiendo ya la persona con discapacidad de una medida formal de apoyo. Partimos de que esto podrá ocurrir en los casos

41 El problema que surge en estos casos deriva de que la figura de apoyo voluntaria prevista en el CC requiere nombramiento en escritura pública (art. 255.I CC) y la legislación sanitaria autonómica permite otras formas, distintas de la escritura pública, para el otorgamiento de IIPP. En este sentido, estaríamos admitiendo que un documento correctamente otorgado conforme a la legislación sanitaria aplicable, pero que no necesariamente consta en escritura pública, modifique lo establecido en una previa escritura pública de constitución de medidas de apoyo voluntarias.

42 Lo mismo puede decirse respecto del otorgamiento en sí de escritura pública de constitución de apoyos, en la medida en que pueda incorporar IIPP sanitarias y/o representante sanitario. No hay que olvidar que en el ámbito sanitario es práctica extendida la consulta del registro de IIPP, por lo que ofrece enormes ventajas de inmediatez y eficacia.

generales de existencia de una medida formal de apoyo con funciones asistenciales (ya que si dispone de facultades representativas posiblemente estaremos en una situación en que la persona no esté en condiciones de otorgar ya IIPP).

Pues bien, aquí hay que tener en cuenta que a priori los momentos de actuación de ambas figuras pueden ser distintos, puesto que el representante sanitario entra en juego cuando la persona ya no puede prestar el consentimiento por sí misma. En este sentido, si existe una curatela asistencial a la que se le ha atribuido la asistencia en el ámbito sanitario puede desempeñarla, independientemente del otorgamiento de IIPP con representante sanitario. Para llegado el caso de que la persona no pueda prestar de ninguna manera el consentimiento, intervendría el representante sanitario en la medida en que el curador no tiene facultades representativas. Si se solicita el cambio a curador con facultades representativas, al igual que hemos señalado anteriormente, debería hacerse valer ante el juez la existencia de las IIPP con representante sanitario, para que pudieran tenerse en cuenta a la hora de determinar las facultades atribuidas al curador (art. 269.4 y 5 CC).

En cualquier caso, consideramos que, en la medida de lo posible, la interpretación debe ser pro mantenimiento de la figura del representante sanitario y sus funciones. Y ello por la importancia de respetar la voluntad de persona con discapacidad (que constituye uno de los principios rectores de la reforma de 2021) de querer que sea una determinada persona la que le apoye para las concretas cuestiones sanitarias. Además, hay que tener en cuenta que el hecho de tener una persona distinta para el apoyo y toma de decisiones en el ámbito sanitario puede tener justificación en la práctica. Es relativamente habitual que la persona quiera que un determinado familiar cercano (por ej., un hijo o hija) sea quien ejerza con carácter general de figura de apoyo y se ocupe de cuestiones cotidianas, pero no necesariamente quien tome determinadas decisiones en el ámbito sanitario, sobre todo aquellas más complicadas, para quien puede querer otra figura menos “implicada emocionalmente” o más cercana a su escala de valores.

Por lo demás, el representante sanitario que tome decisiones en el ámbito de la salud de la persona con discapacidad estará sujeto a los mismos principios que otras figuras de apoyo, contenidos principalmente por lo que hace a la actuación representativa en el art. 249.3 CC. En esta última cuestión nos vamos a detener precisamente en el apartado siguiente.

#### *D) Los criterios de actuación de la representación en el ámbito sanitario.*

Los criterios de actuación de la figura de apoyo con facultades representativas (en los casos, a priori excepcionales, en los que éste debe intervenir) o, a falta del anterior, de la persona que preste el consentimiento por la persona con

discapacidad imposibilitada de hacerlo por sí misma, deben ser los establecidos en el CC, en consonancia con la remisión que debe hacerse en el ámbito sanitario a la regulación civil de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica (en particular, en el art. 249 CC)<sup>43</sup>. Y la futura regulación del consentimiento en el ámbito sanitario así lo debe de reflejar.

Ello nos lleva, en primer lugar, al criterio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, como principio básico de la nueva regulación. En este caso, y al estar la persona imposibilitada para prestar el consentimiento por sí misma y, en consecuencia, para expresar su voluntad al respecto, debemos acudir a la voluntad expresada por anticipado. En el ámbito sanitario existe un mecanismo especialmente diseñado para ello, como son las IIPP. El art. 11.1 LAP las define como el documento en el que la persona manifiesta “anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”. Precepto que ha sido desarrollado por una amplísima legislación autonómica en la que se regula su contenido, otorgamiento, modificación, revocación e inscripción, entre otras cuestiones<sup>44</sup>.

Pero hay otras vías que permiten dejar constancia de esta voluntad. Sin salir del ámbito sanitario, podemos observar que en los últimos tiempos ha tomado mucha fuerza la llamada planificación anticipada de decisiones (en adelante, PAD) o planificación compartida de la atención (en adelante, PCA). Se trata de un proceso voluntario de comunicación y deliberación entre una persona capaz y el personal sanitario con implicación en su atención, acerca de los valores, deseos y preferencias que quiere que se tengan en cuenta respecto a la atención sanitaria que recibirá como paciente, fundamentalmente en etapas de cronicidad avanzada y en los momentos finales de su vida. Debe quedar constancia amplia en la historia clínica del paciente. Estamos ante un proceso deliberativo, relacional y estructurado que facilita la reflexión y la comprensión de la vivencia de enfermedad y el cuidado y cuya finalidad es poder tomar decisiones sanitarias coherentes con los deseos del paciente cuando la persona pierde su capacidad de decidir temporal o permanentemente. Es un proceso en el que interviene la persona en fase de enfermedad, sus allegados y los profesionales que participan en el proceso asistencial, teniendo como fundamento ético la autonomía relacional y como

43 Vid. la extensa exposición que hace sobre este tema TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., pp. 95-100.

44 Para un análisis de esta legislación, vid. NORIEGA RODRÍGUEZ, L.: *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 25 y ss. Con posterioridad a 2019 se ha promulgado el Decreto 180/2021, de 5 de noviembre, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana.

propósito la promoción de la libertad de las personas, acompañándolas en un proceso de decisión que, con frecuencia, resulta complejo e incierto, especialmente en los escenarios de final de vida. El objetivo es la obtención de un plan con los pacientes que atraviesan por una trayectoria de enfermedad determinada para que, de acuerdo con los deseos y las expectativas de las personas atendidas, oriente las acciones de los profesionales involucrados<sup>45</sup>.

Junto a lo anterior, la persona también puede haber dejado expresada su voluntad a través de los mecanismos regulados en el CC para acordar apoyos voluntarios, en particular, en un acuerdo de apoyos.

Cuando dicha voluntad no conste de forma anticipada, el criterio que se establece para las actuaciones representativas en el CC es el previsto en el art. 249.3 CC: “se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”<sup>46</sup>. Por tanto, se debe actuar con pleno respeto al canon de la trayectoria vital<sup>47</sup>, desechando la posibilidad de imponer el criterio propio que tenga la figura de apoyo<sup>48</sup>.

A la hora de construir esta “voluntad hipotética”, la figura de apoyo puede tener en cuenta las propias declaraciones contenidas en los documentos señalados anteriormente (IIPP, PAD, PCA). Es más, es uno de los contenidos deseables de las IIPP (huyendo de los modelos enlatados que se ofrecen en los registros de IIPP) y que le darían el auténtico valor y sentido a estas voluntades anticipadas. También

- 
- 45 Sobre la PAD y PCA *vid.* JÚDEZ GUTIÉRREZ, FJ; NOVOA, AJ; GANDÍA, M; GIL, J.: “Dime lo que escribes y te diré lo que valoras: nuevos contenidos ‘rutinarios’ en la historia clínica para abordar la atención al sufrimiento evitable e inevitable”, Comunicación N.º 83 al XV Congreso Nacional de Bioética, Victoria-Gasteiz, 4 al 6 de noviembre de 2021.; SARALEGUI I, LASMARIAS C, JÚDEZ J, PÉREZ DE LUCAS N, FERNÁNDEZ J, VELASCO T, ET AL.: “Claves en la planificación compartida de la atención. Del diálogo al documento”, en AAVV: *Monografías SECPAL sobre Cronicidad Avanzada*. Madrid: Inspira Network, 2018, pp. 87-89; POVEDA-MORAL, S., BOSCH-ALCARAZ, A. & FALCÓ-PEGUEROLES, A.: “La planificación de decisiones anticipadas como estrategia preventiva de conflictos éticos en urgencias y emergencias durante y después de la COVID-19”. *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, núm. 50, pp. 189-203; GERMÁN DIESTRE, O.: “Planificación de decisiones anticipadas. Un modelo de relación asistencial”, en *Informaciones psiquiátricas*, 2017, núm. 228, pp. 41-53.
- 46 Señala GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., pp. 6-7 y “La reforma”, cit., pp. 97-99, que en estos casos no hay una sustitución, ni un mero nuntius, sino que la figura de apoyo será un asistente-transmisor que participa de modo activo no solo en la interpretación de la declaración, sino también en su formación. Afirma, así, que, en estos casos, la declaración de voluntad es una creación conjunta de la persona con discapacidad y de la que presta el apoyo. Solo admite una representación heterónoma o sustitutiva cuando no pueda aplicarse el criterio del art. 249.3 CC.
- 47 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario a”, cit., p. 802. Hace mención TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 96, al art. 226-2.2 CCCat., más explícito, ya que junto a la trayectoria vital menciona las manifestaciones previas de voluntad en contextos similares o la información con la que cuentan las personas de confianza, junto con cualquier otra consideración pertinente para el caso.
- 48 Destaca TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 97, la posibilidad de abusos por parte de la medida de apoyo en la construcción de la voluntad de la persona con discapacidad, que deberán combatirse a través de las salvaguardas precisas y, en su caso, reconducir el mal ejercicio de las funciones a las causas de remoción (arts. 278, 297 CC). Destaca, asimismo, que, para evitar esos abusos, la Mental Capacity Act de 2005 remite en la construcción de la trayectoria vital, no solo a las preferencias de la persona con discapacidad, sino también al interés superior.

es una de las finalidades principales de la PAD o PCA, por lo que, si ésta no nos ha servido para conocer su voluntad “anticipada”, seguramente sí lo será para conocer la “presunta”. En este sentido, también podrían servir las declaraciones contenidas, por ejemplo, en un convenio de apoyos (art. 255 CC). De hecho, sería conveniente que estos contuvieran declaraciones tales como el tipo de vida que a la persona le gustaría llevar, sus valores o filosofía vital, etc., de manera que sirviera de guía en la actuación de la figura de apoyo (además del conocimiento personal y diario que ésta pueda tener).

No obstante, la cuestión más problemática es la relativa a la aplicación del criterio del “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” contenido en el actual art. 9.6 LAP. Aquí, a su vez, podemos plantear dos cuestiones: 1) si debe mantenerse en la futura reforma de la LAP este criterio y cuándo debe acudirse a él; 2) cómo aplicarlo en tanto en cuanto no se modifica la LAP. Sobre esta última cuestión volveremos más adelante.

Respecto a la primera, ciertamente, la pervivencia del criterio del interés superior tras la reforma de 2021 es una cuestión objeto de mucha polémica en la doctrina civil<sup>49</sup>. No obstante, el ámbito sanitario requiere de la toma de decisiones con agilidad y a veces en situaciones de urgencia, en las que ni siquiera es posible consultar a la autoridad judicial, y que demandan disponer de algún criterio de cierre del sistema. Entendemos así que en la futura reforma de la LAP podría incluirse, como último recurso, el criterio del interés objetivo de la persona con discapacidad en los casos en que no se haya podido determinar su voluntad hipotética (conforme al art. 249.3 CC)<sup>50</sup>.

49 En contra de su mantenimiento, por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Paternalismo y”, cit., p. 48; GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 48, quien señala que dicho criterio se ha eliminado de la reforma de 2021, ya que se trata de una exigencia de la Observación General Primera del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2014, que se ha tratado de respetar en dicha reforma. Muy crítica, en cambio, con la Observación General, PEREÑA VICENTE, M.: “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio”, en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 157, para quien no era necesario alinearse con ella, puesto que en lugar de interpretar la CDPD, impone un modelo que se aleja de la misma. Para esta autora (pp. 164 y ss.) el sistema instaurado es demasiado rígido y pasa, en un movimiento pendular, de extremo a extremo, de ignorar la voluntad de la persona a ignorar su mejor interés. Aun así, la autora defiende una interpretación que permita acudir, como criterio residual, al mejor interés de la persona. Vid. también a favor de acudir a este criterio, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 266-269; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales”, cit., p. 85-88 y (2022 b), pp. 99-101 (y doctrina allí citada); TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., pp. 98-100 (y doctrina allí citada). Como señala ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 381, las posturas son muy variadas en la doctrina, con matices en cada una de ellas. Así, entre considerarlo completamente desterrado del ordenamiento o negar esta posibilidad, cabe admitir que quepa como criterio subsidiario o como límite o moderador de la voluntad libremente manifestada por la persona, si esta puede generarle un grave perjuicio.

50 Parte de la doctrina acude como criterio de cierre al mejor interés de la persona con discapacidad. En este sentido, TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 98; ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., pp. 380 y ss.; SEOANE, J. A., ÁLVAREZ LATA, N.: “El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia”, *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 36, p. 171, para el ámbito de la

Ahora bien, lo que a nuestro entender no procede es mantener el actual criterio del “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” del art. 9.6 LAP. Esto es, identificar a priori el interés objetivo como el mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Esta identificación deriva de la reforma operada en la LAP en el año 2015 (por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Dicha reforma trae causa de los casos de rechazo al tratamiento (sobre todo a las transfusiones sanguíneas), de la conocida STC 154/2002, de 18 de julio (en un caso de rechazo a transfusión sanguínea por menor testigo de Jehová, que finalmente falleció), y recoge igualmente los criterios sentados por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (tal y como indica el Preámbulo de la Ley 26/2015)<sup>51</sup>. Por lo tanto, una de las finalidades principales del art. 9.6 LAP ha sido la de poner límites a los rechazos a tratamientos por parte de los representantes, cuando esto pudiera poner en peligro la vida del paciente (o directamente conllevar su muerte) o pusiera en riesgo su salud.

Por otra parte, y dejando a un lado la equiparación entre menores y personas con discapacidad del régimen establecido en el art. 9.6 LAP (y, en general, de la reforma operada por la LAP en 2015), también hay que tener en cuenta que, a diferencia del sistema que recoge el art. 9.6 LAP, en el que este principio está pensado para actuar como el criterio rector de toda actuación de quien tome

---

investigación biomédica. A favor, en cambio, de que se considere un criterio preferente, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., pp. 232-235, 246, quien entiende que hay que mantener en la futura regulación el criterio de beneficencia del actual art. 9.6 LAP como límite al principio de autonomía; y GARRIDO GARCÍA, A.: “Prestación de consentimientos”, cit., pp. 124-125. Por su parte, TORRES COSTAS, M.E.: “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9797, p. 10, considera que, tras las voluntades anticipadas (a través de documento de IIPP o verbalmente) y la voluntad hipotética del paciente, el tercer criterio sería, no el del mejor interés (que considera desterrado del actual sistema), sino atender al criterio objetivo de atención a la salud, vida y bienestar del paciente, según criterios médicos socialmente consolidados. Ciertamente tiene razón esta autora en buscar un criterio objetivo de cierre, como los relativos a la salud y bienestar del paciente (y que, en ciertos casos, no necesariamente supondrán mantenerlo con vida). Lo que ocurre es que en el ámbito sanitario remitir a criterios de atención a la salud y vida del paciente puede llevar a que, por inercia, se siga aplicando el del “mayor beneficio para la vida o salud”, lo que consideramos inadecuado por las razones que vamos a exponer a continuación. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El principio de respeto a voluntad y preferencias versus el interés objetivo de las personas con discapacidad”, en AAVV: *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. 2, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 364-367, con carácter general (no referido únicamente al ámbito sanitario) distingue, a la luz de la CDPD y su interpretación por el Comité, entre interés de la persona con discapacidad, interés objetivo e interés superior. Entiende esta autora que el interés de la persona con discapacidad consiste en el respeto de sus derechos, voluntad y preferencias, lo que excluye las decisiones de un tercero ajenas a este canon y, a diferencia de lo que ocurre con los menores, su interés no es superior, ya que en caso de conflicto con otros derechos no ha de considerarse prevalente. El interés objetivo será el adoptado por el intérprete según sus propias convicciones y solo podrá hacerlo en los casos en los que no pueda aplicarse el canon de la trayectoria vital.

51 De hecho, la reforma también modificó el art. 9.4.II LAP, para restringir la capacidad de decisión de los menores a partir de los 16 años en actuaciones de grave riesgo, que ahora pasan a consentir los representantes legales.

decisiones por otro en el ámbito sanitario (y, por tanto, como primer criterio, desechando tener en cuenta otros, como la voluntad presunta del paciente), en la futura reforma de la LAP proponemos que sea un criterio subsidiario. En este sentido, va a ser de aplicación a los casos difíciles y en teoría minoritarios (no resueltos conforme a los criterios prioritarios del art. 249 CC) que, precisamente por ello, requieren de una toma de decisión caso por caso, atendiendo a las peculiares circunstancias de cada uno, y no en una identificación previa por ley de en qué consiste ese interés.

Es cierto que, como regla general, en estos casos van a prevalecer los bienes relativos a la vida y salud, en cuanto bienes primarios de la persona. No obstante, la identificación legal y a priori del mayor interés con estos bienes puede resultar demasiado rígida, aun cuando dota de una mayor seguridad jurídica a la actuación del personal sanitario. Ya antes de la reforma de 2015 se había señalado que ni la vida ni la autonomía deberían gozar de un valor absoluto que justifique que una de ellas deba prevalecer necesariamente en cualquier circunstancia. La actitud que se debe tomar ante un rechazo a tratamiento no debería depender únicamente del valor que le otorguemos a priori a la vida o a la autonomía<sup>52</sup>. De ahí que se insista en la necesidad de atender a las circunstancias y razones que concurren en el caso concreto, para decidir qué representa el mejor interés.

#### 4. El derecho a la información asistencial.

Todo consentimiento en el ámbito sanitario requiere para su validez que el paciente haya sido previamente informado acerca, como mínimo, de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias (arts. 2.2, 2.3, 3, 4, 8.1 LAP). Conforme al art. 5.1 LAP, el titular del derecho a la información asistencial es el paciente. Los apartados 2 y 3 de este precepto vendrían a regular cómo se presta esta información en los casos de “incapacidad”. Estos supuestos se corresponderían a su vez con los relativos al consentimiento por sustitución del art. 9.3.a) y b) LAP.

En concreto, el art. 5.2 se refiera a los casos de “incapacidad”, que habría que entender referido a los de modificación judicial de la capacidad del art. 9.3.b) LAP, en la medida en que impone la obligación de informar al representante legal, además de a la propia persona conforme a sus posibilidades de comprensión.

---

52 Para el caso de los menores, *vid.* OJEDA RIVERO, R.: “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret*, 2015, núm. 3, pp. 30 y ss. Señala este autor que “la postura paternalista que se inclina por preservar en cualquier caso su vida, en contra de su voluntad si es preciso, y la postura autonomista que obliga a respetar la decisión del menor “maduro” en cualquier circunstancia, sin considerar lo graves que puedan ser sus consecuencias, constituyen actitudes dogmática y éticamente incorrectas (...). Cuando la decisión del menor no ponga en peligro bienes esenciales como su vida o su salud, o cuando seamos incapaces de apoyar con argumentos válidos desde una perspectiva imparcial y moralmente neutra una concepción del interés objetivo de un menor en particular, tendremos el deber de respetar su voluntad...”.

Por su parte, el art. 5.3 hay que vincularlo a los supuestos del art. 9.3.a) LAP, pues admite en los casos en que el “estado físico o psíquico” de la persona no le permita comprender la información, ponerla en conocimiento de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Pues bien, como ya hemos analizado en las páginas anteriores, si con la reforma de 2021 pierde su sentido la distinción contenida en el art. 9.3 a) y b) LAP, lo mismo hay que decir de la que realiza el art. 5 en sus apartados 2 y 3. De ahí que la futura reforma de la LAP en materia de consentimiento informado deba también actualizar el régimen relativo al derecho a la información asistencial contenido en el art. 5.

Las líneas maestras de la nueva regulación deben ser las ya señaladas para la prestación del consentimiento. Esto es, como regla general debería ser la propia persona con discapacidad la titular del derecho y la que debe recibir la información asistencial, adaptada en su caso a sus necesidades de comprensión. Como bien ha insistido la doctrina, es importante para cualquier paciente, y más si cabe para las personas con discapacidad, que la información llegue a ser comprendida por la persona, como base fundamental para la toma de decisiones<sup>53</sup>. Por otra parte, en los casos a priori excepcionales en los que juegue la representación en el ámbito sanitario, debe autorizarse a recibir la información a la figura de apoyo con funciones representativas o, en defecto de esta, a la persona que preste el consentimiento en lugar del paciente (esto es, figura de apoyo informal o formal, voluntaria o judicial, con funciones asistenciales o, en defecto de esta, a la persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho).

Ahora bien, el principal escollo lo encontraremos en el primero de los supuestos, es decir, cuando es la propia persona con discapacidad la que presta el consentimiento y recibe la información, pero tiene establecidos o precisa apoyos para ello. Se plantea aquí en qué medida debe también informarse a la figura de apoyo (formal o informal) que realiza funciones asistenciales.

Es evidente que, para que la persona que presta el apoyo pueda desempeñar su función y ayudar a la persona con discapacidad en la comprensión de la actuación sanitaria, facilitando que pueda expresar por sí misma su voluntad y preferencias, necesita recibir igualmente información. En este sentido, lo normal será que también se le informe. De hecho, el art. 5.1 LAP ya prevé esta “normalidad”, al señalar la posibilidad de informar a las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, pero solo en la medida que éste lo permita de manera expresa o tácita. La duda que surge entonces es si debe establecerse en la futura regulación

---

<sup>53</sup> Por todos, ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 355. Como también destaca esta autora, el art. 9.7 LAP ya prevé la adaptación de la información en el caso de personas con discapacidad, aunque no sea este precepto la ubicación más adecuada para regular este tema.

la información a estos, independientemente de la voluntad o no conforme de la persona con discapacidad, y si la respuesta puede variar dependiendo del tipo de figura de apoyo de que se trate (formal o informal).

En la doctrina<sup>54</sup>, se ha propuesto una nueva redacción para el art. 5.1 LAP que respondería a la que acabamos de describir como situación de normalidad: “El paciente será informado, incluso en el caso de que, a juicio del médico responsable, requiera de apoyos para el ejercicio de su capacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a la persona que, de hecho, o en virtud de acuerdo o curatela, representativa o no, lo acompañe ejerciendo el apoyo necesario”<sup>55</sup>. En principio, esta norma aclara que la información corresponde al paciente, con discapacidad o no, y establece como un “deber” el informar a la persona de apoyo (formal o informal). Una norma de este tipo facilita la práctica diaria de las actuaciones médicas. Ahora bien, a pesar de que se califique como deber y desaparezca la mención al consentimiento expreso o tácito del paciente, la referencia al acompañamiento conlleva en el fondo un consentimiento al menos tácito del paciente a que su figura de apoyo (que le acompaña) reciba también la información.

Por ello, no termina de solucionar los supuestos en los que no se produce dicho acompañamiento, ni aquellos otros en que se niegue a que su apoyo o sus familiares reciban información asistencial (incluso para el caso de estar en una situación en que no pueda prestar por sí misma el consentimiento y proceda, en consecuencia, que lo preste un tercero). Para resolver esta problemática hay que tener en cuenta, a nuestro entender, al menos los siguientes aspectos:

- La primacía del principio de autonomía, con su corolario en el criterio de la voluntad, deseos y preferencias, que incorpora la reforma de 2021. Este principio dificulta el establecimiento de una norma en el ámbito sanitario que permita informar en cualquier caso y a cualquier figura de apoyo sin contar con el consentimiento de la persona con discapacidad<sup>56</sup>.

54 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., p. 225.

55 ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 356, únicamente señala que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el art. 5.2 LAP debe reformularse para sustituir “representación legal” por figura de apoyo. Sobre la reinterpretación de la LAP antes de que llegue su reforma volveremos más adelante. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., pp. 229-231, también propone incluir un apartado 2 en el art. 4 LAP en el siguiente sentido: “En caso de que el paciente con discapacidad requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad, el profesional responsable de su asistencia lo informará de acuerdo con sus posibilidades de comprensión, y la persona que en cada caso ejerce el apoyo necesario, realizará un esfuerzo de información considerable para que aquel pueda expresar por sí su propia voluntad, deseos y preferencias. En caso de que ello no sea posible, se estará a lo dispuesto en el art. 9.3.a)”.

56 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., p. 227, se refiere a esta negativa a que los familiares sean informados en el caso de que el paciente también haya renunciado a recibir información (art. 9.1 LAP) y a la situación de incertidumbre en la que estaría el profesional sanitario a la vista del nuevo paradigma regulatorio. No obstante, señala que “La cláusula general de salvaguarda de la salud del paciente que recoge el art. 9.1 LAP permite al profesional responsable del tratamiento obviar el rechazo al suministro de información expresado por aquel e informar a las personas que, de hecho o a través de alguna de

- Si nos encontramos ante una persona con discapacidad que puede prestar consentimiento en el ámbito sanitario asistido por su figura de apoyo y ésta pretende acceder o que se le facilite información sanitaria o la gestión de aspectos sanitarios (citas, medicación, etc.) de la persona con discapacidad sin acompañamiento de la misma, lo más oportuno en estos casos es recurrir al apoderamiento voluntario sanitario (que ya se ha puesto a disposición de los ciudadanos en muchos de nuestros sistemas de salud) o canalizar esta autorización a través de un acuerdo de apoyos (art. 255 CC). Si, en realidad, la persona no es capaz para actuar por sí misma en el ámbito sanitario, la autorización en estos casos derivaría más bien de la norma que permite recibir información a la persona (a la medida de apoyo formal o informal, o en última instancia, familiar) que actúe por la persona con discapacidad<sup>57</sup>.

- Si la persona rechaza que se facilite información asistencial a la figura de apoyo o a los familiares, en realidad podríamos entender que nos encontramos con una persona que de facto rechaza disponer de apoyos para el ámbito sanitario. Para cuando la persona se encontrara en una situación en la que no fuera capaz de prestar consentimiento por sí mismo (por ej., cuando se producen ciertos episodios de crisis en casos de enfermedad mental), como ya vimos al hablar del consentimiento, debe existir la posibilidad de que lo preste los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente que, en este sentido, recibirán también la oportuna información asistencial. Ahora bien, probablemente es a estos mismos familiares a los que el paciente ha vetado que se les proporcione información, estando cuando lo hizo plenamente consciente y capacitado para adoptar decisiones por sí mismo. De ahí la dificultad de aplicar la solución prevista en la LAP en este caso. Esto nos lleva al polémico tema del nombramiento de apoyos sin la voluntad de la persona con discapacidad<sup>58</sup>. En este sentido, en la práctica, siguiendo la estela sentada

---

las fórmulas voluntarias o judiciales previstas por la Ley 8/2021, ejercen o están llamadas a ejercer las funciones de apoyo del paciente”.

- 57 La STS 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129) pone de relieve las dificultades que en estos casos tienen los guardadores de hecho para recibir información y le concede (por estas y otras circunstancias) la curatela representativa también en el ámbito de la salud.
- 58 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 5, destaca la omisión de esta cuestión tanto del proyecto de ley como del texto final aprobado y, aunque apoya el derecho a rechazar apoyos por parte de la persona con discapacidad, reconoce que existen argumentos en el texto legal para defender lo contrario (también en GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reforma”, cit., p. 90; y GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Comentario al artículo 249”, en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 212-216). Destaca también esta omisión, por falta de consenso, MORO ALMARAZ, M. J.: “La tramitación legislativa de la ley 8/2021”, *LA LEY Derecho de familia*, 2021, núm. 31, p. 7. Sobre el tema, antes de la reforma, vid. DE SALAS MURILLO, S.: “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5; LEGERÉN-MOLINA, A.: “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 198-199.

por el TS<sup>59</sup>, se ha acudido al nombramiento de una figura de apoyo que pueda ejercer funciones representativas para cuando la persona no esté en condiciones de adoptar decisiones por sí misma, y en este sentido, pueda recibir información y prestar el consentimiento. Este apoyo normalmente será nombrado judicialmente (curatela o, incluso, defensor judicial), puesto que, ante la negativa de la propia persona con discapacidad, será difícil que pueda resolverse a través de un acuerdo de apoyos.

- Con independencia de lo anterior, puede acudirse (y debe seguir vigente) una norma como el art. 9.2.b) LAP (aplicable, no olvidemos, a cualquier persona, con discapacidad o sin ella) y que permite actuar sin consentimiento de la persona en situaciones de riesgo inmediato y grave para la salud física o psíquica del paciente, consultando, cuando fuera posible, a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente. Cosa distinta es la pertinencia en este y otros preceptos de la LAP que remiten a los familiares en general y personas vinculadas de hecho al paciente, de que se haga expresa mención, como ya hemos indicado, a la persona de apoyo de la persona con discapacidad como preferente a la hora de adoptar decisiones o ser informada<sup>60</sup>.

Por lo demás, la LAP regula dos supuestos en los que puede no informarse al paciente y que podrían ser aplicables, con las debidas precauciones, a la persona

59 STS de 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276). Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., p. 82, la doctrina sentada por esta sentencia es ampliamente seguida por la jurisprudencia de instancia. Por lo demás, este autor se muestra favorable a la adopción de apoyos sin contar con la voluntad de la persona con discapacidad. También en esta línea, entre otros, DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica?", *RCDI*, 2020, núm.780, pp. 2238 y ss.; PEREÑA VICENTE, M.: "Una contribución", cit., p. 163 y "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 137 y ss. Defiende el criterio sentando en esta sentencia GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "El principio", cit., pp. 372-373, 381 y ss. (con cita de la doctrina contraria a la misma) y (2022 b), pp. 37 y ss. Como indica la autora, una posición conciliadora con la Observación General n° 1 sería la de mantener que el juez solo puede constituir la curatela: a) si queda debidamente probado que con ello se conjura la influencia indebida y los abusos de que es víctima o puede llegar a serlo (cumpliendo así el Estado con su obligación prevista en la CDPD de prevenir abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas); b) o cuando la oposición a los apoyos deriva de una negación de la situación en la que se encuentra y las consecuencias perjudiciales que se derivan (con lo que el Estado cumpliría con su deber de proporcionar los apoyos necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica). Adicionalmente, como señala la autora, esta oposición de la persona a la adopción de apoyos no debe verse únicamente desde el prisma del principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, sino desde una ponderación de los distintos derechos en liza, que la CDPD también protege (como los regulados en los arts. 17, 19, 22 y 25); de manera que el acompañamiento en la toma de decisión garantiza la efectividad de tales derechos, comprometidos por la situación personal del demandado. Por otra parte, alerta esta autora ("Las grandes", cit., p. 41) que la imposición de la medida solo puede justificarse si con ella se busca establecer un mecanismo que facilite la colaboración, supervisión y adherencia de la persona a su autocuidado y autodeterminación; por lo que no puede adoptarse de forma paternalista para que decida por ella. En este sentido, entiende que, en situaciones de discapacidad psicosocial, la curatela debe ser asistencial. Vid., asimismo, los distintos criterios sobre el tema en SANCHO GARGALLO, I, SEGARRA CRESPO, M.J., GARCÍA RUBIO, M.P., CAYO PÉREZ, L.: "¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?", en CALAZA LÓPEZ y DE PRADA RODRIGUEZ (coords.), *Actualidad civil*, 2023, núm. 3.

60 Entiende, en cambio, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "La prestación", cit., p. 226, que se trata de una norma que no necesita reforma y que los familiares a los que se les informa, si las circunstancias lo permiten, no deben acreditar su condición de personas de apoyo; lo que concuerda, además, con el propio espíritu de la reforma de 2021, que da preferencia al apoyo de hecho frente a otras medidas que serían subsidiarias.

con discapacidad: el polémico supuesto de “privilegio terapéutico”, regulado en el art. 5.4 LAP (que no deberá utilizarse para limitar la información precisamente por la situación de discapacidad); y el rechazo por el propio paciente a recibir información, previsto en el art. 9.1 LAP, al que podrá acudir la persona con discapacidad, con el apoyo que, en su caso, precise y sin que, igualmente, suponga de facto volver a la situación de no información a la persona por razón de su discapacidad.

## **5. Síntesis de la propuesta de reforma legislativa en materia de consentimiento informado.**

Conforme a lo analizado en las páginas anteriores, podemos sintetizar los principales puntos que debe contener una futura reforma del consentimiento informado (en particular, de los arts. 5 y 9 LAP) de la siguiente manera:

1º) Debe eliminarse la referencia al consentimiento por representación en el título del art. 9 LAP, en la medida en que dicho precepto contenga la regulación del consentimiento informado de las personas con discapacidad.

2º) Se debe establecer una regulación específica del consentimiento informado de las personas con discapacidad (distinta de la regulación del consentimiento de los menores de edad) ya sea en el art. 9 LAP (con la salvedad hecha en el apartado anterior), ya en otro precepto (un nuevo art. 9 bis o en el art. 8).

3º) Esta regulación específica debe partir, en primer lugar y como regla general, de que es la propia persona con discapacidad la que presta el consentimiento informado, con los apoyos que, en su caso, precise, conforme a lo dispuesto en el CC.

4º) Cuando el paciente requiera apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la persona que preste el apoyo le asistirá para que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, haciendo todos los esfuerzos necesarios para que pueda entender la información asistencial, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. La medida de apoyo respetará la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

5º) En los casos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad del paciente con discapacidad, será la medida de apoyo con funciones representativas en el ámbito sanitario la que otorgue el consentimiento. Si ésta no existiera, lo hará la medida de apoyo, formal o informal, de carácter asistencial o, en su defecto, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

6º) Dentro de las figuras de apoyo con funciones representativas que pueden otorgar excepcionalmente el consentimiento en lugar del paciente con discapacidad hay que entender incluido al representante sanitario nombrado por el paciente en un documento de IIPP o voluntades anticipadas o en un acuerdo de apoyos.

Esta posibilidad debe estar prevista en la regulación específica del consentimiento informado de las personas con discapacidad (que se incluya, como hemos dicho, en el art. 8, en el 9 o en un nuevo 9.bis LAP), pero también deberían modificarse las previsiones sobre el representante sanitario contenidas en el actual art. 11 LAP.

7º) En los casos excepcionales en los que, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, otra persona preste el consentimiento, ésta deberá atenerse, en primer lugar, a la voluntad manifestada de forma anticipada por el paciente. Si la persona con discapacidad no hubiera expresado de forma anticipada su voluntad, deberá tenerse en cuenta su trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Cuando lo anterior no fuera posible, se adoptará la medida que responda al interés objetivo de la persona con discapacidad, atendidas las circunstancias concretas del caso. No cabe que la persona que preste el consentimiento (o rechace una intervención) cuando la persona con discapacidad no pueda hacerlo por sí misma, lo haga ateniéndose a sus propios valores o creencias.

8º) La información asistencial se prestará a la persona con discapacidad de manera adaptada a sus capacidades de comprensión, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Se informará, asimismo, a la figura de apoyo que asista a la persona con discapacidad en la toma de decisiones. En el caso de que la persona no pudiera prestar el consentimiento por sí misma, la información asistencial se facilitará a la figura de apoyo con facultades representativas o, en su defecto, al apoyo asistencial o persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho que deba prestar el consentimiento.

### III. Y MIENTRAS NO SE MODIFICA LA LAP ¿QUÉ APLICAMOS?

En las páginas anteriores hemos esbozado una propuesta de modificación de la LAP en lo relativo al consentimiento informado de las personas con discapacidad. Pero el problema con el que nos encontramos actualmente es qué hacer y qué normativa aplicar en tanto no se modifica la LAP. Aquí, a su vez, podríamos diferenciar dos cuestiones. Por un lado, el régimen transitorio que establece la LAP y que resuelve, entre otros, cómo deben actuar las instituciones de guarda

nombradas con anterioridad a la reforma de 2021, en tanto no se revisan las sentencias en las que se acordaron. Por otro lado, y más allá de la revisión de las situaciones previas a la Ley 8/2021, se plantea para todos los supuestos y en tanto no se modifique la LAP, si debemos seguir aplicando ésta, el CC, o la primera reinterpretada conforme a los principios de la reforma de 2021. Vamos a analizar cada una de estas cuestiones a continuación.

## I. Régimen transitorio de la Ley 8/2021.

De las disposiciones transitorias que se contienen en la Ley 8/2021, nos detendremos especialmente en la 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>. En la 1<sup>a</sup> se contiene la única previsión en que la nueva Ley elimina de forma inmediata aspectos acordados conforme al régimen anterior<sup>61</sup>. Se trata de las meras privaciones de derechos o de su ejercicio contenidas en las sentencias de modificación de la capacidad previas a la Ley 8/2021, y que quedan directamente sin efecto desde la entrada de vigor de la nueva Ley.

Por otra parte, y como no podía ser de otra manera, tratándose de una norma que impacta en los derechos humanos de las personas con discapacidad, el legislador ha pretendido que el nuevo régimen impregne desde su entrada en vigor el día a día de las personas con discapacidad. Esto se refleja en su DT 2<sup>a</sup> (y también en la 6<sup>a</sup>), que comienza declarando que: "Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor". Esto significa que principios como el de autonomía (aunque también los de necesidad o proporcionalidad), y su reflejo, entre otros, en los criterios contenidos en los arts. 249 y 250 CC, deben constituir la guía de actuación de las instituciones de guarda nombradas bajo el anterior régimen<sup>62</sup>.

Adicionalmente, la DT 2<sup>a</sup> especifica el régimen concreto a aplicar a estas instituciones de guarda. Así, y por lo que ahora nos interesa, los tutores se registrarán por el de la curatela representativa (arts. 268 y ss., 282 y ss., en particular, 269 y 287 CC)<sup>63</sup>; y los que vinieran actuando como guardadores deben acomodar su

61 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Disposiciones transitorias", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 1484.

62 Expone los principios guía para las figuras de guarda ya existentes HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: "El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 421.

63 Lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina. Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Disposiciones transitorias", cit., p. 1488; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: "El régimen", cit., p. 422-423; TORRES COSTAS, M.E.: "Comentario a la disposición transitoria segunda", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, p. 1254.

actuación a la nueva regulación de la guarda de hecho (arts. 263 y ss. CC). La situación es, en cambio, distinta para los sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, puesto que no se les asimila a ninguna de las nuevas figuras de apoyo a efectos de aplicar el nuevo régimen, y se les permite que sigan ejerciendo su cargo hasta que se revise su situación conforme a la DT 5ª. No se entiende muy bien esta distinción respecto de la situación de tutela, que también desaparece, y que se ha asimilado a la curatela representativa, lo que da lugar a que se aplique un régimen distinto a personas con discapacidad en función de cuál fuera su régimen de guarda previo<sup>64</sup>.

Por lo demás, la DT 5ª prevé que estas medidas se revisen, bien a instancia de parte (en un plazo máximo de un año desde la petición), bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años. No obstante, el cumplimiento de estos plazos es muy dispar, dependiendo de los partidos judiciales. Teniendo en cuenta que en algunos es más que previsible que esta revisión se demore mucho más allá del plazo máximo concedido por la ley, cobra especial importancia la segunda de las cuestiones planteadas, esto es, cómo interpretar y aplicar la LAP, en concordancia con el nuevo régimen, en tanto en cuanto ésta no se modifica. Pasamos a desarrollar esta cuestión a continuación.

## 2. Reinterpretación de la LAP conforme al régimen de la Ley 8/2021.

Ante la falta de adaptación de la LAP y, especialmente de su art. 9, a la reforma de 2021, la doctrina se ha planteado si debe considerarse subsistente y aplicable en el ámbito sanitario esta ley (en cuanto norma especial) o ha de entenderse modificada o derogada por la Ley 8/2021 (en cuanto norma posterior)<sup>65</sup>. En este debate no se puede perder de vista que el art. 287.I CC remite, en relación con el consentimiento informado en el ámbito de la salud, a la normativa preexistente (en la que hay que incluir a la LAP y normas autonómicas de desarrollo, entre otras). Esto, en principio, parecería dar a entender que debe aplicarse en bloque la normativa de la LAP en el estado actual, pero esta opción no es viable, tal y como ha quedado patente en las páginas anteriores. Por ello, la doctrina en su mayor parte se ha decantado por una interpretación conjunta que permita la aplicación

64 Recoge TORRES COSTAS, M.E.: “Comentario a”, cit., pp. 1255-1256, la propuesta, mucho más respetuosa con el espíritu de la reforma, hecha ante la Comisión General de Codificación por Escartín Ipiens, y que suponía equipararlos a un curador regido por las disposiciones del CC, con facultades asistenciales o representativas conforme a lo que se hubiera establecido en la sentencia de incapacitación. Para HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “El régimen”, cit., p. 428, lo previsto en la DT 2ª va en contra de la excepcionalidad en el establecimiento de apoyos basados en la representación. No obstante, señala la autora que, frente a su asimilación a un curador con facultades representativas, es mejor la solución legalmente acogida de mantenerles en el desempeño de sus funciones de acuerdo a los estrictos términos de la sentencia, lo que permite ajustarse mejor a las concretas circunstancias de la persona, no siendo adecuado ni aceptable sostener la aplicación, siquiera subsidiaria, de la patria potestad ordinaria.

65 Por todos, GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 2; TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 81.

de ambas normas, lo que conlleva una reinterpretación de la LAP a la luz de los dictados de la Convención<sup>66</sup>.

Nosotros entendemos también que la balanza debe decantarse a favor de la aplicación de los principios contenidos en los arts. 249 y ss. del CC y, en consecuencia, por una interpretación de la LAP a la vista de la Ley 8/2021<sup>67</sup>. Así parece derivarse del profundo cambio de sistema que se quiere con la nueva regulación de la capacidad contenida en el CC, según señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, o de su régimen transitorio, que aboga en la medida de lo posible por la aplicación desde ya del nuevo régimen, según acabamos de ver<sup>68</sup>.

Ahora bien, el verdadero problema reside en determinar cuánto se ve desplazada o reinterpretada la regulación de la LAP por los nuevos criterios del CC y, en consecuencia, qué es lo que procede aplicar de la normativa específica sanitaria y qué del nuevo sistema instaurado por la Ley 8/2021. Y es aquí donde encontramos las principales discrepancias en la interpretación de este precepto y donde vamos a encontrar problemas de aplicación de esta normativa en la práctica (entre otros, en las resoluciones judiciales).

En nuestro caso, defendemos una profunda reinterpretación de la LAP para acomodarla plenamente a la Ley 8/2021. Hace ya más de dos años de la entrada en vigor de esta reforma, y el legislador no ha reformado la normativa sanitaria en este aspecto. Seguir manteniendo la aplicabilidad del art. 9 LAP (entre otros), a veces con un simple “lavado de cara”, está produciendo en la práctica perjuicios en el sentido de que las personas con discapacidad ven limitado el ejercicio de su capacidad jurídica en el ámbito sanitario conforme a un régimen ya eliminado de nuestro ordenamiento. Y esto tiene su reflejo en la práctica jurisprudencial, que no está haciendo una amplia reinterpretación a la hora de aplicar la LAP. Además,

66 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., p. 223, aboga por un “esfuerzo de adecuación formal y material de la LAP a las previsiones de la Ley 8/2021”, sin perjuicio de que haya que acometer la reforma de la LAP. En este sentido, también GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario a”, cit., p. 801; ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 366; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “El nuevo régimen legal de la curatela”, en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 209-210; y PALACIOS GONZÁLEZ, D.: “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”, en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA Y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, p. 429, entre otros. GARRIDO GARCÍA, A.: “Prestación de consentimientos”, cit., p.128-129, señala que, gracias a la labor realizada por la doctrina, cabe que, de momento, puedan convivir ambas normas (LAP y Ley 8/2021), pero la LAP irá quedando cada vez más desfasada, hasta que llegue un punto en que no se pueda defender una interpretación que permita su convivencia con el nuevo régimen. Precisamente por esto defendemos en este trabajo desde ya una profunda reinterpretación de la LAP.

67 Ya lo defendimos en ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “La aplicación”, cit., p. 60.

68 Señala DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Disposiciones transitorias”, cit., p. 1486, que el legislador ha optado por un sistema mixto en las DT 2<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>, estableciendo en la segunda dos tipos de situaciones: sistema de efecto inmediato de la nueva ley para los tutores, curadores (excepto de los declarados pródigos), defensores judiciales y guardadores de hecho; e irretroactividad de la nueva norma para la patria potestad prorrogada y rehabilitada y la curatela de los pródigos.

no puede servir de excusa para aplicar sin más la normativa sanitaria la remisión que realiza el art. 287.I CC a la legislación específica en materia de consentimiento informado, puesto que, tal y como vamos a ver a continuación, esta previsión responde a una necesidad muy específica de excluir la intervención judicial para la autorización de actos sanitarios.

A) *La aplicación de los artículos 5 y 9 LAP.*

Empezando por el art. 9.3.b) LAP, a todas luces esta previsión deviene inaplicable con el nuevo régimen, al desaparecer los procedimientos de modificación de la capacidad<sup>69</sup>. Podría entenderse que sigue vigente para los ya acordados, en tanto no se revise la sentencia conforme a la DT 5ª Ley 8/2021; y, de hecho, así lo sugiera el TC en su reciente jurisprudencia de 2023 sobre vacunación de personas con discapacidad, que analizaremos en el siguiente apartado. Pero ni siquiera en estos casos puede entenderse aplicable tal cual dicho precepto, puesto que, como ya hemos mencionado en el apartado anterior, la DT 2ª establece que los cargos ya nombrados acomodarán su actuación a las disposiciones de la nueva Ley, pasando los tutores a estar regidos por el régimen de la curatela representativa. Por ello, entendemos que debería aplicarse el mismo régimen a los cargos ya nombrados y a las medidas de apoyo que se adopten con la nueva Ley. Solamente plantean dudas, tal y como hemos señalado en el apartado anterior, los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada, en la medida en que “pueden continuar ejerciéndola hasta que se produzca la revisión” prevista en la DT 5ª Ley 8/2021<sup>70</sup>.

Cosa distinta es que, como hace parte de la doctrina, se reinterprete el art. 9.3.b) LAP para incluir ahí los supuestos de medidas de apoyo con facultades representativas (curador representativo, tutor conforme al anterior régimen hasta que se revise, apoyo voluntario al que se ha concedido facultades representativas)<sup>71</sup>. Se trata de una interpretación que permite salvar este apartado de momento y en tanto no se modifique la LAP. Pero, conforme a la reinterpretación de la LAP que defendemos, consideramos que no es necesario seguir acudiendo a este precepto, ya que todos los supuestos (que en principio debería ser excepcionales) en los que la persona con discapacidad no puede adoptar la decisión por sí misma, cabrían en el art. 9.3.a) LAP, con independencia del tipo de medida de apoyo de que disponga la persona.

69 Para TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., p. 91, este precepto debe considerarse derogado y vacío de contenido.

70 Señala GARRIDO GARCÍA, A.: “Prestación de consentimientos”, cit., p. 121, que estos seguirán sujetos al consentimiento por representación.

71 Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., p. 231; ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 370, que incluye tanto la curatela asistencial como la representativa.

Centrándonos ahora en el supuesto de incapacidad natural, transitoria o de hecho regulado en el art. 9.3.a) LAP, evidentemente éste también requiere de una reinterpretación. En realidad, solo estaría respondiendo a los casos en que, conforme al nuevo régimen, no haya sido posible determinar la voluntad de la persona con discapacidad. A la hora de prestar el consentimiento, habría que dar entrada, con preferencia a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho que menciona el actual precepto, a la medida de apoyo con facultades representativas en este ámbito (o tutor del anterior régimen, al que se le aplica la curatela representativa) si existe, o a la medida de apoyo (formal o informal) de carácter asistencial de que dispusiera<sup>72</sup>.

Por lo demás, el actual art. 9.3 no contempla expresamente los casos, que deberían ser los más habituales, en que es la propia persona con discapacidad, con el apoyo que precise, la que presta el consentimiento. Aquí habría que incluir aquellos en que la persona disponga de apoyos conforme al nuevo régimen, así como los ya existentes (curatela asistencial, guardad de hecho, etc.), que acomodarán su actuación a las nuevas coordenadas derivadas de la Ley 8/2021. Estos supuestos se enmarcarían, por lo demás, en la regla general de consentimiento informado del art. 8.

En relación con el derecho a la información asistencial, la persona con discapacidad debe ser la destinataria de dicha información, de modo adecuado a sus capacidades de comprensión, aplicando para ello lo previsto en los arts. 5.2 y 9.7 in fine LAP. También será informada la persona que preste el apoyo a la persona con discapacidad para la toma de decisiones en este ámbito conforme a lo dispuesto en el art. 5.1 LAP. En los casos, en principio excepcionales, en los que la persona no pueda prestar por sí misma el consentimiento, la medida de apoyo con facultades representativas en el ámbito sanitario deberá ser informada conforme a lo previsto en el art. 5.2 in fine LAP (reinterpretando la referencia que se contiene al "representante legal"); o, cuando ésta no exista, se informará a la medida de apoyo (formal o informal) y, en última instancia, a la persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho que preste el consentimiento (reinterpretando lo previsto en el art. 5.3 in fine)<sup>73</sup>.

72 La STS 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129), aplica el art. 9.3.a) a un caso en que se concede curatela representativa que incluye lo relativo a la salud. Para el TS, ante la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud de la persona con discapacidad (trastorno neurocognitivo mayor derivado de un ictus) y su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, procede la representación concedida a la esposa curadora, que le permita tanto recibir información como tomar decisiones en el ámbito sanitario (aplicando el consentimiento por representación previsto en el art. 9.3.a LAP).

73 En la mencionada STS 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129), el TS pone de relieve para justificar, entre otras consideraciones, la representación en el ámbito sanitario, las dificultades puestas de relieve por la guardadora de hecho sobre las ocasiones en las que se le ha limitado la información médica. Realmente, y a la vista de lo dispuesto en el art. 5.3 LAP, dichas restricciones no están justificadas cuando otra persona debe prestar el consentimiento por el paciente. Más bien las dificultades podrían estar referidas a peticiones de información médica, gestión de citas, pautas de medicación, etc., que el guardador

B) *En particular, el artículo 9.6 LAP.*

Una de las cuestiones más polémicas que plantea la falta de adaptación de la LAP a la reforma operada por la Ley 8/2021 es la relativa a los criterios de actuación en caso de representación. El art. 9.6 LAP acoge el principio de actuación del representante conforme al criterio del mayor beneficio para la vida o salud del paciente<sup>74</sup>. Ahora bien, la medida de apoyo con facultades representativas (y las antiguas tutelas, conforme a la DT 2ª Ley 8/2021) deben regirse por los principios de la nueva Ley, entre ellos, fundamentalmente por lo dispuesto en el art. 249.3 y 4 CC. Por tanto, la duda que surge es si procede aplicar con preferencia el criterio sentado en el art. 9.6 LAP (que se podría considerar subsistente por la remisión realizada por el art. 287.1 CC<sup>75</sup>). Y ello porque la aplicación de dicho precepto podría entrar en conflicto con lo dispuesto en el art. 249.3 CC, obligando al representante a consentir una actuación (a priori considerada acorde con el mayor beneficio para la vida o salud del paciente), cuando ésta no responde a las creencias, valores y trayectoria vital de la persona con discapacidad<sup>76</sup>.

En este punto, la doctrina se encuentra dividida<sup>77</sup>. Nosotros entendemos que se debe dar primacía también en este aspecto a los criterios sentados en el art.

---

de hecho realiza en el día a día, sin acompañamiento normalmente de la persona con discapacidad, y que en buena medida derivan de la falta de acreditación de la figura del guardador de hecho.

- 74 Para TORRES COSTAS, M.E.: “La vacunación”, cit., p. 8, este criterio no puede equipararse al “mejor o superior interés objetivo” del paciente, sino con el principio del mejor interés subjetivo, es decir, con lo que el paciente decida o hubiera decidido qué es lo mejor para él. Recuerda la autora que, para la Observación General Primera del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad, de 2014, el principio del mejor interés de la persona con discapacidad no es una salvaguarda (p. 6). En relación con este criterio, señala GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 48, que en la reforma se ha prescindido del criterio del “mejor interés” o “interés superior” como guía de actuación tanto para los poderes públicos como para los particulares que actúen como apoyo, en consonancia con lo exigido por la citada Observación General Primera.
- 75 Para TORRES COSTAS, M.E.: “Comentario a”, cit., p. 1251, el legislador mantiene expresamente toda la legislación relativa al consentimiento informado en materia de salud. Vid. también PRADOS GARCÍA (2022), pp. 377 y ss. En la Instrucción I/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad (apdo. 4.3), se indica que, sin perjuicio de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 249 CC, como parte del respeto su dignidad personal, se entiende subsistente el criterio del mayor beneficio para la vida o salud del paciente en virtud de la remisión expresa al consentimiento informado en el ámbito de la salud.
- 76 En este sentido, también ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., pp. 380 y ss. Señala esta autora en particular el conflicto con el art. 249.4 CC, que prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las salvaguardas que estime oportunas para asegurar el ejercicio de las medidas de apoyo conforme a los criterios establecidos en este precepto y, en particular, al de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.
- 77 Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario a”, cit., pp. 802-803, las decisiones que adopte el curador en la esfera de la salud no requieren autorización judicial, pero sí están sometidas al control judicial las decisiones contrarias a la vida o salud de la persona sometida a curatela. En la misma línea, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación”, cit., pp. 232-235. Señala esta autora que el apartado 6 del art. 9 LAP debe seguir formando parte de la regulación legal del consentimiento informado a pesar del giro autonomista del nuevo paradigma en materia de capacidad. Y es que considera que, en el ámbito sanitario, deben existir límites específicos que maten la primacía de la voluntad, deseos y preferencias y que obliguen al curador representativo a actuar en beneficio de la vida y de la salud de la persona con discapacidad (y a la revisión judicial de las decisiones tomadas por el curador que sean contrarias a la salud o vida del paciente). Para esta autora, la decisión del curador representativo es una decisión heterointegrada que ha dejado atrás el principio de autonomía y que, por lo tanto, no puede primar sobre el deber de los poderes públicos

249 CC. En este sentido, a falta de voluntad anticipada del paciente, habría que atender al canon de la trayectoria vital previsto en el art. 249.3 CC y, solo como último recurso, podríamos entender aplicable el criterio del art. 9.6 LAP<sup>78</sup>.

Para llegar a esta interpretación consideramos esencial determinar cuál es la finalidad de la remisión contenida en el art. 287.1 CC (a lo dispuesto legalmente en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud), remisión que constituye el germen de los problemas de aplicación e interpretación de la LAP<sup>79</sup>. Como ya se ha puesto de relieve, la reforma operada por la Ley 8/2021 se limita fundamentalmente a los ámbitos civil y procesal y no entró a analizar su incidencia en otros, como por ejemplo, el sanitario. La redacción del precepto mantenida a lo largo de la tramitación parlamentaria (y en la que no se incluía dicha remisión a la legislación sanitaria) dejaba en el aire el espinoso tema de qué hacer con las actuaciones sanitarias y planteaba el problema de que fuera necesaria la solicitud de autorización judicial para actuaciones en el ámbito de la salud. Esto claramente no tenía mucho sentido, dada la agilidad que se requiere en la toma de decisiones en este ámbito y, además, habría colapsado los tribunales<sup>80</sup>. De ahí que en el último momento se introdujera la remisión a lo dispuesto en relación con el consentimiento informado en el ámbito de la salud<sup>81</sup>, con la que entendemos que lo que se quería era básicamente dejar claro que para estas actuaciones no era necesaria la autorización judicial y podía bastar el consentimiento del representante<sup>82</sup>.

Lo que ocurre es que los términos de la remisión son poco claros y pueden dar lugar a entender que puede seguir aplicándose sin más toda la regulación contenida en la LAP y, en concreto, en su art. 9 y los criterios que en él incluyen

---

de salvaguardar la vida e integridad física de las personas con discapacidad (arts. 17, 25 CDPD; art. 10 RDL 1/2013). Igualmente considera que, con la propia remisión que realiza el art. 287.1 CC a la normativa sanitaria, el legislador ha querido dejar subsistente las cautelas del art. 9.6 LAP. Coincide con esta autora GARRIDO GARCÍA, A.: "Prestación de consentimientos", cit., pp. 122-125, quien, tras poner de manifiesto el conflicto entre los arts. 249 CC y 9.6 LAP, considera que debe aplicarse este último en virtud del principio de especialidad. De distinto parecer es ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 380 y ss. y TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 93-94.

- 78 Como señala ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., p. 384, hay una gran distancia entre que el criterio del mejor interés del art. 9.6 LAP sea el primer y único criterio a aplicar por el sustituto o que sea el criterio subsidiario. Para TORRES COSTAS, M.E.: "La vacunación", cit., p. 10, tras las voluntades anticipadas (a través de documento de IIPP o verbalmente) y la voluntad hipotética del paciente, el tercer criterio sería, no el del mejor interés, sino atender al criterio objetivo de atención a la salud, vida y bienestar del paciente, según criterios médicos socialmente consolidados.
- 79 Ya nos expresamos en este sentido en ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: "La aplicación", cit., pp. 65-66.
- 80 Señala ca LECIÑENA IBARRA, A.: "Comentario a", cit., p. 664-665, que de no haberse incluido esta salvedad en el art. 287.1<sup>o</sup> CC, habría supuesto una derogación tácita de la regulación del consentimiento informado en la LAP, además de convertir al "juez en supremo protagonista sanitario".
- 81 MUNAR BERNAT, P.A.: "Comentario al artículo 287", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, p. 435, recoge esta tramitación parlamentaria y la introducción de esta remisión en las enmiendas en el Senado, para evitar someter a autorización judicial cualquier actuación médica, "lo que no es así a día de hoy ni es deseable" y se trata de actos que no admiten demora.
- 82 De este mismo parecer es ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., p. 382.

(que no responden al espíritu de la nueva reforma). Aunque esta última posibilidad (aplicación de los criterios previstos en el art. 9 y, en particular, apartado 6) podría derivarse de una interpretación meramente literal de la norma, entendemos que, tal y como hemos señalado, no responde a su finalidad, que es resolver un problema puntual de necesidad de autorización judicial para actuaciones en el ámbito de la salud. También podría argumentarse a favor de la vigencia del art. 9.6 LAP que, si se hubiera querido un régimen distinto al establecido en él, el propio CC podría haber dispuesto otra regla para el consentimiento informado en el ámbito sanitario. Pero, como hemos señalado, hay que tener en cuenta que la reforma se quiso limitar a los mencionados ámbitos civil y procesal, sin afectar a normativa distinta de ésta, por lo que no habría lugar a establecer una regulación específica para el ámbito sanitario y la cuestión se resolvió mediante una defectuosa remisión legal de urgencia, que está provocando importantes problemas de interpretación y aplicación<sup>83</sup>.

Estos problemas se han trasladado, como cabía esperar, a las resoluciones judiciales. A título de ejemplo, la STS de 23 enero 2023<sup>84</sup>, al hacer revisión de la normativa aplicable a los casos de adopción de medidas de apoyo conforme al nuevo régimen, afirma que para los actos relativos a la salud sigue vigente la LAP, mencionando en particular el consentimiento por representación de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho del art. 9.3, el criterio del mayor beneficio para la vida y salud del paciente del apartado 6 y destacando especialmente el apartado 7. Ahora bien, en este caso el TS considera suficiente el mantenimiento del apoyo del guardador de hecho (sin necesidad de nombrar curatela representativa), ya que la persona conserva un cierto grado de autonomía, por lo que en este supuesto incluso la aplicación del art. 9.7 LAP debería adaptarse convenientemente<sup>85</sup>.

---

83 Como señala ELIZARI URTASUN, L.: “Reconsideración de”, cit., p. 383, si la reforma de la LAP es necesaria en relación con el consentimiento, en este punto en concreto resulta inaplazable, ya que de lo contrario conducirá a decisiones basadas en el criterio médico del art. 9.6 LAP e incluso a reiterar resoluciones como las que se han emitido en materia de vacunación, en las que se impone una vacunación forzosa. Incluso a la vista de los destinatarios de la norma (profesionales sanitarios, pacientes, familiares...), insiste la autora en la urgencia de la modificación, puesto que no cabe pedirles un conocimiento amplio del sistema de apoyos, ni que realicen una reinterpretación de la LAP. Como ahora vamos a ver a propósito de la jurisprudencia del TC, no le faltaba razón a la autora.

84 STS de 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291).

85 Se hace eco de estas afirmaciones, por ej., la SAP de Álava de 21 abril 2023 (ECLI:ES:APVI:2023:68A), que considera suficiente la guarda de hecho existente (e improcedente, en consecuencia, el nombramiento como curador) y recuerda la improcedencia de dicho nombramiento y las posibilidades que en la práctica tiene el guardador, la aplicación al ámbito sanitario de lo dispuesto en el art. 9 LAP, que el Tribunal Supremo ha considerado subsistente (“sin olvidar que el TS tiene resuelto a estos efectos que para los actos relativos a la salud, sigue vigente la regulación del art. 9 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y “debe tenerse en cuenta el esencial apartado 7 del mismo art. 9”). Puede consultarse el análisis de la jurisprudencia menor que realiza TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada”, cit., pp. 100 y ss., y en el que pone de relieve que el respeto al criterio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en general, cede en favor del mayor beneficio, considerándose aplicables sin más los arts. 9.3 y 9.6 LAP en la actuación en el ámbito sanitario de las nuevas figuras de apoyo, incluso cuando tienen carácter asistencial. Como señala la autora (p. 106), por más que la necesidad de tener en cuenta

Pero el ejemplo más claro lo vamos a ver en la reciente jurisprudencia del TC, acerca de la vacunación durante el COVID de personas con discapacidad, que pasamos a analizar<sup>86</sup>.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TC SOBRE VACUNACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 LAP.

##### I. La doctrina sentada por el TC en las sentencias 38/2023 y 74/2023.

El TC se ha pronunciado en dos sentencias del año 2023 (SSTC 38/2023, de 20 de abril<sup>87</sup> y 74/2023, de 19 de junio de 2023<sup>88</sup>) acerca de la constitucionalidad de la vacunación de personas con discapacidad (institucionalizadas) mediante autorización judicial, ante la negativa del representante o medida de apoyo a dicha vacunación. En ambos casos, se alegaba la posible vulneración de derechos fundamentales (en concreto, de los derechos a la integridad física, igualdad e intimidad, todos ellos en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, recogidos en los arts. 14, 15, 18 y 24.I CE respectivamente) por parte de las resoluciones judiciales de instancia y

---

la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad parece haber calado en la doctrina y la jurisprudencia, el eje del debate parece haberse desplazado hacia los límites con los que puede topar dicho respeto; y, en ciertos supuestos, esta voluntad está siendo condicionada por el "mayor beneficio o interés de la persona con discapacidad". Por otra parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Las grandes", cit., pp. 41-42, critica la jurisprudencia que acude a una curatela representativa y alude al art. 9.2 LAP.

86 La doctrina ha puesto de relieve desde el primer momento la ignorancia de la CDPD por parte de los autos que autorizaban la vacunación. Entre otros, TORRES COSTAS, M.E.: "La vacunación", cit., pp. 5 y ss., quien señala que las primeras resoluciones judiciales no mencionan ni una sola vez la CDPD, ni que se haya recabado información sobre la existencia de IIPP, ni tampoco que se haya intentado reconstruir la voluntad de los residentes. Para GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reforma", cit., pp. 90-94, que analiza tres de las primeras resoluciones judiciales sobre vacunación, suponen una vulneración flagrante de los arts. 5, 12 y 25 CDPD, así como de la normativa vigente, que obliga a contar con la participación del paciente, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones. Vid. también, en similares términos GIL MEMBRADO, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 46 y ss.; ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 365-366, quien destaca que es ineludible tener en cuenta los cambios introducidos en el CC por la Ley 8/2021. Resalta esta última autora el Auto de la AP Valencia de 4 de junio de 2021, en el que se autoriza la vacunación de una persona con Síndrome de Down favorable a su vacunación, al contrario de su tutora. Como destaca la autora, a pesar de que en este caso la decisión correspondía a la propia paciente (que tenía capacidad para entender la información y consecuencias de la vacunación), la existencia de una sentencia de modificación de la capacidad arrastra a la Sala a que, en lugar de atender a la posible capacidad de la persona, acuda al consentimiento por representación del art. 9.6 LAP y tenga en cuenta la voluntad de la persona como una circunstancia más en el marco del art. 9.7 LAP. Realiza DELGADO-SÁEZ, J.: "Consentimiento informado y personas con discapacidad. A propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación", *Revista de Derecho Privado*, 2023, núm. 2, pp. 15 y ss., un detallado análisis de las resoluciones judiciales en materia de vacunación (en las que, como señala la autora, ya sí se tuvo en cuenta si existían o no IIPP), pero que, aun así, el denominador común en todas, según esta autora, es la "insuficiente atención a la voluntad del paciente, a su trayectoria vital y a la existencia o no de instrucciones previas, puesto que, al final es el juez el que vacuna creyendo atender a lo que supone un mayor beneficio y protección para la persona con discapacidad". Y es que, en efecto, en todos los supuestos se ha autorizado la vacunación, ya fueran casos en los que es el apoyo el que se opone a la vacunación, ya la oposición proviniera de la propia persona con discapacidad, o casos en que la persona con discapacidad quiere vacunarse y se opone la provisión de apoyos; incluso la existencia de antecedentes de negativa de la persona a otras vacunaciones tampoco es un dato que los tribunales hayan valorado suficientemente.

87 STC 38/2023, de 20 de abril (BOE de 22 de mayo de 2023).

88 STC 74/2023, de 19 de junio de 2023 (BOE de 25 de julio de 2023).

apelación que autorizaron la administración de la vacuna frente a la COVID-19. En el primero de los supuestos, la negativa a la vacunación provenía del tutor (hijo) de una persona con una discapacidad (demencia severa derivada de la enfermedad de Alzheimer) que le impedía por sí sola consentir dicha actuación sanitaria. En el segundo, se trataba de una persona con deterioro cognitivo moderado de origen neurodegenerativo, con incapacidad para la toma de decisiones, proviniendo en este caso la negativa de su hija, guardadora de hecho.

Independientemente de encontrarnos en el primer caso con una medida de apoyo formal, como es la tutela (que el TC considera subsistente, en tanto no se revise, aunque sujeto al régimen de los curadores representativos, conforme a la DT 2ª Ley 8/2021) y en el segundo con un apoyo informal, como la guarda de hecho, el TC aplica la misma argumentación jurídica, remitiendo de hecho en la segunda de las sentencias a lo ya resuelto en la primera. Por ello, en las siguientes páginas, nos centraremos principalmente en los argumentos utilizados por el TC en la sentencia 38/2023, de 20 de abril<sup>89</sup>.

El TC centra la posible vulneración en la lesión del derecho a la integridad física del art. 15 CE (desechando que pueda existir respecto de los restantes derechos fundamentales alegados) y, en este sentido, recuerda su doctrina acerca del significado constitucional de este derecho y de la importancia que para el mismo tiene en el ámbito sanitario el consentimiento informado (doctrina recogida fundamentalmente en la STC 37/2011, de 28 de marzo<sup>90</sup>). Inserta la vacunación, en cuanto acto médico, en dicha doctrina, por lo que su administración entraría dentro de las facultades de autodeterminación garantizadas por el derecho a la integridad personal del art. 15 CE. Desde aquí, analiza, conforme a su doctrina constitucional, los requisitos que debe cumplir una vacunación no consentida, en la medida en que puede suponer una injerencia en el derecho a la integridad personal: en particular, la existencia de una habilitación legal precisa y el respeto al principio de proporcionalidad.

El primero de los requisitos constituye uno de los elementos fundamentales en los que se basa el recurso de amparo, puesto que los recurrentes alegan como una de sus principales quejas la falta de cobertura legal, al ser la vacunación voluntaria en nuestro país (FJ 5). El TC considera que se trata ésta de una cuestión ligada a la especial trascendencia del recurso apreciada por el tribunal, pues no existe ningún pronunciamiento relativo a la vacunación como posible restricción de un

<sup>89</sup> De hecho, la doctrina de esta sentencia es la que se está aplicando en las posteriores, tanto de menores de edad (a los que nos referiremos al final de este apartado), como de otras personas con discapacidad no institucionalizadas. Así, en la STC 163/2023, de 20 de noviembre de 2023 (BOE de 21 de diciembre de 2023), se aplica la doctrina de la STC 38/2023 a un caso de persona mayor de edad (23 años) con parálisis cerebral, ante la negativa de sus padres (tutores) a la vacunación.

<sup>90</sup> STC 37/2011, de 28 de marzo (BOE de 28 de abril de 2011).

derecho fundamental. Aun así, y tras mencionar los posibles tratamientos jurídicos de la vacunación (sistema de obligatoriedad, voluntariedad, sistemas mixtos...) y el doble interés (individual y público) que satisface, realmente no entra a analizar la constitucionalidad de una eventual "cláusula de obligatoriedad", en la medida en que ésta no se ha visto plasmada en nuestro ordenamiento. De hecho, el TC señala que la ley habilitante de la injerencia es la LAP, que no impone una vacunación automática y necesaria al margen de la voluntad de la persona, sino que, partiendo de la centralidad del consentimiento informado, trata de resolver los concretos supuestos en que la persona no puede prestarlo por sí misma.

A partir de aquí, el TC se centra en analizar la LAP como norma habilitante, realizando algunas afirmaciones que contrastan con lo que hemos señalado anteriormente en este trabajo. En primer lugar, considera que en este caso la norma aplicable es el art. 9.3.b), esto es, consentimiento por representación en el caso de paciente con su capacidad modificada judicialmente. Como hemos señalado anteriormente, para el TC la tutela sigue vigente, aunque sometida al régimen de la curatela representativa. Ahora bien, como ya hemos puesto de relieve, en la medida de lo posible debería dejarse de aplicar el art. 9.3.b) LAP, por el riesgo a la inercia de seguir aplicando criterios ya obsoletos en nuestro ordenamiento tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En cualquier caso, sea mediante una reinterpretación del art. 9.3.b), que es la que parece haber hecho el TC en el mejor de los casos, o del art. 9.3.a), que es la que proponíamos en las páginas anteriores, lo cierto es que, a efectos prácticos, el hijo disponía de facultades representativas en el ámbito sanitario<sup>91</sup>. Curiosamente, en la segunda de las sentencias que hemos mencionado sobre este tema (STC 74/2023, de 19 de junio de 2023), en la que la negativa provenía de la guardadora de hecho, el TC no entra en esta cuestión, aunque entendemos que en este caso habría que acudir al art. 9.3.a) LAP.

En segundo lugar, considera plenamente aplicable el art. 9.6 LAP. De hecho, esta es para el TC la norma habilitante de la injerencia, a la que caracteriza como una medida de carácter estrictamente tuitivo, que solo puede ser adoptada con una finalidad legítima, la protección del interés individual de la persona. Por lo tanto, este precepto solo contemplaría, de las dos dimensiones antes señaladas (la individual y la pública), la primera de ellas; y no permitiría al juez actuar, ni en contra de la voluntad válidamente manifestada de la persona, ni guiado por los intereses públicos o de terceros frente a los estrictamente individuales de la persona afectada.

91 Señala GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado", cit., pp. 8, 16, que la DT 2ª establece un régimen provisional, por el que las antiguas figuras tutelares deben ajustarse a la nueva Ley y, dentro de ella, a la medida a la que más se le aproxima, pero no implica ni una identificación, ni una conversión ex lege entre ellas.

Como podemos comprobar, el TC parte de la plena aplicabilidad del artículo 9 LAP, sin que se plantee hasta este momento la incidencia que puede tener la entrada en vigor del régimen instaurado por la Ley 8/2021. Esto lo hace al analizar el segundo de los requisitos señalados, esto es, los criterios de ponderación aplicables (en el FJ 6). Realiza aquí el TC una encomiable exposición de los fundamentos del nuevo régimen de la capacidad, destacando el carácter preferentemente asistencial de las medidas de apoyo, así como la voluntad de la persona con discapacidad como principio rector esencial de toda decisión "tuitiva" que se adopte en materia de discapacidad, tanto de la persona que presta el apoyo, como de la actuación del juez (arts. 249, 250.2 CC).

Es en este régimen en el que el TC considera que debe enmarcarse el art. 9.6 LAP. Y, en este sentido, entiende que el primer criterio de ponderación a tener en cuenta en la aplicación de dicho precepto es la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que dicha voluntad haya podido manifestarse. El TC menciona expresamente la posibilidad de que la voluntad se haya expresado de forma anticipada, a través de un documento de IPPP (art. 11 LAP) o de un acuerdo de apoyos (art. 255 CC).

A falta de este criterio (cuando no pueda operar la voluntad o esta pueda no ser suficiente), considera que la ley reserva a la medida de apoyo el papel de atender de modo imparcial el interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios objetivos plenamente fiscalizables por el juez civil (en particular, menciona los recogidos en los arts. 9.6 y 9.7 LAP).

Este régimen jurídico conlleva, para el TC, dos consecuencias en la ponderación que debe hacerse en la aplicación del art. 9.6 LAP: 1) que la decisión que se adopte ha de atender únicamente al fin de protección de la persona con discapacidad, siendo irrelevantes tanto los intereses públicos o de terceros, como el particular ideario de la persona que presta el apoyo<sup>92</sup>; 2) la ponderación de beneficios y perjuicios debe adecuarse a dicho fin; por lo que la decisión de la medida de apoyo y del juez que la revisa deben basarse en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, conforme a las circunstancias concurrentes.

A la vista de lo anterior, el TC desgana por qué no puede considerarse vulnerado el derecho a la integridad personal en ninguno de los casos resueltos

92 Insistía ya en este aspecto, ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., 371-375, con análisis de las resoluciones judiciales que lo acogían y las que no. En esta misma línea también el comunicado conjunto de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Sección de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo y la Fiscal de Sala para la protección de las personas con discapacidad y mayores, de 24 de febrero de 2021, dictado ante la existencia de pronunciamientos judiciales que autorizaban, por el procedimiento previsto en el art. 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la administración de la vacuna contra la COVID-19 a personas residentes en centros de mayores (puede consultarse en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/95cd6c58-9e5a-b055-3f08-2b7989d36453>).

por ambas sentencias, y que la segunda de ellas (STC 74/2023, de 19 de junio de 2023) resume pertinentemente: "(i) la decisión judicial se ha fundamentado en un informe médico sobre la incapacidad de la interesada para manifestar su voluntad acerca de la administración de la vacuna, sin que hubiera dejado tampoco, en anticipación de esa situación, instrucciones al respecto; (ii) la negativa de la demandante a la vacunación de su madre fue expresada de forma tajante, general e incondicionada, sin admitir, en modo alguno, cualquier posibilidad de rectificación en función de una mayor información que le pudiera ser aportada de conformidad con el derecho a un consentimiento informado; (iii) la decisión judicial no desbordó los límites de cobertura del precepto habilitante al establecerse como premisa de la ponderación la protección de la salud de la interesada; y (iv) los criterios de ponderación empleados en las resoluciones judiciales responden a la finalidad legítima de proteger los intereses de la persona vulnerable al incidirse en la fiabilidad de la vacuna vinculada a su aprobación por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios y su sometimiento a seguimiento permanente; la asimilación general de los márgenes de riesgo asociados a dicha vacuna a los habituales en cualquier otra vacuna recomendada por las autoridades sanitarias; la existencia de un contexto de riesgo cualificado para la salud de la interesada por razón de su avanzada edad; y la existencia de informes periciales que acreditaban la inexistencia de contraindicaciones específicas, lo que determinaba que fuera mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus que la de padecer algún efecto secundario de la administración de la vacuna"<sup>93</sup>.

## 2. Revisión crítica de esta jurisprudencia: la falta de asunción plena por el TC del principio de autonomía.

Aunque el resultado al que llega el TC pudiera considerarse adecuado (constitucionalidad de las autorizaciones judiciales para vacunar), sin embargo, no

93 La doctrina ha venido criticando el automatismo en la aplicación del art. 9.6 LAP en los casos de autorización de la vacunación contra la COVID-19 por las resoluciones judiciales de instancia. Vid. ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 375-379. Señala la autora que, en general, los tribunales coinciden en sus razonamientos y conclusiones, acudiendo a criterios médicos, a la inexistencia de contraindicaciones o a algunos otros beneficios de la vacunación (ej., el contacto con los familiares). Destaca el escaso e, incluso, incoherente valor que se le da a la voluntad de la persona (por ej., la actitud de la persona frente a vacunaciones anteriores). Ello ha producido un efecto uniformador, habiéndose autorizado la vacunación en todos los casos, incluso de personas no incluidas en grupos de riesgo o con salud muy delicada. Destaca, además la autora que, aunque se rzone en términos de salud individual, razones de protección de la salud colectiva también han tenido que ver, puesto que en todos los casos se trataba de personas institucionalizadas. Por su parte, TORRES COSTAS, M.E.: "La vacunación", cit., pp. 13-14, a propósito del comentario a las primeras sentencias en la materia, ya predecía que las resoluciones judiciales que se fueran dictando irían todas en el mismo sentido, con el peligro que ello suponía. Entre estos peligros señalaba el de la perpetuación del modelo médico-paternalista; el que las resoluciones judiciales dejaban de ser un traje a medida, al impedir la negación de un consentimiento por representación basado en la manifestada o hipotética voluntad del paciente, al no realizarse el esfuerzo de indagación de dicha voluntad; y que, bajo la apariencia de la garantía de la protección objetiva del derecho a la salud, se impusiera una medida de forma coercitiva.

lo es tanto la argumentación, en la que se echa en falta la aplicación al ámbito sanitario de ciertos aspectos de la regulación civil relativos a las medidas de apoyo<sup>94</sup>.

El TC expone detalladamente el impacto que el principio de autonomía y el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad tiene en la regulación contenida en el CC, en particular, en los arts. 249 y 250.2 CC. En este sentido, señala que la misión ordinaria de las medidas de apoyo es la de servir de auxilio a la formación y manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad, no sustituirla, debiendo éstas actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Hace referencia, igualmente, al carácter excepcional de las medidas de apoyo con funciones representativas. Y menciona expresamente que, en estos casos, debe atenderse al criterio contenido en el art. 249.3 CC (canon de la trayectoria vital de la persona con discapacidad), por lo que la persona de apoyo debe atender en estos casos a las convicciones o creencias de la persona con discapacidad y no a las suyas propias.

Ahora bien, a la hora de interpretar el art. 9.6 LAP a la vista de esta regulación, entiende que el primer criterio de ponderación que debe tenerse en cuenta es el de la voluntad de la persona con discapacidad (la que pueda expresar o la que haya manifestado de forma anticipada); y el segundo, el de atender de modo imparcial al interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios puramente objetivos (entre los que estaría el previsto en el art. 9.6 LAP).

No obstante, olvida el TC, tras mencionar el criterio de la voluntad manifestada por el paciente, atender al criterio de la voluntad presunta del art. 249.3 CC, al que, por cierto, la propia sentencia se refiere, como acabamos de ver, al exponer el régimen del CC. En este sentido, si el TC considera relevante tener en cuenta de modo prioritario la voluntad de la persona con discapacidad, como principio rector de la nueva regulación civil de la capacidad, debería haber aplicado este régimen en su totalidad, incluida la obligación para la figura de apoyo (en primer lugar, y de la autoridad judicial al revisar esta decisión) de reconstruir en la medida de lo posible la voluntad de la persona con discapacidad, antes de acudir al criterio subsidiario del interés de la persona con discapacidad. En este sentido, el TC no obvia por completo la nueva regulación civil de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica (como sí ha hecho gran parte de la jurisprudencia de instancia en el tema de la vacunación por la COVID-19), pero tampoco llega a integrarlo plenamente.

Aunque el resultado al que hubiera llegado el TC pudiera ser el mismo acudiendo al criterio del art. 249.3 CC (antes de al interés de la persona con

<sup>94</sup> De distinto parecer es PALLARÉS NEILA, J.: "El derecho a la salud de las personas con discapacidad representadas legalmente. Comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril de 2023", *Actualidad Civil*, 2023, núm. 6, pp. 4-5, quien lo considera adecuado tanto en el fondo, como en la argumentación seguida por el TC, entendiéndose que procede la aplicación del art. 9 LAP.

discapacidad), consideramos fundamental, como vía para realmente respetar los dictados de la CDPD y del CC, que se haga el esfuerzo de intentar reconstruir cuál habría sido esa voluntad. Pero en la sentencia ni siquiera se menciona esta cuestión. De hecho, no parece que haya sido un tema que se haya planteado en ninguna de las instancias previas. Ello no obsta a que el TC debería haberlo mencionado a la hora de establecer su doctrina sobre la aplicación del art. 9.6 LAP, sobre todo teniendo en cuenta que la sentencia se refiere en varias ocasiones a que la figura de apoyo no puede sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por su criterio propio.

Creemos que el TC ha perdido la oportunidad de dejar clara la aplicabilidad del criterio previsto en el art. 249.3 CC al ámbito sanitario cuando afirma (en el FJ 7 apdo. b) que: “Como hemos señalado en el fundamento jurídico precedente, la misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias de aquella». Más allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial”.

Y es que, en estos casos, precisamente lo que se ha producido es un claro ejemplo de figura de apoyo que actúa contraviniendo lo dispuesto en el art. 249.3 CC, para imponer sus propias convicciones<sup>95</sup>. En cambio, el TC prefiere solventar la situación acudiendo al interés superior, conforme a criterios objetivos, que, en efecto, son plenamente fiscalizables por un tribunal de manera más cómoda que la voluntad presunta de la persona con discapacidad<sup>96</sup>.

95 Así lo destaca también TORRES COSTAS, M.E.: “La vacunación”, cit., p. 12, para las primeras resoluciones judiciales emitidas en relación con la vacunación de personas mayores en centros residenciales.

96 En la STC 148/2023, de 6 de noviembre (BOE de 18 de diciembre de 2023), el TC resuelve un caso de vulneración, entre otros, del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, por ausencia de consentimiento informado para la vacunación de una menor de 11 años. En este supuesto, no había acuerdo entre los progenitores acerca de la vacunación, por lo que judicialmente se resolvió dicha discrepancia admitiéndose la solicitud del padre de autorización para realizar las gestiones necesarias para la vacunación de la hija contra la COVID-19, sin intervención de la madre. Aquí el TC, como no podía ser de otra manera, sí acude al interés superior del menor para la resolución del caso, por imposición de la Convención de los Derechos del Niño, plasmada, entre otros, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Y, además, el TC aclara que dicho interés superior no puede “determinarse de manera libre por los representantes legales y según su propio criterio, sino tomando en consideración los criterios legalmente establecidos en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 con carácter general, y en las leyes especiales que regulen de manera específica la materia a que se refiera la decisión; en concreto y en el caso que nos ocupa, los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002”. Es evidente que, en este caso, procede la aplicación del art. 9.6 LAP. Lo que llama la atención es que finalmente para la vacunación de menores y mayores con discapacidad se esté acudiendo preferentemente al mismo criterio, lo que no viene si no a incidir en la poca adaptación del mismo al nuevo marco regulatorio del ejercicio de la capacidad de los mayores con discapacidad. Vid. sobre el mismo tema la SSTC 154/2023, 155/2023, 156/2023, 157/2023, 158/2023, 159/2023, 160/2023 y 162/2023, de 20 de noviembre de 2023 (BOE de 21 de diciembre de 2023). Vid., asimismo, la 161/2023, de 20 de noviembre de 2023 (BOE de 21 de diciembre de 2023), aunque en este caso se rechaza el recurso por falta de agotamiento de la vía jurisdicción previa.

## BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RIO, J.: “El nuevo régimen legal de la curatela”, en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 145-226.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, en AAVV: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 73-130.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la Convención de las ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos”, en AAVV: *Protección civil y penal de los menores y de las persona mayores vulnerables en España* (dir. por J.A. COBACHO GÓMEZ y F. LEGAZ CERVANTES), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 527-552.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “La aplicación de medidas de contención a personas con discapacidad en la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado”, en AAVV: *Mujer, discapacidad y derecho* (dir. por en B. VERDERA IZQUIERDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 47-67.

BARBA, V.: “El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-54.

DE SALAS MURILLO, S.: “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 71-120.

DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica?”, *RCDI*, 2020, núm.780, pp. 2227-2268.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 56-106.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad*

y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 81-123.

DELGADO-SÁEZ, J.: "Consentimiento informado y personas con discapacidad. A propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación", *Revista de Derecho Privado*, 2023, núm. 2, pp. 3-26.

DÍAZ PARDO, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 307-340.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Disposiciones transitorias", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1483-1516.

ELIZARI URTASUN, L.: "Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2016, núm. 30, pp. 337-369.

ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AAVV: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. ARCOS VIEIRA), Bosch, Madrid, 2022, pp. 347-387.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas", en AAVV: *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España* (dir. por G. SPOTO), Editum, Universidad de Murcia, 2013, pp. 217-244.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Autonomía del paciente y representante sanitario", en AAVV: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral* (dir. por A.M. MARCOS DEL CANO), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 371-384.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Sepin, 2021, núm. 136, pp. 45-62.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *AFDUAM*, 2021, núm. 25, pp. 81-109.

GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Comentario al artículo 249”, en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 207-219.

GARRIDO GARCÍA, A.: “Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, pp. 114-131.

GERMÁN DIESTRE, O.: “Planificación de decisiones anticipadas. Un modelo de relación asistencial”, en *Informaciones psiquiátricas*, 2017, núm. 228, pp. 41-53.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad”, en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 33-53.

GIL MEMBRADO, C.: “Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 37-56.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 39, pp. 231-247.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018”, en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361-394.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario a los artículos 282 a 294 del Código Civil”, en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 767-831.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El principio de respeto a voluntad y preferencias versus el interés objetivo de las personas con discapacidad”, en AAVV: *La reforma*

de la discapacidad (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. 2, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 357-388.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil español", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 21-80.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: "El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 407-446.

JÚDEZ GUTIÉRREZ, FJ; NOVOA, AJ; GANDÍA, M; GIL, J.: "Dime lo que escribes y te diré lo que valoras: nuevos contenidos 'rutinarios' en la historia clínica para abordar la atención al sufrimiento evitable e inevitable", Comunicación N.º 83 al XV Congreso Nacional de Bioética, Victoria-Gasteiz, 4 al 6 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.asociacionbioetica.com/uploads/files/83.pdf>

LECIÑENA IBARRA, A.: "Comentario a los artículos 263 a 267 del Código Civil", AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 647-679.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023", *Actualidad civil*, 2023, núm. 11, (LA LEY 12218/2023).

LEGERÉN-MOLINA, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir.

por S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.253-270.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9851.

MORO ALMARAZ, M. J.: "La tramitación legislativa de la ley 8/2021", *LA LEY Derecho de familia*, 2021, núm. 31 (LA LEY 9528/2021).

MUNAR BERNAT, P.A.: "Comentario al artículo 287", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 433-442.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L: *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2019.

OJEDA RIVERO, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret*, 2015, núm. 3, 39 págs.

PALACIOS GONZÁLEZ, D.: "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica", en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 417-430.

PALLARÉS NEILA, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 257-279.

PALLARÉS NEILA, J.: "El derecho a la salud de las personas con discapacidad representadas legalmente. Comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril de 2023", *Actualidad Civil*, 2023, núm. 6 (LA LEY 5460/2023).

PEREÑA VICENTE, M.: "Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155-184.

PEREÑA VICENTE, M.: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su*

*capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 125-159.

POVEDA-MORAL, S., BOSCH-ALCARAZ, A. & FALCÓ-PEGUEROLES, A.: "La planificación de decisiones anticipadas como estrategia preventiva de conflictos éticos en urgencias y emergencias durante y después de la COVID-19". *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, núm. 50, pp. 189-203.

RUIZ ALONSO, G.A.: "La curatela representativa con guarda de hecho previa: problemas aplicativos", *Diario LA LEY*, 2023, núm. 10390.

SANCHO GARGALLO, I, SEGARRA CRESPO, M.J., GARCÍA RUBIO, M.P., CAYO PÉREZ, L.: "¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?", en CALAZA LÓPEZ y DE PRADA RODRÍGUEZ (coords.), *Actualidad civil*, 2023, núm. 3 (LA LEY 2163/2023).

SARALEGUI I, LASMARÍAS C, JÚDEZ J, PÉREZ DE LUCAS N, FERNÁNDEZ J, VELASCO T, ET AL.: "Claves en la planificación compartida de la atención. Del diálogo al documento", en AAVV: *Monografías SECPAL sobre Cronicidad Avanzada*. Madrid: Inspira Network, 2018, pp. 87-89.

SEOANE, J. A., ÁLVAREZ LATA, N.: "El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 36, pp. 131-177.

TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el *mayor beneficio para la vida y salud del paciente* en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario", *InDret*, 2022, núm. 3, pp. 76-113.

TORRES COSTAS, M.E.: "La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9797 (LA LEY 1575/2021).

TORRES COSTAS, M.E.: "Comentario a la disposición transitoria segunda", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 1253-1257.