

La grave incongruencia existente entre el nuevo sistema de apoyo y la emisión del consentimiento informado por las personas con discapacidad

The Serious Inconsistency Between the New Support System and the Issuance of Informed Consent by People with Disabilities¹

JAVIER PALLARÉS NEILA

*Doctor en Derecho. Universidad Rey Juan Carlos. Fundación Manantial, Madrid.
ORCID iD: 0000-0002-9308-5810*

Correspondencia: javipane@gmail.com

Recibido: 08/07/2023; aceptado con modificaciones: 23/10/2023

Los contenidos de este artículo están bajo una Licencia Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 (Atribución-No Comercial-Compartir igual).



Resumen: Recientemente, el Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia por la que se confirmaba la constitucionalidad de dos resoluciones judiciales que habían ordenado la vacunación de una persona con discapacidad en contra de la voluntad de su tutor. El ob-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 “Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos”, de la convocatoria 2022 de los “Proyectos de Generación de Conocimiento” del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

jeto de este artículo es analizar qué hubiera ocurrido de haberse producido esos hechos en la actualidad, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 que regula un nuevo sistema de apoyo a la capacidad jurídica en favor de las personas con discapacidad. Tras analizar las nuevas medidas de apoyo que se han incorporado al Código Civil, se concluye informando de la existencia de un grave desajuste entre el Código Civil y la Ley 41/2002.

Palabras clave: discapacidad, capacidad jurídica, consentimiento informado, apoyo.

Abstract: Recently, the Constitutional Court issued a ruling confirming the constitutionality of two court resolutions that had ordered the vaccination of a person with disabilities against the will of their legal guardian. The purpose of this article is to analyze what would have happened if these events had occurred today, after the entry into force of Law 8/2021, which regulates a new system of support for legal capacity in favor of people with disabilities. After analyzing the new support measures that have been incorporated into the Civil Code, it is concluded that there is a serious mismatch between the Civil Code and Law 41/2002.

Key words: disability, legal capacity, informed consent, support.

LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA

EL 20 DE ABRIL DE 2023, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 38/2023 (1), por la que se desestimaba el recurso de amparo formulado por el tutor de una persona diagnosticada de una demencia por Alzheimer contra dos resoluciones judiciales que acordaban la administración de una vacuna concreta frente a la COVID-19.

Los hechos que dieron lugar al recurso fueron los siguientes²:

Por sentencia de 24 de enero de 2017, el Juzgado de 1ª Instancia Nº 2 de Telde modificó la capacidad de obrar de doña FRS, designando como tutor a su hijo, don ANR.

En plena pandemia provocada por el coronavirus SARS-CoV-2 y durante la campaña de vacunación, el tutor, mediante escrito, manifestó: “no doy el consentimiento y desautorizo la vacuna contra la COVID-19, como tutor legal de mi madre, más aún, como he dejado claro en anteriores comunicaciones por email, tampoco doy autorización para ningún tipo de vacunas de la gripe anual” (todo ello, en mayúsculas y negritas en el original). A ello se añadía como explicación lo siguiente: “Motivo: inseguridad civil y jurídica de tales vacunas”.

² Puede leerse el relato pormenorizado de los hechos en la propia sentencia referenciada (1).

Tras informar el centro sociosanitario en el que residía FRS de la negativa del tutor a que le administraran dicha vacuna y abundando en que ello los había obligado a realizar una sectorización para evitar el contacto entre personas vacunadas y no vacunadas, el Ministerio Fiscal interesó una comparecencia a efectos de autorizar judicialmente la administración de la vacuna contra la COVID-19 a FRS.

Dada la oposición del tutor, el juzgado acordó el nombramiento de un defensor judicial. Tanto la defensora judicial nombrada como el Ministerio Fiscal solicitaron que se otorgara autorización para el suministro de la vacuna, a lo que el tutor nuevamente se opuso.

En noviembre de 2021, el juzgado autorizó la administración de la vacuna, decisión que fue recurrida en apelación por el tutor. El recurso sería finalmente desestimado por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, confirmando íntegramente la resolución del Juzgado.

Mostrando su disconformidad con las resoluciones dictadas y en el entendimiento de que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la persona a la que tutelaba, ANR interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que, dado el carácter voluntario de la vacunación en España, la actuación judicial suponía la vulneración “del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, la vulneración del derecho a la integridad física y moral, así como la vulneración del derecho a la intimidad (arts. 14, 15 y 18 de la CE)”.

LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para la resolución de la cuestión sometida a “amparo”, el Tribunal Constitucional parte fijando los siguientes principios:

- Que el respeto al principio del consentimiento es un elemento central en el ámbito sanitario;
- Que este principio es manifestación del libre desarrollo de la personalidad y con ella de la autodeterminación de la persona;
- Y que la administración no consentida de un tratamiento sanitario “se inserta en el ámbito general de protección otorgado por el derecho a la integridad personal reconocido en el art. 15 CE, quedando este derecho directamente concernido cuando el acto coactivo del poder público implicaba “una lesión o menoscabo del cuerpo”, “aunque esa lesión o menoscabo tuviera un carácter meramente potencial”, pues, como ha manifestado en otras ocasiones, “para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”.

Con ello viene a confirmar que, efectivamente, la administración de una vacuna “entra, con claridad, dentro de las facultades de autodeterminación garantizadas por el derecho a la integridad personal” y, en consecuencia, que la posible constitucionalidad de la administración no consentida queda supeditada a la concurrencia de dos requisitos: la existencia de una habilitación legal precisa y el respeto al principio de proporcionalidad.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL AL CASO ENJUICIADO

Para el Constitucional, ambos requisitos se dan en el caso enjuiciado: existe una ley que admite la excepcionalidad y las resoluciones judiciales dictadas han ponderado todos los intereses en juego.

El cuanto al primero, 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 lo sucesivo Ley 41/2002), tras reconocer como principio básico de toda actuación sanitaria el consentimiento del paciente, regula en su artículo 9 tres supuestos en los que su ausencia es posible suplirla mediante el instrumento jurídico de la representación legal:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones.
- b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

Como hemos referido, en este caso se trataba de una persona aquejada de una demencia severa ocasionada por la enfermedad de Alzheimer que había sido incapacitada judicialmente y representada por un tutor que, además, era su hijo, supuesto que es uno de los expresamente previstos en la citada ley.

Y en cuanto al segundo, a juicio del tribunal, tanto el juzgado como la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria tomaron una decisión proporcionada a las circunstancias que concurrían en la persona: había quedado probado que el estado avanzado de enfermedad le impedía manifestar una voluntad válida; no se había anticipado a esta situación mediante la formulación de instrucciones previas; y, a juicio clínico, la decisión de inocular la vacuna era la más adecuada al mayor beneficio para la vida o salud de la paciente.

Es conveniente recordar que el tutor, con su negativa, parecía responder más a intereses propios, conectados con su orientación política, su moralidad o la cultura científica de los denominados antivacunas (2), que al interés de su madre, como lo

demostraba el hecho de que no solo se oponía a la vacuna que proporcionaría posible inmunidad frente a la COVID, sino también a cualquier tipo de vacuna frente a la gripe, con motivo de la “inseguridad civil y jurídica de tales vacunas”, como escribió.

EL NUEVO SISTEMA DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Abordaremos ahora dos cuestiones: en primer lugar, valoraremos cómo ha resuelto el tribunal el problema de derecho transitorio producido a consecuencia del cambio de legislación que trajo consigo la “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” y que es posterior a los hechos enjuiciados; y, en segundo lugar, analizaremos cuál sería la solución si semejante caso se produjera en la actualidad, vigente ya el nuevo sistema de apoyo en favor de las personas con discapacidad.

a) Valoración crítica de la decisión actual

Pese a su complejidad, pensamos que el Constitucional ha resuelto acertadamente la cuestión debatida, no solo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a la argumentación seguida para alcanzarla.

Era compleja, ya que durante la tramitación del proceso no solo había desaparecido la tutela para las personas mayores de edad, sino, más importante, se había suprimido el constructo que la sustentaba: el procedimiento de incapacitación, la supresión o modificación de la capacidad de obrar.

Ahora el Código Civil, bajo la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” (artículos 249 a 300), no solo adapta el derecho español a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo CDPD) (3), sino que cambia completamente su paradigma.

Ahora, las nuevas medidas de apoyo tienen por finalidad “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”, estando inspiradas “en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”. Nada de proteger a presuntos incapaces que no pueden gobernarse por sí mismos, como se leía, en su redacción anterior, el artículo 200 del Código Civil.

Así las cosas, se planteaba ante el tribunal un grave problema, ya que el supuesto de hecho previsto en la letra b) del artículo 9 de la Ley 41/2002 es el de un paciente que tiene la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia, y este supuesto había desaparecido en la nueva legislación.

Sin embargo, el de la literalidad no es el único criterio hermenéutico que el Código Civil permite para interpretar la norma jurídica, también invita a utilizar el contextual, atendiendo a su espíritu y finalidad.

De esta forma, entendemos con el Tribunal Constitucional que el objeto principal de la norma es resolver aquellos casos en los que una persona, por la razón que sea, no puede emitir un consentimiento válido y tiene un representante legal. Y, en la nueva regulación nacida de la Ley 8/2021, existe la posibilidad de que en la medida de apoyo curatela pueda el curador asumir excepcionalmente funciones representativas.

Abunda en esta idea el hecho de que la Disposición Transitoria Segunda de la mencionada Ley 8/2021 advierte que a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, estableciendo así cierto puente entre ambas figuras.

Existiendo el mismo supuesto de hecho, se deberá aplicar la consecuencia jurídica prevista en el párrafo sexto del artículo 9 de la Ley 41/2002. Esta norma espera que el representante nombrado tome la decisión “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”, hasta el punto de exigir al personal clínico adoptar por sí, en caso de urgencia, o, en caso contrario, poner en conocimiento de la autoridad judicial aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses.

La Ley 41/2002 sigue íntegramente vigente y, por lo tanto, a nuestro juicio y dados los hechos, el Tribunal Constitucional no podía tomar otra decisión.

b) Valoración crítica de la decisión futura

Pero nos debemos preguntar qué ocurriría si un caso similar se produjera en la actualidad, es decir, con el nuevo sistema de apoyo en favor de las personas con discapacidad.

Para intentar ofrecer una respuesta, describamos primero este nuevo sistema.

El Código Civil prevé actualmente tres sistemas distintos de proveer el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica: las medidas de apoyo voluntarias, las medidas de apoyo no formales y las medidas de apoyo de constitución judicial.

1. Las medidas de apoyo voluntarias

A este respecto el código regula dos modalidades: una medida de apoyo inno- minada, de nueva creación, prevista en su artículo 255, que denominaremos “siste- ma de apoyo voluntario” y los tradicionales poderes o mandatos preventivos.

Por el sistema de apoyo voluntario, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que

puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, establecer el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona o personas que hayan de prestarlo.

Es por lo tanto posible que reconozca a una persona como apoyo, otorgándole funciones meramente asistenciales o también representativas.

Los poderes y mandatos preventivos también regulados como medidas voluntarias en el código se otorgan para que otra persona actúe representando sus intereses si llegado el momento no puede actuar por sí misma o no puede manifestar su voluntad. Por lo tanto y por su propia naturaleza, no es posible un poder con facultades meramente asistenciales.

En relación con estas medidas, convendría distinguir dos supuestos:

a) En relación con el que hemos denominado “sistema de apoyo voluntario”, si otorga al tercero facultades meramente asistenciales, las dificultades que la persona con discapacidad pueda tener para emitir el consentimiento informado las suple con la asistencia de otra persona que ha sido previamente nominada en la escritura pública, por lo que el personal clínico quedaría plenamente vinculado con su decisión, sea esta cual sea.

b) Sin embargo, en caso de que las facultades otorgadas a la persona de apoyo fueran representativas, así como en el supuesto de otorgamiento de un poder preventivo, la respuesta no puede ser unívoca, sino que depende de si ha concretado o no el contenido de las facultades otorgadas.

Si el poderdante se limita a designar un representante, sin concretar el contenido de la decisión que ha de tomar, se aplicaría sin matización ninguna lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 9 de la Ley 41/2002 y, por lo tanto, el apoderado deberá tomar la decisión atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente; en caso contrario, el clínico deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

Pero el apoderado puede no haberse limitado a designar representante, sino que puede haber explicitado también el contenido concreto de las facultades encomendadas, por ejemplo, la toma de decisiones en materia sanitaria.

Nos referimos a la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda combinar las medidas de apoyo voluntarias con las instrucciones previas otorgadas conforme a la habilitación que ofrece el artículo 11 de la Ley 41/2002. Se trata de una oportunidad que nos parece perfectamente plausible e incluso, como han puesto de relieve algunos autores (4), deseable en materia de salud mental, en tanto puede servir de instrumento para potenciar el respeto a la autonomía del paciente.

Si así fuera, en este contexto que analizamos, es decir, el de un paciente que no puede expresar su voluntad pero ha designado voluntariamente en escritura pública

a una persona para que consienta o no en su nombre esa concreta intervención médica, en un sistema de vacunación voluntaria y sin un interés público concurrente, el personal clínico debería abstenerse de intervenir, respetando el deseo del paciente sin que sea necesario ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

2. La guarda de hecho

El segundo tipo de medida es aquella que se reconoce sin que exista una constitución formal, bien sea judicial o notarial. Nos referimos a la guarda de hecho.

Esta medida de apoyo, conocida ya en la regulación anterior, se ha querido revalorizar en la actual elevándola a la categoría de medida de apoyo, hasta el punto de que, siendo suficiente, puede llegar a impedir la constitución de una curatela, o permitir al guardador, con ciertos límites y condiciones, algunas actuaciones representativas.

Pese al lugar que ocupa ahora en el nuevo sistema de apoyo, el código no la define, al contrario de alguna legislación foral como la catalana o la aragonesa. Para Leciñera Ibarra (5), “es la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanente a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado”.

Esta indefinición consustancial de la figura, derivada de su carácter no formal, hace que no podamos dar una respuesta unívoca a la situación planteada.

Si el guardador de hecho presta un mero apoyo a la persona con discapacidad, el consentimiento deberá emitirlo ella misma, aceptando o rechazando el tratamiento aconsejado o propuesto, dado que la existencia de una discapacidad no es motivo para dudar del pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

Distinto es que las condiciones cognitivas de la persona hagan dudar al personal clínico de que pueda emitir un consentimiento válido. Este es el caso previsto en la letra a) del párrafo cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002, conforme al cual se otorgará el consentimiento por representación “cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

Es decir, en este caso, el personal facultativo deberá dirigirse al guardador de hecho para que emita un consentimiento por representación, de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto.

Esta interpretación la avala y es congruente con lo dispuesto en el artículo 264, en relación con el 287, ambos del Código Civil, ya que, si bien el guardador debe re-

cabar autorización judicial cuando en representación de la persona con discapacidad pretenda realizar actos de trascendencia personal o familiar, deja a salvo “lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”.

3. La defensa judicial

La tercera medida de apoyo (la numeración es nuestra) es la defensa judicial. Su constitución se producirá “cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente”.

El supuesto de hecho es el de un paciente que a criterio médico no es capaz de tomar decisiones, se desconoce la existencia de personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho y no consta el nombramiento de un representante legal.

En este caso estimamos que, siempre que la intervención clínica admita demora sin perjuicio grave, la autoridad sanitaria lo debería poner en conocimiento de la autoridad judicial, a fin de que, oída la persona con discapacidad, nombre como defensora judicial a aquella persona que se considere más idónea para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Esta será quien preste, o no, el consentimiento previsto en la legislación sanitaria.

4. La curatela

Y, por último, en este sucinto examen nos queda referirnos a la curatela.

Esta medida sí que es definida en el Código Civil como “medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado”.

Pese a que coincidimos con otras autoras, como Pereña Vicente (6), en cuanto a que la curatela admite una variedad de posibilidades y que, por lo tanto, no hay ni dos ni tres curatelas, sino una única curatela de contenidos diversos; del examen de un conjunto de sentencias dictadas por las audiencias provinciales en los últimos meses (7), descubrimos que en realidad los órganos judiciales están organizando la curatela de forma bifronte, dependiendo de las facultades atribuidas a la persona del curador: curatela con facultades asistenciales y curatela con facultades representativas.

En la primera, el curador no ejerce ninguna facultad representativa. La labor del curador asistencial en materia sanitaria sería la de procurar que se le facilite, de forma completa, veraz y adaptada a sus circunstancias, toda la información y asistencia necesaria para prestar su consentimiento; que este consentimiento se forme y exprese en el momento adecuado y de forma libre; que no existan influencias indebidas por parte de terceras personas; y se garantice que su voluntad sea respetada.

Una persona con discapacidad que tenga constituida como medida de apoyo una curatela con funciones asistenciales, es una persona cuyas dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica, en este caso para la emisión de un consentimiento informado válido, las suple con la asistencia de otra persona que es el curador.

Siendo así, en principio y como ocurriría con cualquier otro paciente, el personal clínico que la atiende debe quedar vinculado por su decisión, una vez compruebe que está siendo asistido por el curador.

Distinto es, a nuestro juicio, si la medida de apoyo establecida es una curatela en el ámbito sanitario, en la que se le reconocen al curador funciones representativas. En este caso, la Ley 41/2002 advierte que la información clínica siempre ha de darse al paciente “de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”; pero el consentimiento informado lo otorga su representante legal, es decir, el curador.

Entraría en juego la misma limitación que antes observamos y que motivó la resolución del Tribunal Constitucional estudiada: si el personal clínico entiende que la decisión del curador con facultades representativas es contraria al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal.

CONCLUSIONES

Tanto en relación con las medidas de apoyo, en general, como con la curatela, en particular, el Código Civil insiste en que las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.

Hasta tal punto es así que, en aquellos casos en los que se haya atribuido a un curador funciones representativas, este “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”.

Esta prescripción evoca claramente lo dispuesto en la Observación número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (8), que, al interpretar el párrafo cuarto del artículo 12 de la CDPD (3), manifiesta que: “Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del «interés superior» no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los

adultos. El paradigma de «la voluntad y las preferencias» debe reemplazar al del «interés superior» para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”.

El legislador, que no ha dudado reformar además del Código Civil siete leyes más, no ha modificado nada relativo a la prestación del consentimiento informado conforme a lo previsto en la Ley 41/2002. El resultado es una grave disonancia entre ambas normas, precisamente en una materia tan importante como la salud, que debería resolverse cuanto antes, ya que lo cierto es que, en una, se apela reiteradamente a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y, en otra, se invoca un interés superior para la vida o la salud del paciente.

¿Cómo se resolverá?

El Tribunal Supremo en Pleno (9), tan solo unos días después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, dictó una sentencia en la que, en contra de la voluntad de la persona con discapacidad que según informe forense padecía un “síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad”, reconoce la procedencia de una medida de apoyo de carácter asistencial, autorizando a la entidad designada curadora para que realice los servicios de limpieza y orden de su casa, permitiéndole entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria y para asegurar la efectiva atención médico-asistencial.

El Supremo no alude directamente al superior interés de la persona, pero qué duda cabe que se está implícitamente refiriendo a él en su argumentario: “No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre”.

La resolución ha sido muy controvertida, y algunas autoras (10) han manifestado que no se ajusta ni al Código Civil, ni a la Convención de Nueva York, ni a la mencionada Observación N° 1, y que “se debe admitir el derecho a rechazar el apoyo o a renunciar al que ya se tiene, como corolario efectivo del principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad que la reforma eleva a la categoría de columna vertebral del sistema”.

Desconocemos si esta doctrina se consolidará o cuál será la decisión del legislador cuando decida modificar la Ley 41/2002 para acomodarla a la Ley 8/2021. Hasta entonces, puede ser útil para el personal clínico que ha de tomar una decisión tener presente la matriz de decisiones que se expone en la Tabla 1.

TABLA I

*El consentimiento informado de las personas con discapacidad.
Matriz de decisiones*

Situación jurídica de la persona con discapacidad	Titular de la información clínica	Firma del consentimiento informado	Decisión contraria a la vida o la salud del paciente
Sin medida de apoyo	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad	Pleno respeto al principio de autonomía y voluntad
Con medida de apoyo voluntaria de carácter asistencial	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad. La persona de apoyo a los solos efectos de constatar su asistencia	Pleno respeto al principio de autonomía y voluntad
Con medida de apoyo voluntaria de carácter representativo, sin instrucciones previas	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad, si es posible. Imprescindible la persona de apoyo	Comunicación a la autoridad judicial
Con medida de apoyo voluntaria de carácter representativo, con instrucciones previas	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad, si es posible. Imprescindible la persona de apoyo	Pleno respeto al principio de autonomía y voluntad
Con “guarda de hecho”	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad, si es posible. Imprescindible el guardador	Comunicación a la autoridad judicial

Con “defensa judicial”	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad, si es posible. Imprescindible el defensor judicial	Comunicación a la autoridad judicial
Con curador con funciones sanitarias asistenciales	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad. El curador asistencial a los solos efectos de constatar su asistencia	Pleno respeto al principio de autonomía y voluntad
Con curador con funciones sanitarias representativas	La persona con discapacidad	La persona con discapacidad, si es posible. Imprescindible el curador	Comunicación a la autoridad judicial

* Fuente: elaboración del autor.

BIBLIOGRAFÍA

- 1 Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2023, de 20 de abril [consultado 14-07-2023]: Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/05/22/pdfs/BOE-A-2023-12080.pdf>
- 2 Consuegra-Fernández M. El movimiento antivacunas: un aliado de la COVID-19. *Revista Internacional de Pensamiento Político* 2020; 15: 127-137.
- 3 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE nº 96, de 21 de abril de 2008.
- 4 Ramos S, Román B. Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía. *Rev Asoc Esp Neuropsiq.* 2014; 34 (121): 21-35.
- 5 Leciñera A. Comentario al artículo 263 del Código Civil. En: Guilarte Martín-Caleiro C, De Lorenzo García R, Cayo Pérez Bueno L. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.* Madrid: Aranzadi, 2021; pp. 647-654.
- 6 Pereña 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: Pereña M (dir.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2022; pp. 155-184.

- 7 Pallarés J. El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021; *Actualidad Civil* 2022 (9): 1-17.
- 8 Observación número 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [Internet]: [Consultado 14-07-2023]: Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wpcontent/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- 9 Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) 589/2021 de 8 de septiembre, ROJ: STS 3276/2021-ECLI:ES:TS:2021:3276 [consultado 16-07-2023]: Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- 10 García MP, Torres ME. Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *ADC* 2022; 75(1): 279-334.