

EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E IMPUTABILIDAD CIVIL*

Alba Paños Pérez

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Almería

TITLE: *Exercising Legal Capacity in Persons with Disabilities: Boundaries of Will Autonomy and Civil Liability.*

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 8/2021 supuso una profunda transformación del Derecho privado español al establecer un nuevo sistema de apoyos para garantizar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, conforme a los principios de la Convención de Naciones Unidas. Este trabajo analiza, tras unos años de aplicación de la Ley, los límites a la autonomía de la voluntad en la determinación de dichas medidas de apoyo y reflexiona sobre el impacto de esta reforma en la imputabilidad civil. Se examina cómo el nuevo paradigma de igualdad jurídica y fomento de la autonomía personal incide en la responsabilidad extracontractual por daños no constitutivos de delito, tanto de las personas con discapacidad como de quienes les prestan apoyo, planteando la necesidad de reinterpretar los criterios tradicionales de atribución de responsabilidad civil en este contexto.

ABSTRACT: *The entry into force of Law 8/2021 marked a profound transformation of Spanish private law by establishing a new system of support measures to ensure the full exercise of legal capacity by persons with disabilities, in line with the principles of the United Nations Convention. This paper analyzes, after several years of the Law's implementation, the limits to will autonomy in determining such support measures and reflects on the impact of the reform on civil liability. It examines how the new paradigm of legal equality and the promotion of personal autonomy affects non-criminal tort liability, both for persons with disabilities and for those who support them, highlighting the need to reinterpret traditional criteria for attributing civil liability in this context.*

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad, Capacidad jurídica, Autonomía de la voluntad, Medidas de apoyo, Responsabilidad civil.

KEY WORDS: *Persons with disabilities, Legal capacity, Autonomy of Will, Support measures, Civil liability.*

SUMARIO: 1. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. 1.1. *Consideraciones previas: nuevo concepto de capacidad jurídica.* 1.2. *Autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad: un principio reforzado, pero no absoluto.* 1.3. *Los apoyos en la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.* 1.4. *Límites a la voluntariedad en la determinación de medidas de apoyo.* 2. IMPUTABILIDAD CIVIL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA REFORMA DE LA LEY 8/2021: DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO A LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO. 2.1.

* Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «La incidencia de la esquizofrenia en la comisión de delitos y su proyección en la imputabilidad (22125/PI/22)», Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia

Consideraciones previas: ¿nuevo concepto de imputación civil? 2.2. Nueva concepción de la imputabilidad civil de la persona con discapacidad: responsabilidad por hecho propio. 2.3. Una novedosa y más restringida responsabilidad por hecho ajeno de las personas que desempeñan las funciones de apoyo. 3. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

1.1. Consideraciones previas: nuevo concepto de capacidad jurídica

El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas nos plantea el eterno debate jurídico entre seguridad o libertad; esto es, primar la seguridad jurídica (pilar del sistema de derecho) o la libertad que conlleva ampliar la esfera de autonomía privada en el ejercicio de la capacidad jurídica. Ya sentenció en su día FEDERICO DE CASTRO: «Aquí están los capaces y los incapaces», sentando las bases del tradicional, y ya obsoleto, sistema jurídico de discapacidad, fundamentado en que la seguridad debe ceder ante la libertad, por la dignidad de la persona.

Pero la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021)¹, ha conllevado una modificación de la concepción de la dignidad personal, derivada de los postulados sentados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York en 2006 (en adelante, la Convención)². Actualmente la dignidad personal se concibe como sinónimo de autonomía, de autorregulación, de capacidad para adoptar libremente las propias decisiones (con los apoyos que se requieran, en cada caso); de lo que se deriva el reconocimiento a una dignidad inalienable a la persona³.

Partimos pues del principio general, lógico y coherente, que sustenta buena parte de nuestro Derecho privado, de que, a mayor libertad del individuo, a mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad, mayor ha de ser también la atribución de responsabilidad.

¹ BOE núm. 132, de 03/06/2021.

² Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Y publicada en BOE núm. 96, de 21/04/2008.

³ Así en el Considerando F de la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de octubre de 2021, sobre la *protección de las personas con discapacidad a través de las peticiones: lecciones aprendidas*, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0414_ES.html.

Así, el debate entre seguridad o libertad supone, en lógica coherencia, al binomio «libertad-responsabilidad» que se recoge en cualquier sociedad democrática.

Nos hemos enfrentado así a la reforma más amplia en materia de derecho privado de nuestra historia jurídica democrática desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021. El gran cambio de paradigma que ha supuesto esta reforma, después de que la Convención considerase indignas las medidas tuitivas existentes en muchos países (entre ellos, el nuestro, centrado en la visión social paternalista con la que hemos crecido) y apelase a un mayor respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, se basa, por tanto, en la modificación de la concepción de dignidad personal.

En base a ello, la reforma modificó un pilar básico de nuestro sistema jurídico como es la capacidad jurídica, afectando a la configuración de todo el ordenamiento, por lo que, además de las normas que modifica expresamente la Ley 8/2021⁴, en la práctica, podríamos decir que casi todas las normas del ordenamiento se ven afectadas, dado el cambio radical que supone⁵. En consecuencia, la capacidad jurídica se concibe, desde entonces, en el doble sentido de capacidad para ser titular de derechos y capacidad

⁴ La Ley 8/2021 modifica, además del Código Civil, las siguientes normas de carácter procesal e, incluso, penal: Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; Ley 20/2011, de 2 de julio, del Registro Civil; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; el Código de Comercio y La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵ No obstante, se ha echado de menos que no se haya aprovechado para legislar sobre una materia directamente relacionada con la capacidad jurídica y que afecta a derechos fundamentales, como es el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico. Véase, en este sentido, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, «Discapacidad y trastorno mental: medidas del proceso civil frente a la peligrosidad de personas con discapacidad psíquica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosh, 2021, pp. 459-471, quien afirma que el legislador habría perdido una oportunidad única para acometer esta reforma judicial mediante una necesaria ley orgánica para regular los internamientos involuntarios. Según la autora, esta nueva norma habría que regular, por una parte, en qué casos puede ser una persona privada de su libertad individual y, por otra, la concreción de las garantías de procedimiento que han de ser observadas para salvaguardar el derecho fundamental concernido; así como qué exigencias son precisas para llevar a cabo internamientos involuntarios de personas necesitadas de medidas judiciales de apoyo y qué otras han de regir para internar en contra de su voluntad, o sin ella, a personas que no necesiten de esas medidas, o bien, considerar al internamiento involuntario como una medida de apoyo a la discapacidad. Pues bien, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no ha sido siquiera modificado por la Ley 8/2021, es el que regula los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico «de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí» y actualmente este precepto es aplicado indistintamente para casos de trastornos psíquicos, tales como la bipolaridad o la esquizofrenia, susceptibles de ser controlados por un tratamiento médico, como para casos en los que la enfermedad es neurodegenerativa y, en muchos de ellos, no hay tratamiento para frenarla.

para poder ejercitarlos. En esta actual configuración del sistema de capacidad jurídica que introdujo la Convención, queda por tanto suprimida nuestra tradicional distinción entre capacidad jurídica (como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (como aptitud para ejercer eficazmente esos derechos y obligaciones)⁶.

Otro pilar de la reforma ha sido la eliminación de los sistemas de sustitución de las personas con discapacidad por un sistema de apoyos en el ejercicio de su capacidad. Este sistema exige asegurar las salvaguardas necesarias, a través de medidas de control, para que quienes apoyen a las personas con discapacidad actúen de forma diligente (tanto en el desempeño de sus funciones de apoyo, como en la prevención de daños a otros que puedan ocasionar las personas con discapacidad). En este sentido, la principal inquietud que nos planteábamos al abordar la reforma en estudios previos⁷ era, precisamente, si el nuevo sistema supone la desprotección, por una parte, de la persona con discapacidad y, por otra, de las personas que se relacionen con ella.

La cuestión es si la protección de la vulnerabilidad a la que está obligado nuestro legislador por imperativo constitucional exige, en ocasiones, limitar esa autonomía; porque habrá veces en que la libertad sin límites constituya un grave riesgo para los más vulnerables. Se cuestiona, pues, dónde está el límite del respeto a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, teniendo en cuenta que aquí nos situamos en el ámbito de las discapacidades psíquicas o mentales, que son aquellas que afectan a la capacidad de discernimiento (y no a personas con discapacidad física o sensorial que en poco o en nada afecta a su capacidad comprensiva). Dónde está el límite a la libertad, sobre todo, cuando la persona presenta una patología o un trastorno psíquico que puede anular sus facultades volitivas, como ocurre, por ejemplo, con el caso de las personas afectadas por una esquizofrenia no tratada o que sufren un brote psicótico. Y,

⁶ Sin que ello pueda considerarse el mero fruto de una desafortunada traducción del término inglés *capacity*, que englobaría ambas acepciones, como en ocasiones han afirmado autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, al señalar que «no es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno solo (el de capacidad jurídica); ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad. Las dos dimensiones (estática y dinámica) de la capacidad legal están claramente presentes en el artículo 12 de la Convención, y su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la comprensión de las líneas básicas del Derecho de la persona y, en particular, de las reglas relativas a la discapacidad intelectual o mental», en *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, 2014, pp. 75-76. *Cft.*, a sensu contrario, la obra de TORRES COSTAS, M^a Eugenia, *La capacidad jurídica...op.cit*; sobre las negociaciones y el análisis de derecho comparado realizados para precisar el concepto de «capacidad jurídica» en el seno del proceso de elaboración de la Convención, *vid.* pp. 25-119.

⁷ AUTOR/A, 2022.

en base a este límite, hasta dónde llega la imputabilidad civil por los daños que causen estas personas y la posible responsabilidad civil por hecho ajeno de aquellos que desempeñen las funciones de apoyo.

En un contexto de medidas preventivas, la mayor garantía es la elección por la propia persona interesada de su sistema de apoyos y del control de los mismos con las salvaguardias previstas; entendidas éstas en un doble sentido: tanto positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, como negativo, para impedir abusos e influencias indebidas. Y es que es inevitable plantearse el alcance de los límites a la autonomía de la voluntad en este caso, a la libertad de elección; hasta dónde llega el llamado «derecho a equivocarse» (que deriva del principio de confianza⁸), bajo el prisma de que sólo la persona con discapacidad tiene legitimidad para decidir cuál es su propio interés. Nos preguntamos si podemos entrometernos en el respeto a la libertad de decidir y a la propia consideración de dignidad de la persona con discapacidad cuando ésta tome una decisión que objetivamente pueda considerarse contraria a la concepción de dignidad que ésta ha mantenido con anterioridad, a su salud e integridad física o psíquica o la de terceros.

Y de la consideración de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, del reconocimiento de derechos (en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de estos) en condiciones de plena igualdad jurídica se deriva, ineludiblemente, la atribución de obligaciones a las personas que, por razón de su discapacidad, pueden tener mermado su discernimiento. Enfrentándonos aquí a la controvertida cuestión de si estas personas han de responder por daños a otros con independencia de su imputabilidad civil.

Pues bien, para conciliar autonomía de la voluntad (como libertad de la persona con discapacidad, equiparada ahora a la dignidad personal) y seguridad jurídica, habrá que seguir controlando que los actos de la persona con discapacidad son conformes a la ley, pero como con el resto de personas, en condiciones de plena igualdad jurídica, por razón de derechos humanos. Y ello se hace mediante la valoración de su discernimiento

⁸ Así lo denomina LEGERÉN-MOLINA, Antonio, «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en *Claves para la adaptación del ordenamiento privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 195. Según este autor, tal principio se basa en el hecho de que las decisiones que tomamos no siempre son puramente racionales ni justificables únicamente desde parámetros objetivos; sin embargo, son «nuestras» y por ello nos identificamos con ellas y las defendemos.

por parte, en un primer momento, del notario (teniendo en cuenta que el juicio de valoración sobre la capacidad jurídica y el consentimiento siempre ha constituido uno de los elementos fundamentales de la fe pública correspondiente a la función notarial⁹) y, en última instancia, del juez (evitando la tentación de acudir con demasiada ligereza a la representación, sobre todo mientras la persona pueda seguir actuando por sí sola). En consecuencia, las salvaguardias que posibilitarán primar sobre la seguridad la libertad, no como una autonomía de la voluntad absoluta sino como el respeto a la voluntad sin abusos o influencias indebidas, manifestada o interpretada de la historia de vida de la persona para mantener su dignidad y autonomía, se configuran a través de las medidas necesarias en cada caso.

1.2. Autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad: un principio reforzado, pero no absoluto

En la última década hemos logrado pasar, en materia de regulación legal sobre discapacidad, de un modelo exclusivamente protector o de bienestar social a uno amparado en la titularidad de derechos humanos. Y es que hemos evolucionado desde un sistema de exclusión total, pasando por un sistema proteccionista basado en la sustitución de la voluntad del discapacitado en la toma de decisiones (consecuencia de una práctica abocada a la incapacitación sistemática), hasta llegar al momento actual de promoción de autonomía de la voluntad, fundado en el respeto a la dignidad personal y al reconocimiento de la libertad de decidir, en igualdad de capacidad jurídica que las personas sin discapacidad. Esta última fase, a la que responde la adaptación de

⁹ Al respecto, la sentencia 552/2023 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de septiembre de 2023 (ECLI: ES: APB:2023:9323), resuelve desestimatoriamente una acción de responsabilidad civil contra un notario por incumplimiento de sus funciones notariales (ex. Artículo 1902 del Código Civil y artículo 146 del Reglamento Notarial, según el cual «El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable») al autorizar una escritura de préstamo hipotecario declarada nula por vicio en el consentimiento del demandante, con discapacidad por sordomudez, porque había sido engañado por terceras personas. La sentencia determina que «Es cierto que, como afirma el apelado, el hecho de que el actor no hubiere sido aún incapacitado civilmente, no eximía al fedatario público demandado de efectuar el juicio de capacidad previsto en el art.145 RN...», «Por tanto, sin quedar exento de realizar el juicio de capacidad, lo que cabía presumir, salvo prueba en contrario, era la capacidad del otorgante Sr. Octavio, quien, de hecho, aún no había sido judicialmente incapacitado -no figuraba, pues, inscrito en Registro alguno de incapacidades, como se barajó durante el juicio-, y sin que la incapacidad reconocida por la Resolución del INSS despliegue más efectos que los laborales»; concluyendo, tras valorar el desempeño de la función notarial del fedatario público al realizar un juicio de capacidad serio y real del otorgante de la escritura, que no se aprecia incumplimiento de las mismas.

nuestra normativa de los últimos años por apremio internacional¹⁰, se basa en el establecimiento de las medidas de apoyo necesarias y proporcionales en cada caso para articular la toma de decisiones de las personas con discapacidad, con el único objetivo de defender los derechos de la persona y la promoción de su autonomía vital.

Esta primacía de la autonomía de la voluntad se extrapola al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad, reformándose el sistema en el marco del actual artículo 299 del Código civil que, tras la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, prevé lo siguiente: «la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables».

Así, el principio de autonomía de la voluntad se consagra como el eje de la reforma de la Ley 8/2021, manifestada a través del sistema voluntario de asistencia y apoyo, con preferencia del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad respecto a las medidas legales y judiciales, como máxima expresión del principio de autonomía privada de las personas con discapacidad¹¹. Debemos tener en

¹⁰ En este sentido, la Convención rechaza el modelo de tutela tradicional y recalca la necesidad de contar con sistemas de toma de decisiones con apoyos, para así garantizar que las personas con discapacidad disfruten plenamente de su derecho a la capacidad jurídica (*Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems*, Agencia de los Derechos Fundamentales, 2013) que, como sabemos, abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos. Asimismo, establece las disposiciones pertinentes para respetar los derechos de las personas con discapacidad, poniendo de relieve el respeto a la dignidad inherente y la autonomía, incluido el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones. Este Tratado consagra así el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad; teniendo en cuenta que anteriormente ya se hacía mención a la importancia de la voluntad en la *Mental Capacity Act* de Inglaterra de 7 de abril de 2005; su artículo 4.6 incluía entre los elementos a tener en cuenta para determinar el *best interest* de la persona «*the person's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity)*». Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo», en *Claves para la adaptación del ordenamiento privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, M.ª Victoria (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 y LEGERÉN-MOLINA, Antonio, «La relevancia de la voluntad...» *op.cit.*, nota 14, p. 171.

¹¹ En este contexto, el clásico principio de autonomía de la voluntad se torna eje del nuevo sistema jurídico de discapacidad y nos encontramos con la necesidad de redefinirlo. FEDERICO DE CASTRO definía la autonomía privada, en sentido muy general, como «el poder de autodeterminación de la persona», y ampliaba la noción refiriéndose a «aquel complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social». Señalaba ya entonces este ilustre civilista que el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana, y

cuenta que los «perfiles del principio de autonomía» se configuran distinguiendo entre dos aspectos, la autonomía física (referida a la accesibilidad al entorno) y la autonomía volitiva (que afecta a la toma de decisiones). Pues bien, es en el ámbito volitivo donde se debe aplicar e interpretar el principio de autonomía de la voluntad como eje prioritario, por una parte, en la adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad y, por otra, en la determinación de su imputabilidad civil frente a la comisión de daños a terceros.

La libertad de elección o de toma de las propias decisiones, manifestación del principio de autonomía de la voluntad, está ligada inexorablemente al respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia de las personas que proclaman los sistemas de derechos humanos¹². De hecho, el concepto de autonomía que se deduce de la Convención es mucho más amplio que el de la autonomía de la voluntad, como manifestación de poder de autorregulación que asiste a los particulares, relacionándose con la autonomía de la persona que sufre discapacidad para tomar sus propias decisiones, omnicomprensivo de otros conceptos como la independencia, la dignidad o, en definitiva, el respeto al protagonismo de la persona¹³. Dicha libertad de elección va ligada, inexorablemente, a la capacidad natural de entender y asumir las consecuencias de sus propias decisiones.

En consonancia con estos objetivos, el nuevo artículo 249 del Código civil, primer precepto enmarcado en el nuevo Título XI «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», recoge los principios informadores del reciente sistema de provisión de apoyos y supone la entrada en nuestro Ordenamiento jurídico del nuevo paradigma de la discapacidad. Cabe destacar que su párrafo segundo prevé que «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente

puntualizaba que «lo que importa ciertamente es saber el carácter jurídico o valor que para el derecho tiene aquello que en cada caso el hombre pretende conseguir, ejercitando la autonomía de la voluntad», en *El Negocio Jurídico*, Cívitas, 1985, pp. 11-19.

¹² PÉREZ BUENO, Luis Cayo y ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria Esperanza, «Valores», en *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 180-181. Los autores señalan que la preeminencia del artículo 3 de la Convención «se cimienta en la vulneración estructural de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad que en el fondo parte de la idea perenne a lo largo de la historia de que no son personas planas sino carentes de autonomía e independencia». La libertad de elección para las personas con discapacidad implica, continúan, «realizar la selección de, al menos, dos opciones disponibles»; «por tanto, es indispensable crear y proporcionar a las personas con discapacidad más opciones en todos los ámbitos vitales (...) mediante la inversión de recursos que puedan ofrecer las condiciones necesarias para poder hablar de verdad de opciones y de un ejercicio material del principio consagrado en la Convención».

¹³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, 2019, p. 34.

procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro». La consecución del pleno ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fomentando su autonomía volitiva, con los apoyos que requieran para ello en cada caso, es su eje rector.

Así, dicho precepto incorpora el actual sistema de apoyos, establece quienes serán las personas destinatarias de los mismos, indica cuáles serán los principios informadores y rectores de las medidas de apoyo, concreta las directrices que deberán guiar a quienes presten apoyo a las personas con discapacidad y, finalmente, incorpora la facultad de imponer medidas de salvaguarda y control por parte de la autoridad judicial; todo ello en la línea de desarrollo del artículo 12 de la Convención¹⁴. Por otra parte, el artículo 299 del Código civil, último precepto de dicho Título XI y único componente del Capítulo VI del mismo, está dedicado a la «Responsabilidad por daños causados a otros», y dispone que la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros; precepto al que nos dedicaremos más adelante.

ALÍA ROBLES¹⁵ señala que la conformación de la voluntad de la persona con una discapacidad psíquica es un proceso difícil y complejo, porque confluyen muchas circunstancias derivadas del déficit cognitivo que presentan y de las características concretas de la persona que no deberían ser ignoradas. En muchas ocasiones, la voluntad de la persona será difícil de determinar en virtud de distintas circunstancias concurrentes: por las dificultades, incluso inhabilitantes, para expresarla que tenga el afectado; otras veces, la voluntad expresada y la real de la persona pueden no coincidir, al estar sujeta a algún tipo de presión o abuso («voluntad secuestrada o cautiva»); asimismo, la voluntad manifestada puede haber sido dirigida de forma

¹⁴ GARCÍA RUBIO, M.ª Paz y TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, «Comentario al Artículo 249» en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas-Thomson Reuter, 2022, pp. 209-210.

¹⁵ «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 2, La Ley 2232/2020, febrero 2020. La autora se permite en este trabajo aportar algunas consideraciones personales, con el objetivo de evitar abusos que conculquen los derechos de las personas con discapacidad a la hora de tomar decisiones y facilitar la labor de los apoyos, atendiendo a generalidades en el carácter de las personas, distinguiendo entre: «personas confiadas», «no habituados a tomar decisiones», «voluntad frágil», «voluntad secuestrada», «voluntad captada/contaminada», «voluntad ambivalente», «voluntad abúlica», «voluntad ininteligible», «voluntad contradictoria».

malintencionada por otros, pues se trata de voluntades más frágiles o vulnerables que podrían ser controladas con mayor facilidad («voluntad manipulada»).

Pero también hay quien asegura que el principio de libertad de elección es amplio y sin restricciones, y no vendría condicionado por ningún factor externo, «ni siquiera aquellos que arguyendo el bien de la persona con discapacidad han coartado su libertad de elección y las han mantenido bajo una sombra de subordinación y dependencia»¹⁶. No obstante, consideramos que el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias manifestadas válidamente por las personas con discapacidad se reconocerá con los límites propios del ordenamiento jurídico, establecidos para otros ámbitos del ejercicio de la autonomía de la voluntad (como bien sabemos, el respeto a la ley, la moral y el orden público).

Porque, por supuesto, no se trata de un derecho absoluto. En este contexto, respetar la voluntad libremente expresada de la persona con discapacidad no significa consentir abusos; cuando exista una colisión de derechos con los derechos de un tercero habrá que determinar cuál tiene preferencia, como en cualquier otro conflicto jurídico. El problema estará en fijar los límites y en ser conscientes de que el consentimiento deberá ser válido, eficaz y no condicionado, prestado con las garantías que se requieran. La voluntad y la consciencia son la esencia para emitir un consentimiento válidamente formado; y una voluntad libre es aquella no condicionada por delirios, alucinaciones o estados de ánimo, por ejemplo. Deberán aplicarse, por tanto, los límites a la autonomía de la voluntad que se aplican a todas las personas, puesto que la capacidad jurídica es igual para todos. Hasta qué punto esos límites frenan la dignidad de las personas y el ejercicio de sus derechos fundamentales es un interrogante que se plantea en términos generales, aplicable a todos los sujetos de derecho¹⁷.

¹⁶ PÉREZ BUENO, Luis Cayo y ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria Esperanza, *Fundamentos del Derecho...op.cit.*, p. 181.

¹⁷ Como muestra, sabiendo que en el ámbito sanitario se tiene en cuenta la capacidad natural del paciente para emitir el consentimiento, una resolución dictada meses antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y en aplicación de los artículos 2 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; un Auto de Primera Instancia de un Juzgado de Lugo de 2021 (Juzgado de Primera Instancia N.º 4 de Lugo, Auto 64/2021 de 11 Feb. 2021, Rec. 626/2017), que determinó que se debían preservar debidamente los derechos del afectado, por encima de su voluntad y de la de su tutora. En este caso, tras entrevistarse con el sujeto, se constató su falta de capacidad para tomar decisiones de trascendencia para su salud, porque no fue capaz de explicar las razones para su negativa a que se le administrase la vacuna anti-Covid19; insistiendo en que no quería ponérsela, pero tampoco sabía razonar el porqué. En la entrevista mantenida con el residente se comprobó que, aunque el mismo sabía de la existencia del coronavirus y de las medidas básicas de prevención frente a aquél, desconocía exactamente la trascendencia e incidencia de este, así como las posibles consecuencias derivadas de la infección. Al mismo tiempo,

1.3. Los apoyos en la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

Fruto del respeto a la autonomía de la voluntad frente al paternalismo en que se inspiraban las medidas de incapacitación y modificación de la capacidad que antecedían a esta reforma (con el sistema de sustitución de la tutela como medida principal), la Ley 8/2021 prioriza las medidas de carácter voluntario y prescribe la generalización de la curatela como apoyo, con carácter asistencial (sólo excepcionalmente podrá establecerse como representativa), y a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, preferentemente¹⁸. «Sólo» en caso de oposición del propio interesado o familiares (su cónyuge y parientes más próximos), el procedimiento de jurisdicción voluntaria se judicializa con motivo del conflicto existente. Así mismo, las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias y sólo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas, que adquieren protagonismo por su preferencia.

Por tanto, tal y como reza el preámbulo de la Ley 8/2021, la idea central del actual sistema es la de apoyar a la persona que lo precise. Es más, esta reforma legal consagra el traslado al ámbito jurídico-privado del concepto de apoyo, tradicionalmente ubicado en el ámbito social, posibilitando que las personas que requieran ayuda para tomar decisiones puedan hacerlo, en aras del pleno ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. Apoyo que, tal y como recordó la Observación General

desconocía el porqué se había vacunado a los demás residentes y a él no; al igual que desconocía la finalidad o los riesgos asociados a dicha vacuna. El informe médico forense confirmaría dicha apreciación, concluyendo de forma tajante que el residente presenta un trastorno psiquiátrico crónico (esquizofrenia simple) que le impedía tomar decisiones sobre cuestiones sanitarias, incluido decidir sobre la administración de una vacuna. Así, la forense indica que el usuario no tenía comprensión real de la información sobre la enfermedad y el proceso de vacunación, por lo que no reunía las condiciones para otorgar un consentimiento válido. Lo expuesto nos lleva a la aplicación del artículo 9.3.b) de la Ley de autonomía del paciente, y al consentimiento vía judicial a instancia de quienes son sus guardadores de hecho (la residencia de mayores), si los tutores o curadores se negaran por considerar que la vacuna puede conllevar más riesgos que beneficios. Y así se resuelve en este Auto de 2021, por considerar el tribunal de primera instancia que la renuncia de la tutora a la aplicación de la vacuna a su hermano resultaría contraria a los intereses de la persona con discapacidad, considerando más beneficioso para la protección de su salud la dispensación de tal vacuna; razón por la que se autoriza judicialmente la administración de esta, porque la protección de la salud prevalece frente a la renuncia manifestada tanto por el usuario como por la tutora.

¹⁸ *Vid.* Arts. 42 bis a), b) c) de la LJV. En este sentido, reza el Preámbulo de la Ley 8/2021, que «Se trata, por tanto, de una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad», p. 7.

Primera¹⁹ en su párrafo 17 (en parte recogido en el Preámbulo de la Ley 8/2021 cuando alude a que un apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de decisiones), «es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad»²⁰. Además de la Observación General Primera, diferentes documentos de Naciones Unidas aclaran qué ha de entenderse por «apoyo», mencionando la magnitud, variedad e intensidad del concepto²¹.

Podríamos considerar el apoyo, por tanto, como una realidad social a la que el derecho le da forma jurídica para posibilitar que las personas que requieran ayuda para tomar decisiones puedan hacerlo. En sentido muy amplio, podrían ser desde mecanismos, medios o instrumentos, hasta las propias personas que lo ejerzan. De hecho, en el ámbito de la discapacidad intelectual o psíquica en el que nos situamos, el apoyo se refiere principalmente a los recursos humanos, a las personas que van a prestar asistencia al afectado por la discapacidad. Así, distinguimos tres formas de apoyo claramente diferenciados²². En primer lugar, el apoyo institucional que tiene la obligación de prestar el notario, actuando como autoridad del Estado. En segundo lugar, los apoyos informales, la ayuda que proporciona al afectado su entorno social y

¹⁹ La Observación General Primera, de 19 de mayo de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, está dedicada expresamente al artículo 12 de la Convención (CRPD/C/CG/1).

²⁰ Así, dicho párrafo 17 especifica: «Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias». Así se recogió también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; a modo de ejemplo, *vid.* la STS de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6032) donde se indicaba que «la Convención (...), no enumera ni acota (los apoyos) pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales».

²¹ Entre los distintos documentos de Naciones Unidas que lo mencionan, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz y TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, «Comentario al Artículo 249» en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma...op.cit.*, p. 211, recuerdan el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre las actividades llevadas a cabo en 2016 (pp. 5 y ss.).

²² *Vid.* CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, «Comentario al Artículo 255» en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma... op.cit.*, p. 263.

comunitario; sin que se formalice ni sea estable, sin incluir nombramientos y prestado por personas que pueden variar de unos asuntos a otros. Y, en tercer lugar, los apoyos formales preconstituidos por la persona con discapacidad, para sí misma, con designación de la persona o personas que lo prestarán y fijando límites y condiciones de actuación.

La función de estas medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias, tal y como dispone el artículo 250 del Código civil en su segundo párrafo. Cabe decir, pues, que el apoyo es la finalidad primordial que se pretende con la reforma, y a tal fin habrán de especificarse las medidas que resulten pertinentes (artículo 12.3 de la Convención²³). En este sentido, el Real Patronato sobre la Discapacidad señalaba que «Los apoyos no están, (...) para “proteger” a la persona, sino para fomentar y asegura su autonomía»²⁴. En sentido similar, DE SALAS MURILLO²⁵ señala que el propio término «apoyo» denota «protagonismo y cierta dosis de autonomía por parte del que lo recibe, frente a “guarda”, que parece transparentar una relación desigual de fuerzas entre el que guarda y el que es guardado».

Reiterando que nos situamos, dentro de la gran diversidad propia del fenómeno de la discapacidad (que conlleva la imposibilidad de homogeneizar las discapacidades), entre aquellas de orden intelectual o psíquica que entrañan dificultades para comprender, para discernir y para adoptar decisiones, incluyendo también la comprensión de sus consecuencias²⁶, se requerirá un mínimo grado de discernimiento, a pesar de las

²³ «Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

²⁴ *La nueva visión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, conforme a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su precisa implementación efectiva en el ordenamiento español, 2018, pro manuscrito*, apartado 9.

²⁵ «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5, mayo, 2018, p. 84. De la misma autora y, más recientemente, *vid.* «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 17, junio 2022, pp. 16-47.

²⁶ Como sabemos, al igual que hace la Convención, la Ley 8/2021 tampoco define la discapacidad, si bien la mayor parte de los problemas que se trata de solventar en la parte relativa a esta materia afectan a las personas adultas (no a los menores, quienes quedan protegidos en su condición de tales) con dificultades para comprender y para adoptar decisiones, incluyendo también la comprensión de sus consecuencias, en todas las facetas de la vida. Por tanto, engloba las discapacidades de orden intelectual, las que impiden tomar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones

limitaciones de la persona, que posibilite que la persona pueda tomar las decisiones con el apoyo necesario. Y es que, reconociendo que la Ley 8/2021 no menciona a los llamados «grandes dependientes» (que en modo alguno podrán manifestarse para expresar voluntad, deseos o preferencias por la gravedad de su nivel de discapacidad, permanente e irreversible), lo cierto es que el legislador se centró principalmente, para configurar el régimen jurídico de los apoyos voluntarios, en aquellas personas con discapacidad que pueden expresarse para reconocerles su derecho al pleno ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

En efecto, la flexibilidad de estas medidas posibilita que los específicos apoyos que se hayan de prestar a cada persona (desde su voluntad misma de recibir apoyo, hasta su contenido, la extensión o la gestión del mismo, hasta la exclusión a determinadas personas como apoyos) dependan de su concreta situación: podrán ser temporales o permanentes, más o menos intensos, puntuales o más generales, etc. No cabe, por tanto, una determinación estándar o mecánica del apoyo: «ha de ser dibujado para cada persona y por cada persona y en función de cada circunstancia»²⁷. De la Convención se deriva que los apoyos han de estar disponibles, por tanto, para toda persona con discapacidad (sea cual fuere aquella) pero sin que su establecimiento se realice, en el ámbito que ahora examinamos, basándose en análisis de la «capacidad mental»²⁸.

Por tanto, no se excluye a ninguna persona adulta del sistema, aunque su capacidad cognitiva y de toma de decisiones sea prácticamente nula, pues hacerlo sería

análogas. *Vid.*, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», en *Revista de Derecho Civil*, V. 5, N.º 3, 2018, p. 30.

²⁷ Real Patronato sobre la Discapacidad, *La nueva visión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, conforme a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su precisa implementación efectiva en el ordenamiento español, 2018*, apartado 9. No cabe, en este sentido, homogeneizar, crear estereotipos y aplicar las mismas medidas a los diversos tipos de discapacidad pues supondría desatender a su realidad particular y, en consecuencia, arriesgarse a implementar medidas inadecuadas, ya sea por exceso, ya por defecto (*Cfr.* Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2017, disponible en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>, 12). *Vid.* LEGERÉN-MOLINA, Antonio, «La relevancia de la voluntad ...» *op.cit.*, pp. 181 y ss.

²⁸ *Cfr.* Observación General N.º 1, apartados 29.a) y 29.i). Evidentemente, el establecimiento de los apoyos que resulten necesarios para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica precisa de la existencia de una causa que los requiera. Según apunta PEREÑA VICENTE, Montserrat, («Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», en *Revista de Derecho Privado*, N.º 4, julio-agosto, 2016, pp. 19-20), de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo tales causas vienen constituidas por las alteraciones de las facultades intelectivas o volitivas que impidan una real falta de autogobierno (*Cft.* SSTS 421/2013 de 24 de junio (RJ 2013, 3948), 341/2014 de 1 de julio (RJ 2014, 4518), 244/2015 de 13 de mayo (RJ 2015, 2023), entre otras).

discriminatorio y, por tanto, contrario a la Convención. Si bien, a diferencia de lo que sucede en el texto convencional (sobre todo interpretado a la luz de la Observación General Primera), se reconoce que estos casos precisarán también de una respuesta excepcional al exigir un apoyo especialmente intenso²⁹. Al respecto, es oportuno traer a colación ahora que, como bien sabemos, el artículo 19 de la Convención reconoce el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, con la libertad de elegir y controlar su vida³⁰.

Pues bien, la reforma legal ha articulado estos apoyos mediante tres vías: la voluntaria, la legal y la judicial. En primer lugar y con carácter preferente, las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, como los poderes y mandatos preventivos, así como la autotutela, son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, y están previstas en el Capítulo II «De las medidas voluntarias de apoyo» (artículos 254 a 262 del Código civil). Se trata de medidas en gran parte ya conocidas en nuestro sistema, dado que los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el Código civil por la Ley 41/2003, pero a las que el nuevo texto legal otorga una nueva dimensión que revoluciona el sistema previsto hasta ahora; así pretende, de una parte, potenciar, dejando muy claro que han de prevalecer sobre las establecidas o reconocidas por la ley (esto es, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial) y de otro lado, disciplinar con mayor detalle, puesto que la doctrina ha sido unánime en considerar muy insuficiente la regulación existente hasta ahora³¹.

²⁹ Así, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «Las medidas de apoyo ...» *op.cit.*, p. 30.

³⁰ Y, en este sentido, reza la Observación General N.º 5 de 2017 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad que «a lo largo de la historia, se ha negado a las personas con discapacidad la posibilidad de tomar opciones y ejercer el control de manera personal e individual en todas las esferas de su vida. Se ha supuesto que muchas de ellas eran incapaces de vivir de forma independiente en comunidades de su propia elección. No se dispone de apoyo o su prestación está vinculada a determinados sistemas de vida, y la infraestructura de la comunidad no se ajusta al diseño universal. Los recursos se invierten en instituciones y no en el desarrollo de las posibilidades que tienen las personas con discapacidad de vivir de forma independiente en la comunidad. Ello ha dado lugar al abandono, la dependencia de los familiares, la institucionalización, el aislamiento y la segregación». CRPD/C/GC/5, p. 1.

³¹ Así, por todos, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «Las medidas de apoyo...» *op.cit.*, p. 35; *Vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley, 2008, p. 63; PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Díez-PICAZO, Luis (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 2485-2508.

En segundo lugar, la guarda de hecho se reconoce legalmente como una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (así, el artículo 250.4 del Código Civil), por lo que deja de ser una situación *ex facto* para convertirse en una medida legal (o en una institución jurídica *ex post facto*³²); regulándose en el Capítulo III «De la guarda de hecho de las personas con discapacidad» (artículos 263 a 267 del Código Civil). Esta regulación supone el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional, cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad³³.

Y, por último, las medidas judiciales, la curatela y el defensor judicial. Estas medidas de apoyo están previstas como subsidiarias de 2º grado; es, por tanto, el derecho supletorio. La curatela se regula como una medida formal de apoyo, que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y cuya extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo; mientras que el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (Art. 250 CC).

La curatela es la institución objeto de una regulación más detenida, constituyendo la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. En el mismo preámbulo de la Ley se señala que «El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será,

³² SOLÉ RESINA, Judith, «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosh, 2021, p. 389.

³³ La Exposición de Motivos de la ley reconoce que «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias», p. 5.

primordialmente, de naturaleza asistencial». No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas³⁴. Por otra parte, la figura del defensor judicial es la otra medida prevista, especialmente para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza³⁵.

En este sentido, las resoluciones dictadas tras la entrada en vigor de la reforma en las que se establecen medidas apoyo distinguen detalladamente entre las funciones asistenciales y de supervisión y aquellas otras que requieren facultades representativas, como excepción para los supuestos más gravosos. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de enero 2025³⁶, que pormenoriza las necesidades de apoyo de una persona con discapacidad por trastorno psíquico en cada ámbito particular (personal y de autocuidado, sanitario y patrimonial), señalando que «Aunque mantiene una notable reserva cognitiva que puede inducir a error, en lo que atañe a sus capacidades volitivas, están afectadas, pues aunque no muestra déficit de razonamiento sí que manifiesta la distorsión de principio de realidad», concluyendo que «Su control sobre sí mismo y la realidad es deficitario, por lo que precisa de apoyo y supervisión constante» y que «la adopción de medidas de apoyo debe ser

³⁴ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, N.º 90/23, de 8 de febrero de 2023, Rec. 1007/2022 (ECLI: ES:APLE:2023:186) determina que «La guarda de hecho solo es suficiente si cubre todos los ámbitos ordinarios de la actividad de la persona con discapacidad, pero cuando es preciso extender los apoyos de manera generalizada ya deja de serlo, salvo cumplida demostración en contrario. En este caso, es la propia guardadora la que pone de manifiesto sus dificultades para atender a su madre sin capacidad para representarla de manera continuada y, por ello, este tribunal considera procedente constituir un régimen de curatela». Así mismo, y como muestra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, N.º 1257/2023, de 11 de diciembre de 2023, Rec. 1223/2022 (ECLI: ES:APMU:2023:3219); Audiencia Provincial de A Coruña, N.º 142/2023, de 2 de mayo de 2023, Rec. 534/2022 (ECLI: ES:APC:2023:1075); la Audiencia Provincial de Jaén, N.º 1377/2022, de 21 de diciembre de 2022, Rec. 867/2020 (ECLI: ES:APJ:2022:1703); la Audiencia Provincial de Madrid, N.º 816/2022 de 18 octubre de 2022, Rec. 558/2021 (ECLI: ES:APM:2022:15741).

³⁵ Por otra parte, y en relación con las medidas judiciales, hay autores que se plantean si la medida de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico podría considerarse, en sí misma, como una medida de apoyo a la discapacidad (Así, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, «Discapacidad y trastorno...» *op.cit.*, p. 470), para aquellas personas que no dispongan de otro tipo de apoyos. El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que como ya mencionamos no ha sido objeto de reforma tras la Ley 8/2021, dispone actualmente que «El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento».

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, Auto 7/2025 de 16 de enero 2025, Rec. 1380/2024 (ECLI: ES: APA:2025:4A).

proporcionada a las necesidades», por lo que se designa un curador con funciones asistenciales y de representación para actos concretos.

1.4. Límites a la voluntariedad en la determinación de medidas de apoyo

Abordamos a continuación las tensiones inherentes al establecimiento de apoyos a personas con discapacidad, específicamente en lo referente a los límites de la voluntariedad y la potestad judicial para imponerlos, a la luz de la Ley 8/2021 y su interpretación jurisprudencial a lo largo de los años que lleva en vigor. Y es que nos topamos con el hándicap de que la legislación española no ha reconocido literalmente el derecho de las personas con discapacidad a rechazar el apoyo o a renunciar al que ya se tiene, pero éste se encuentra expresamente incluido, sin embargo, dentro del derecho a la plena capacidad jurídica en la Observación General Primera dictada por el Comité en 2014³⁷, donde se recoge que, para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención: «g) la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento».

No obstante, la reforma legal acometida en 2021 no dejó lugar a dudas³⁸ cuando admitió directamente la posibilidad de imponer los apoyos en vía judicial ante la expresa oposición del interesado a recibirlos. Y así lo interpretó muy pronto el primer pronunciamiento del Pleno del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 8 de septiembre de 2021³⁹. Se trata de la pionera y comentadísima resolución que, precisamente, determinó el alcance del respeto a los deseos, preferencias y voluntad expresada por la persona con discapacidad en un procedimiento de modificación de la capacidad y designación de curador, tramitado hasta entonces bajo la cobertura de la legislación anterior. Un análisis crítico de este primer pronunciamiento del Tribunal Supremos nos servirá para desglosar los límites del respeto a la voluntad expresada por la persona con discapacidad que se niegue a contar con un apoyo, que quiera renunciar a éste o, simplemente, elegir uno determinado.

³⁷ CRPD/C/CG/1, párrafo 21 (p. 6) y párrafo 29 (p. 8).

³⁸ TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, deducía la admisión del rechazo a los apoyos por parte del Anteproyecto de la propia legitimación activa para la promoción del procedimiento de provisión de apoyos proyectada, que se extiende, además de a la propia persona interesada, a otras legitimadas como su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos; todos ellos «podrán» promover el procedimiento de provisión de apoyos, pero también, al Ministerio Fiscal quién «deberá» promoverlo (art. 757 LEC); en *La capacidad jurídica...op.cit.*, p. 240.

³⁹ Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002; ECLI: ECLI:ES:TS:2021:3276).

El artículo 42 bis a) 3 de la *Ley de Jurisdicción Voluntaria, regulando el procedimiento del Expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*, señala las legitimadas para promover dicho expediente. Además de la propia persona con discapacidad que las precise, la ley otorga legitimación activa a su cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos o hermanas y también al Ministerio Fiscal. Cualquiera de ellos puede interesar del juzgado la adopción de medidas de apoyo para la persona con discapacidad; de no haber promovido el expediente, pueden personarse igualmente en él para, incluso, oponerse a la adopción de alguna o todas las medidas propuestas. Además, la propia persona con discapacidad podría oponerse igualmente a la adopción de las medidas interesadas por cualquiera de los demás legitimados⁴⁰.

Asimismo, el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que «en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en dicho Capítulo». Si ninguno de los legitimados presenta la demanda, el Ministerio Fiscal podría hacerlo, aunque tampoco está obligado, según se desprende de lo previsto en el reformado artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esto es, la finalización del expediente de jurisdicción voluntaria por oposición de las medidas instadas no implicaría una tramitación automática y preceptiva de un nuevo procedimiento contencioso, sino solo una posibilidad de iniciarlo si se presenta demanda por los legitimados (entre los que puede incluirse, por supuesto, a la propia persona con discapacidad que hubiese formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria), lo que podría ocurrir por distintas razones, entre ellas, el rechazo expreso a cualquier tipo de apoyo. Además, el principio de subsidiariedad obliga a que las medidas judiciales se asignen solo a falta de voluntad o cuando esta resulte inexistente y no existan apoyos informales suficientes; luego, solo en este caso

⁴⁰ Así, el artículo 42 bis b) establece que: «5. La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes». En este caso, se archiva el expediente y la cuestión pasa a dirimirse en un procedimiento contencioso distinto al anterior, para lo que habrá que presentar demanda, en que figurará, como demandante, cualquiera de los legitimados y, como demandada, la persona con discapacidad para quien se solicite la medida de apoyo.

podría el Ministerio Fiscal presentar demanda, lo que tampoco es equivalente a que el resultado final sea la imposición de medidas en contra de la voluntad.

Pues bien, la imposición judicial de apoyos en contra de la expresa voluntad manifestada por el interesado de forma reiterada, cuanto menos, se opondría a la intención de desjudicializar el proceso de provisión de medidas de apoyo para promover la autonomía y primar el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad. Es más, choca frontalmente con el espíritu de la Convención y, en concreto, con su artículo 12, pues supondría la anulación de la capacidad jurídica de la persona⁴¹.

En consecuencia, a pesar del carácter subsidiario de segundo grado de las medidas judiciales y la constante reiteración por el legislador de 2021 de que, siguiendo el espíritu de la Convención, ha de primar, por encima de todo, la voluntad de la persona, lo cierto es que la imposición de un apoyo en contra de la expresa voluntad del afectado contraría la Convención, según la Observación General Primera del Comité (que sí incluye el derecho a rechazar los apoyos). Por lo que entendemos que, efectivamente, cabría el derecho a rechazar el apoyo judicialmente impuesto sin que dicha ausencia afectase, por sí sola, a la producción de los efectos jurídicos que procedan.

En la ya célebre sentencia de 8 de septiembre de 2021 se deja sin efecto la declaración de modificación de la capacidad de obrar que se había adoptado en primera y segunda instancia (conforme al régimen legal anterior), pero mantiene la validez de la medida de apoyo, a pesar de dictarse en contra de la voluntad tajante y reiteradamente expresada de la persona con discapacidad (que padecía síndrome de Diógenes). El Tribunal Supremo resolvió, así pues, que las medidas de apoyo pueden ser impuestas aun mediando la oposición del interesado. Esta tesis se sustenta, en parte, en la interpretación sistemática del ordenamiento procesal ya esgrimida; de forma que la eventual derivación de un expediente de jurisdicción voluntaria (donde se manifieste la oposición del interesado) a un juicio contradictorio (ex artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) implicaría, según el Alto Tribunal, la posibilidad de que este último culmine con la imposición de las medidas de apoyo.

⁴¹ Así lo afirmamos ya en AUTOR/A, *op.cit.*, p. 99.

La resolución impone una curatela asistencial (designando como curadora a la Comunidad competente), a la que asigna facultades representativas⁴². Esta representación incluye la sustitución de la voluntad del afectado para la entrada en su domicilio a efectos de cumplir con las medidas de apoyo impuestas en el ámbito higiénico-sanitario⁴³, en el muy probable supuesto de que no exista colaboración por su parte, dada su expresa negativa a recibir cualquier tipo de apoyo (con la excusa de la excepcionalidad que posibilita el artículo 249 del Código Civil⁴⁴); pero sin que exista a lo

⁴² Reza textualmente la fundamentación del Tribunal: «Cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación» (Fundamento de Derecho 4º.2), «Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad», «Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el ministerio fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. Federico, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado» (Fundamento de Derecho 4º.4).

⁴³ En cuanto a la realización de la limpieza de la vivienda en contra de la voluntad del titular de la misma, se enmarcaría en la ejecución forzosa de los actos administrativos, una vez notificado el requerimiento al particular, concediéndole un plazo para la realización de lo mandado, haciendo este caso omiso. Así lo dispone el artículo 99 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 236, de 02/10/2015), como reflejo de la ejecutoriedad de los actos administrativos establecidos en el artículo anterior de la misma ley, lo que ha sido admitido por nuestro Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras, de 22/1984 de 17 de febrero (RTC 22, 1984) y 144/1987 de 23 de septiembre (RTC 1987, 44). El artículo 100 de dicha norma, por su parte, establece respecto a los medios de ejecución forzosa, que deberán respetar siempre el principio de proporcionalidad, lo siguiente: «Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento de este o, en su defecto, la oportuna autorización judicial». Es, por tanto, competencia del Ayuntamiento el llevar a cabo esta actividad con independencia de que nos encontremos ante un caso de incapacidad o de una forma especial de vida. El problema fundamental que plantea esta intervención para su higiene y asistencia es la necesidad de entrar en el domicilio del afectado negándose el mismo a franquear la entrada. En estos casos también es el Ayuntamiento afectado el que debe conseguir un Auto de entrada emitido por la autoridad judicial de acuerdo con el artículo 18-2º de la Constitución.

⁴⁴ Y es que, «a pesar de la Convención», el párrafo 3º del artículo 249 prevé expresamente la posibilidad de imponer facultades representativas cuando establece que «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones 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». Se presupone que el demandado no había otorgado medidas voluntarias de carácter formal (autotutela o poderes preventivos, con arreglo a la legislación anterior, poderes o mandatos preventivos, o autocuratela, u otra medida voluntaria atípica, según la nueva Ley), ya que las diferentes sentencias dictadas a lo largo del procedimiento judicial no se refieren a ellas y no parece que el Tribunal estime suficiente ni prioritaria la voluntad expresa, aunque no plasmada en escritura pública, reiterada por el demandado dentro y fuera del procedimiento judicial.

largo del texto de la resolución un pronunciamiento expreso y claro por parte del Tribunal respecto a la imposición de dicha curatela representativa.

Sí se detiene la fundamentación del Tribunal Supremo en la exégesis del vocablo «atender»⁴⁵ contenido en el artículo 268 del Código Civil, el cual dispone que en la provisión de apoyos judiciales se deberá «atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado». El Alto Tribunal interpretó dicho término (al que acompaña, para mayor *inri*, la expresión «en todo caso») de forma flexible, en el sentido de «tener en cuenta o en consideración algo», y no como una obligación de «satisfacer un deseo, ruego o mandato» en toda circunstancia (esto es, respetar)⁴⁶. Esto permite al juzgador apartarse de la voluntad expresada si las circunstancias así lo aconsejasen, como en caso de que dicha voluntad manifestada esté mediatizada por el curso de la propia enfermedad que padece el afectado.

⁴⁵ La RAE recoge las siguientes acepciones del término «atender», literalmente (disponible en: <https://dle.rae.es/atender?m=form>):

1. tr. Acoger favorablemente, o satisfacer un deseo, ruego o mandato. U. t. c. intr.
2. tr. Esperar o aguardar.
3. intr. Aplicar voluntariamente el entendimiento a un objeto espiritual o sensible. U. t. c. tr.
4. intr. Tener en cuenta o en consideración algo.
5. intr. Mirar por alguien o algo, o cuidar de él o de ello. U. t. c. tr.
6. intr. Dicho de un animal o de una persona: Responder al ser llamado por su nombre.
7. intr. *Impr.* Leer para sí el original de un escrito, atendiendo a la lectura en voz alta que un corrector hace de las pruebas para cotejar ambos textos.

⁴⁶ Interpretación cuestionada por la doctrina, como GARCÍA RUBIO, M.ª Paz y TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, en «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», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXV, 2022, p. 295, quienes señalan que «la elección de esta acepción por parte del Tribunal Supremo tampoco debe sorprender, pues, en fechas inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la LAPD, ya venía afirmando que el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, «en la medida de lo posible», ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, añadía el Alto Tribunal, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021-ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG. (FJ Segundo-3.º F)». A mayor abundamiento, las autoras amplían su análisis del argumento semántico empleado por el TS en esta sentencia en pp. 300-305. *Cft.* CARRASCO PERERA, Ángel, «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978/2021; RICO GARCÍA, Eladio Javier, «Una vuelta de tuerca a la Ley 8/2021 de reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ¿Cambiarlo todo para que nada cambie?», *Diario La Ley*, Nº 10393, Sección Tribuna, 2023.

En este sentido, a juicio de la Sala, la oposición del interesado era consecuencia del trastorno mental que sufría, que le provocaba, no sólo «esa situación clara y objetivamente degradante como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda»; aspecto que le hace no ser consciente de su enfermedad. Así pues, el Tribunal justificó la imposición de una curatela con facultades representativas aduciendo razones de índole semántico y social, como la prevención de una «crueldad social»⁴⁷, y la existencia de anosognosia (ausencia de conciencia de la propia enfermedad) por parte del afectado, argumentando que esta patología viciaba su voluntad y le hacía tomar una decisión errónea.

Nos cuestionamos, a fin de cuentas, si negando la voluntad de la persona con discapacidad, anulada por el trastorno mental, podría afirmarse que la imposición del apoyo equivaldría a una anulación *de facto* de su capacidad jurídica. Pues bien, como sabemos, la simple existencia de una enfermedad mental no puede servir de argumento para negar la voluntad ni la capacidad jurídica a las personas que la padecen. Así lo evidencia el artículo 12 de la Convención, que reconoce la capacidad jurídica en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad y, además, lo clarifica la Observación General Primera cuando señala que la capacidad jurídica y la capacidad mental o psíquica son conceptos distintos⁴⁸, concluyendo que el

⁴⁷ Pues sería, en palabras del Alto Tribunal en la resolución comentada, «abandonar a su desgracia a quien, por efecto directo de su trastorno mental no es consciente del proceso personal de degradación que sufre». El propio Tribunal admite que tal afirmación presupone un juicio o valoración conforme al cual, si la persona no tuviera dicho trastorno, estaría de acuerdo en evitar su degradación personal. No obstante, consideramos que casos como este primero resuelto por el TS, que frecuentemente involucran problemas de convivencia vecinal y exclusión social, demandan primordialmente una intervención coordinada e interdisciplinaria desde los servicios sociales, reservando la vía judicial como una medida de ultima ratio y excepcional, y no para imponer apoyos con funciones representativas contra la voluntad manifiesta. Así lo manifestamos en PAÑOS PÉREZ, ALBA, *op.cit.*, pp. 115-117.

⁴⁸ Así el párrafo 13 de la Observación expone textualmente que «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales» (CRPD/C/GC/1). Reitera la fundamentación en que se basa este párr. 13 el propio Comité en la Observación General n.º 6 (2018) a la CDPD, sobre la igualdad y la no discriminación (CRPD/C/GC/6) cuando señala: «El derecho a la capacidad jurídica es un derecho mínimo, es decir, es necesario para el disfrute de casi todos los demás derechos contemplados en la Convención, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación. Los artículos 5 y 12 están intrínsecamente relacionados, ya que la igualdad ante la ley debe incluir el disfrute de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La discriminación mediante la denegación de la capacidad jurídica puede adoptar distintas formas, como en los sistemas basados en la condición, los sistemas funcionales y los sistemas basados en los resultados.

«desequilibrio mental» y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar).

En consecuencia, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica⁴⁹ o para invalidar la voluntad expresada; pero es precisamente esa fundamentación, a pesar de las advertencias por parte de la Observación, en la que se basó el Tribunal Supremo en esta primera resolución⁵⁰. Es más, a pesar de que el artículo 249 prevé expresamente la posibilidad de imponer facultades representativas «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas», el escollo con el que nos encontramos a lo largo de la fundamentación del Tribunal es que no consta en el caso siquiera un mínimo de prueba indiciaria sobre la trayectoria vital, creencias o valores de la persona a quien la medida finalmente le fue impuesta. No resultó pues acreditado que el Tribunal hubiese realizado el «esfuerzo considerable», legalmente requerido, para inferir, de su vida anterior a padecer el síndrome, dato alguno que permitiese averiguar su voluntad real y poder dilucidar si las condiciones de degradación personal en las que vive pueden considerarse contrarias a la concepción de dignidad que la persona ha mantenido con anterioridad.

La denegación de la adopción de decisiones sobre la base de la discapacidad mediante cualquiera de esos sistemas es discriminatoria».

⁴⁹ Así lo reitera, *in fine*, el párrafo 13 de la Observación.

⁵⁰ Argumentación en la que también ha incurrido el propio TEDH, entre otras, en la sentencia de 25 de octubre de 2018, *Caso Delecalle c/France*, (JUR 2018\310015), en un supuesto sobre derecho a contraer matrimonio donde se estiman proporcionadas y legales, y por tanto conforme con el artículo 8 de la CEDH, las sucesivas denegaciones de las autoridades tutelares y judiciales francesas durante el años a un hombre con un notable patrimonio de su derecho a casarse con una mujer cuya relación era larga y constante; denegación basada en el examen psiquiátrico solicitado por la juez que concluye con la existencia de problemas intelectuales, poniendo en duda la capacidad del tutelado de entender las consecuencias del consentimiento en relación con sus bienes y su economía. En base a ello, la mayoría de los jueces del Tribunal de Estrasburgo (con un voto particular de la jueza NUSSBERGER, presidenta del Tribunal), aceptan el argumento de la anosognosia para afirmar que la voluntad de contraer matrimonio del reclamante no podía ser tomada en consideración, según el cual: «la anosognosia que le afectaba impidió la elaboración de un plan de vida con su pareja, teniendo en cuenta las consecuencias patrimoniales y legales de un matrimonio. Además, aunque el demandante se mostraba emocionalmente unido a su pareja, observó que, desde que vivían juntos, el demandante había multiplicado los actos de gestión poco razonables sin que el curador pudiera proteger siempre sus intereses (...) El Tribunal de Apelación concluyó que, aunque las investigaciones ordenadas por el juez de tutela demostraban el afecto mutuo del demandante y M.S., la evolución psicopatológica de los trastornos que presentaba el interesado y su pérdida de control sobre las realidades financieras no le permitían dar un consentimiento informado al matrimonio» (traducción propia), Considerando 17.

No obstante, a raíz de esta primera resolución ha sido inevitable cuestionarse si la necesidad de que las instituciones de apoyo asuman funciones representativas podría ponerse en marcha, no cuando no fuese posible «determinar la voluntad» de la persona sino cuando ésta tuviese gravemente afectada su capacidad para tomar decisiones⁵¹, por una patología que afecte a su consciencia y a su autonomía volitiva, por ejemplo, con independencia de que se conozca o no su voluntad (que puede haber sido expresada también de forma clara y contundente, como en el caso analizado). Así, un trastorno psíquico, ligado a la falta de seguimiento del tratamiento o de la toma de la medicación prescrita, podría dar lugar a que su afección mental afectase de tal forma a la capacidad de conocimiento que su autonomía volitiva resultase anulada. Nos planteamos pues, dónde está el límite del respeto a la libertad de decidir cuando la persona presenta una patología o un trastorno psíquico que puede anular sus facultades volitivas, como ocurre, por ejemplo, con el caso de las personas afectadas por una esquizofrenia no tratada, que no siguen la mediación prescrita, o que sufren un brote esquizofrénico⁵².

El Tribunal Supremo ha ido matizando su jurisprudencia a lo largo de estos casi cuatro años⁵³. En su sentencia de 21 de diciembre de 2022⁵⁴ estima íntegramente el recurso por infracción procesal y casación que interpone la demandada, declarada «incapaz parcial» por sentencia judicial, a instancia del Ministerio Fiscal y conforme al régimen

⁵¹ Así, PEREÑA VICENTE, Montserrat, «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil» en *Principios y preceptos de la reforma legal de discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat, P. (Dir.), Marcial Pons, 2021, p. 208.

⁵² En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 2 de noviembre de 2022 (sentencia núm. 452/2022 de 2 de noviembre (ECLI: ES: APAB:2022:847), resuelve la solicitud del demandante de eliminar las medidas de apoyo a su capacidad jurídica, argumentando una notable mejoría de su patología (esquizofrenia paranoide) que, a su juicio, le permite gobernarse plenamente. La sentencia apelada, no obstante, consideró que dicha mejoría era precaria y directamente dependiente del tratamiento farmacológico y la supervisión existentes y, en consecuencia, procedió a adecuar la situación jurídica del actor al nuevo marco normativo, sustituyendo la tutela por una curatela representativa en las esferas personal, sanitaria y patrimonial, a cargo de una Fundación. El núcleo de la argumentación jurídica reside también en este caso en la constatación de la falta de conciencia de la enfermedad por parte del apelante, provocada igualmente por la anosognosia (las pruebas practicadas evidencian que este no atribuye su estabilidad a la medicación, sino a factores exógenos o a un mérito propio). Se evidencia que el demandante requiere una supervisión constante para la organización de su vida diaria, la gestión económica y, sobre todo, para garantizar la adherencia al tratamiento farmacológico. La Audiencia concluye que la mejoría alegada por el actor es, paradójicamente, la principal prueba de la eficacia y necesidad de las medidas de apoyo que pretende suprimir, por lo que tampoco se puede respetar su voluntad de suprimir los apoyos existentes en este caso.

⁵³ Reitera la doctrina de la Sala el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1) 3404/2023, de 25 de enero de 2023, Rec. 4343/2022 (ECLI:ES:TS:2023:3404A) que inadmite el recurso de casación planteado frente al establecimiento de una curatela contra la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

⁵⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 964/2022 de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2022:4791).

anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en un caso en que la afectada rechazaba también expresamente la adopción de toda medida de apoyo judicial. La Sala acoge el motivo central de la impugnación, compartido por el Ministerio Fiscal, en vista de que la sentencia recurrida adolece de una grave y total falta de motivación respecto a la necesidad de apoyos en el ámbito patrimonial (no especifica qué actos económicos no puede realizar y qué apoyos concretos necesitaría en base a ello) y en el ámbito personal (el fallo se limita a referenciar dolencias físicas, pero no realiza una mínima individualización de las conductas o «decisiones complejas» para las que se requiere apoyo), incumpliendo así los principios de necesidad y proporcionalidad exigidos por los artículos 249.1 y 269.2 del Código Civil.

El Alto Tribunal distingue este supuesto del primer precedente de la Sentencia de 8 de septiembre de 2021 y fundamenta que aquí la recurrente sí es consciente de sus dificultades y ha solicitado activamente ayuda a los servicios sociales. En este caso, su negativa a la curatela no se considera una «voluntad patológica» derivada de su trastorno y susceptible de anular, sino una manifestación de su autonomía. Sus problemas funcionales se relacionan con patologías psíquicas y físicas crónicas (su diagnóstico refiere síndrome ansioso depresivo, fatiga crónica, fibromialgia, obesidad consecuencia de la mediación para la depresión y colon irritable), pero no se ha constatado que estas anulen su capacidad cognitiva o volitiva para la toma de decisiones con efectos jurídicos. Por tanto, el Supremo concluye en este caso no imponer medidas de apoyo en contra de la voluntad de la interesada, al no haberse acreditado una discapacidad que afecte al ejercicio de la capacidad jurídica y al carecer la sentencia de la motivación exigible, cuando de los hechos acreditados en la instancia no resulta que la negativa expresada por la afectada a que se constituyan apoyos judiciales sea expresión de una voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padece.

En otra resolución del Supremo, de 3 de mayo de 2023⁵⁵, se inadmite un recurso de casación interpuesto por una persona que padece esquizofrenia paranoide, quien solicitaba que se nombrase curador a su hermano en lugar de la entidad pública designada en instancias anteriores. El Tribunal fundamenta la decisión de no respetar esa voluntad, esto es, la preferencia porque su hermano ejerciese el apoyo, y nombrar a una entidad pública como curadora⁵⁶, en que no se corresponde con la realidad

⁵⁵ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Auto de 3 de mayo de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:5178A).

⁵⁶ Alguna otra resolución en las que se imponen curatelas a entidades públicas son la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, N.º 393/2022, de 13 de mayo de 2022, Rec. 1030/2021 (ECLI:

fáctica atendiendo a los informes periciales del médico forense, que indican la necesidad de una supervisión constante para la medicación, las comidas y la gestión económica del interesado, algo que su hermano, con quien tenía un contacto esporádico, no podía garantizar (teniendo en cuenta, además, que el propio hermano reconoció que el afectado estaba bien atendido en el centro actual).

Y en la sentencia de 16 de enero de 2025⁵⁷, la Audiencia Provincial de Alicante, en otro caso de una persona con discapacidad que padece esquizofrenia paranoide crónica, revoca la decisión de un Juzgado de Primera Instancia que había establecido una guarda de hecho para el afectado y, en su lugar, establece una curatela con funciones, tanto asistenciales, como representativas a favor de su hermana. La decisión se basa en una evaluación detallada de las necesidades concretas del interesado, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad para afirmar que cuando una persona con discapacidad precisa de apoyos continuos y generalizados tiene una capacidad nula o muy limitada para tomar decisiones (especialmente en situaciones complejas o estresantes), la guarda de hecho no es adecuada. Así, conforme a los informes médico-forenses y psiquiátricos, se señala que, aunque el afectado mantiene cierta capacidad cognitiva, sus capacidades volitivas están afectadas y, por ello, necesita supervisión constante y requiere apoyos asistenciales y representativos en múltiples áreas, que se desglosan detalladamente.

Pues bien, conforme a los recientes fundamentos jurisprudenciales expuestos, y en estricta coherencia con los principios rectores y el espíritu de la reforma operada por la Ley 8/2021, podemos afirmar que la existencia del diagnóstico de una patología psíquica o mental no constituye, *per se*, causa para la restricción o denegación de la capacidad jurídica. Por tanto, concluimos que cuando la voluntad manifestada por la persona con discapacidad no se encuentre viciada o gravemente afectada por su condición psíquica, de forma que le impida un mínimo y suficiente discernimiento para la toma de decisiones, su voluntad, deseos y preferencias (ya sean expresados directamente o inferidos de su trayectoria vital) deben respetarse y constituir el eje rector en la provisión de las medidas de apoyo que se establezcan.

ES:APSA:2022:424) que nombra un curador con funciones de representación del demandado, si bien únicamente para en la esfera personal, lo relativo a la toma de la medicación que tiene prescrita para el adecuado tratamiento de su enfermedad y en lo patrimonial, para determinadas actividades, permitiéndole administrar plenamente sus bienes y recursos económicos para realizar actos de administración ordinaria y gastos ordinarios, señalando la falta de conciencia del demandado sobre su enfermedad mental y sobre la necesidad de seguir un tratamiento. Y la sentencia de Audiencia Provincial de Valencia, Nº 2/2023, de 9 de enero 2023, Rec. 760/2021 (ECLI: ES: APV:2023:140).

⁵⁷ Audiencia Provincial de Alicante, Auto 7/2025, de 16 de enero (ECLI: ES: APA:2025:4A).

En consecuencia, este reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad determinará la plena imputabilidad del sujeto en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual por los daños que pudiera ocasionar a otros. *Ítem* más, teniendo en cuenta que el sistema de apoyos puede ser desempeñado por personas físicas o jurídicas públicas, voluntaria o judicialmente designadas como prestadores de apoyos, asistenciales o representativos, a las personas con discapacidad; lo que incide directamente la previsión del artículo 299 del Código Civil en materia de responsabilidad civil⁵⁸. Y no sólo por declarar expresamente la responsabilidad civil directa de la persona con discapacidad causante del daño, sino especialmente por su repercusión en la responsabilidad civil por hecho ajeno de los prestadores de apoyo, en su caso y como procedemos a analizar a continuación.

2. IMPUTABILIDAD CIVIL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA REFORMA DE LA LEY 8/2021: DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO A LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO

2.1. Consideraciones Previas: ¿nuevo concepto de imputación civil?

El pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el fomento de su autonomía volitiva en el nuevo sistema de medidas de apoyo lleva aparejado, coherentemente, la atribución de obligaciones, en las mismas condiciones de igualdad que para el resto de los ciudadanos. Y entre dichas obligaciones, de manera muy relevante, se encuentran las de carácter extracontractual derivadas de la causación de daños a otros.

La reforma de la Ley 8/2021 modifica el Título XI «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica» e introduce expresamente un Capítulo VI con la rúbrica «Responsabilidad por daños causados a otros», cuyo único precepto es el «nuevo» artículo 299 del Código Civil⁵⁹, según el cual:

⁵⁸ PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad por daños extracontractuales*, Atelier, 2024, p. 59.

⁵⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad» en *Nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, APDC, Aranzadi, 2022, p. 279; advierte que, aparte de lo relativamente llamativo de edificar todo un capítulo para dedicar al mismo un único precepto legal, que no hace sino remitir a la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, dicha sistemática merece algún comentario adicional, al que dedica las páginas siguientes. *Cft.* ATIENZA NAVARRO, M.^ª Luisa, «La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 20, febrero 2024, pp. 371 y ss.; se pregunta por la razón de la ubicación sistemática del art. 299 CC, en el Libro I dedicado a las personas, cuando su ubicación natural sería el Libro IV, y concretamente su Capítulo II, Título XVI, donde se encuentran las normas de responsabilidad civil extracontractual; concluyendo, acorde con la doctrina

«La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables».

La remisión del artículo 299 del Código Civil a la sede del régimen general de la responsabilidad extracontractual sitúa a la persona con discapacidad en el marco del Derecho de Daños y nos ubica en pleno debate de la capacidad de culpa o la imputabilidad civil de la misma⁶⁰. En este sentido, PEÑA LÓPEZ⁶¹ ha señalado que la Ley 8/2021 pretende «situar a los discapacitados en primera línea como responsables por hecho propio, eliminando la idea de que quien normalmente responde por el discapacitado es su representante legal». Y es que, tal y como reza la Exposición de Motivos de esta norma, «la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad». Esta nueva concepción de la responsabilidad civil conlleva, por una parte, un correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad extracontractual por hecho propio y, por otra, una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.

El vigente artículo 299 del Código Civil reenvía al Capítulo II «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia» del Título XVI del Libro IV «De las obligaciones que se contraen sin convenio» (artículos 1902 a 1910 del Código Civil) y, como consecuencia, se modifica el artículo 1903 del Código Civil, relativo a la responsabilidad por hecho ajeno. En el ámbito penal, y supuestamente para mantener la coherencia con el sistema⁶², la disposición final primera de la Ley 8/2021 introduce distintas correcciones en los textos de los artículos 118.1.1ª y 120.1 del Código Penal, en orden a sustituir la referencia a las personas que ejercen la potestad o guarda legal o de hecho del exento

citada, que parece que el legislador prefirió no alterar las reglas contenidas en los arts. 1902 y ss. CC a la espera de su futura modernización global y optó simplemente por remitirse a ellas.

⁶⁰ ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 6, Sección Persona y derechos / A fondo, junio 2021, Wolters Kluwer, La Ley 7798/2021.

⁶¹ «Reformas en materia de responsabilidad civil», en AA.VV. *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (Dir. por DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 593.

⁶² Así reza textualmente la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021: «Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regulación. Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables».

de responsabilidad criminal, por la mención a quienes ejerzan el apoyo legal o de hecho de éstos, siempre que haya mediado culpa o negligencia por parte de aquellos y sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera corresponder a los inimputables (este último término también se incorpora para sustituir la anterior referencia a los «inimputables», aprovechando para corregir este error técnico del texto previo).

Así, el artículo 118.1. 1ª del Código Penal, una vez establecido que la exención de responsabilidad criminal no comprende la de la responsabilidad civil, determina que «son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables». Dicho precepto genera la duda de si recoge un supuesto de regulación penal específico de la responsabilidad civil del inimputable (en cuyo caso, la persona con discapacidad respondería siempre) o si debe entenderse como una remisión a la regulación civil de la materia (atendiendo a su capacidad de culpa *ex* artículo 1902 del Código Civil).

La mayoría de la doctrina lamenta que el legislador reformista no haya aprovechado para solventar por completo los problemas de encaje de la normativa civil y penal en este tema, largamente debatido, al hilo de las divergencias interpretativas que el mismo suscita⁶³. Al respecto, los autores que ya han abordado el tema de la responsabilidad civil *ex delicto* de las personas con discapacidad (que no se analizará en el presente trabajo por motivos de extensión), manifiestan una deficiente, disonante y, en ocasiones, contradictoria regulación que, en el orden civil alude al curador representativo (*ex* artículo 1903 del Código Civil) y en el orden penal señala la responsabilidad directa y solidaria de quienes ejerzan apoyo legal o de hecho (*ex* artículo 118.1.1ª del Código Penal) y la responsabilidad directa y subsidiaria del curador con facultades de representación plena (*ex*. Artículo 120.1 del Código Penal)⁶⁴. No obstante, los tribunales del orden penal, partiendo de la responsabilidad civil del

⁶³ En este sentido, ZURITA MARTÍN, Isabel, «Personas con discapacidad y responsabilidad civil» en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosh, 2021, pp. 584 y 585. La autora plantea que la desafortunada disposición del 118.1. 1ª nos podría llevar a que el daño causado por una persona con discapacidad derivado de un acto constitutivo de delito la haría civilmente responsable, pero no el provocado por un ilícito civil.

⁶⁴ Así, por todos, PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad...op.cit.*, p. 59.

inimputable penal, resuelven sobre la existencia o no de responsabilidad subsidiaria de los tutores o guardadores del incapaz y, en su caso, de la compañía aseguradora⁶⁵.

Es de sobra conocido que el precepto rector o fundamento del sistema de responsabilidad civil extracontractual de nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 1902 del Código Civil, que establece un marco de responsabilidad subjetiva o basada en la culpabilidad al sentar «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». De la letra de esta norma se han extraído los elementos determinantes o requisitos necesarios para la existencia de la responsabilidad por daños causados en el ámbito extracontractual, a saber: la acción u omisión (sin mencionar la antijuridicidad, que se presume por la comisión de un daño a otro), el daño, el nexo causal o relación de causalidad y la culpa o negligencia.

Como igualmente sabemos, el precepto no menciona específicamente la imputabilidad como elemento determinante del nacimiento de la responsabilidad civil, pero tradicionalmente la doctrina ha considerado que para que la acción u omisión pueda considerarse culpable, su autor debía ser imputable, lo que nos lleva a afirmar que la imputabilidad es requisito implícito esencial de la responsabilidad civil⁶⁶. Así, esa noción

⁶⁵ En este sentido, *vid.* la sentencia 32/2022 de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de febrero de 2022 (ECLI: ES: APC:2022:372), que resuelve, en un caso de incendio denunciado en un domicilio, causado por un mayor de edad que convivía con su padre y que fue diagnosticado de esquizofrenia, pero a raíz del incidente, lo siguiente: «El asegurado tenía conocimiento de que su hijo había sido diagnosticado con una depresión grave con clínica psicótica. El hijo se hallaba al cuidado y atención de su padre, que en momentos de descompensación o alteración psíquica debería ejercer como un guardador de hecho. La culpa del asegurado no se puede considerar grave a efectos de aplicación de la cláusula que excluía la responsabilidad de la aseguradora en tal caso. Además, es una cláusula limitadora de derechos del asegurado no aplicable al no haber sido específicamente aceptada por escrito por el tomador». *Cft.*, sobre casos de tentativa de homicidio o asesinato, lesiones o daños provocados por enfermos de esquizofrenia al cuidado de padres con patria potestad prorrogada o tutores, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 193/2020, de 15 de octubre de 2020, Rec. 163/2020 (ECLI: ES:TSJCV:2020:7210); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Sentencia 360/2020, de 7 de septiembre de 2020, Rec. 315/2019 (ECLI: ES:APB:2020:9263); la Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia 5/2016, de 29 de febrero de 2016, Rec. 4/2016 (ECLI: ES:APSA:2016:111); la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, Sentencia 245/2015, de 26 de mayo de 2015, Rec. 6/2014 (ECLI: ES:APCC:2015:399).

⁶⁶ La doctrina relaciona la imputabilidad con la capacidad del autor del daño para actuar con voluntad libre y con capacidad natural de entender, así como de querer las consecuencias de sus actos, distinguiendo entre el bien y el mal. En este sentido, algunos autores, como DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (*Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 307), YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (*Responsabilidad civil extracontractual. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 283) y ALBALADEJO, Manuel (*Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 926) sostienen que la imputabilidad es esencial para que una acción pueda considerarse culpable, es decir, para que el agente

de culpa, que lleva implícita la imputabilidad civil, es la acogida mayoritariamente, siendo recurrentes afirmaciones como las formuladas, hace más de dos décadas, por DÍEZ-PICAZO⁶⁷, según el cual «Para que pueda formularse un juicio de culpabilidad es preciso que en el sujeto concurren las condiciones necesarias para ello y, en especial, la denominada capacidad de discernimiento o capacidad de culpa»; o por PANTALEÓN PRIETO⁶⁸, quien afirmaba que para responder civilmente por culpa, es preciso ser capaz de culpa civil, ser «civilmente imputable».

Lo cierto es, efectivamente, que nuestro Código Civil no requiere dicha capacidad natural de discernimiento o capacidad de culpa para exigir la responsabilidad civil por hechos propios, no recoge reglas expresas de imputabilidad, sino meramente indirectas, derivadas de la atribución de la responsabilidad civil a otras personas que responden por hechos ajenos⁶⁹. Por ello, se planteaba un debate sobre si la falta de capacidad intelectual y volitiva podría conllevar la inimputabilidad de personas con discapacidad, eximiéndolas de responsabilidad. Teniendo en cuenta, además, que la única referencia a la obligación de indemnizar por daños de personas incapaces en nuestro ordenamiento la encontrábamos en el antiguo párrafo segundo del artículo 32 del Código Civil (derogado por la Ley 13/1983, de reforma del Código en materia de tutela). Dicho precepto (considerado el único precedente de nuestro sistema que referencia la obligación de indemnizar de personas incapaces por daños causados), con una terminología de cariz peyorativa propia de otra época⁷⁰, disponía que «La menor

del daño sea considerado subjetivamente imputable. En este sentido, REGLERO CAMPOS, Fernando y PEÑA LÓPEZ, Fernando (*Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Bercal S.A., Madrid, 2017, p. 258) definen la imputabilidad como la capacidad de culpa, un elemento previo para poder reprochar una conducta. Y DÍEZ-PICAZO, Luis (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 278) y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 296) también señalan que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad en el comportamiento dañoso.

⁶⁷ *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 364.

⁶⁸ Voz «Culpa (Derecho civil)», en AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 1864.

⁶⁹ Así, REGLERO CAMPOS, Fernando, en «Los sistemas de responsabilidad civil», *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, coord. REGLERO CAMPOS y BUSTO LAGO, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 296 y ss.

⁷⁰ Históricamente se han usado términos, variando en función de las épocas y según los diferentes modelos de protección de las personas con discapacidad, pero siempre con un cariz peyorativo, como «inválido», «incapaz», «minusválido», «subnormal», «imbécil», «deficiente» e, incluso, «loco», entre otros. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Incapacitación del imbecil» en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, V. 2, 1997, pp. 1555-1566; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1975; BERCOVITZ, Rodrigo, *La marginación de los locos y el derecho*, Taurus, 1976; y, actualmente, CARRASCO PERERA, Ángel, quien se lamenta de que «Hoy los locos a secas pueden contratar» (la cursiva es del autor), en «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad,

edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». Si bien nuestro Código Civil no excluía expresamente la responsabilidad civil por hecho propio de personas con enfermedades psíquicas o mentales⁷¹, lo cierto es que la derogación de esta norma dificultó, a partir de entonces, la fundamentación legal de la responsabilidad civil por daños de las personas con falta de capacidad de entender y querer⁷². Tras el contenido que la Ley 8/2021 da al nuevo artículo 299, el Código Civil sí establece ahora expresamente la responsabilidad de las personas con discapacidad por los daños causados a otros. Y, a estos efectos, se modifican del Código Civil únicamente los apartados tercero y cuarto del artículo 1903, referente a la obligación de reparar el daño causado por los actos u omisiones realizados por aquellas personas de quienes se deba responder.

Se debe puntualizar que la actual redacción del artículo 299 del Código Civil no ha estado exenta de debate⁷³, siendo distinta la que se propuso por el legislador del Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018⁷⁴, cuyo artículo 297 (actual 299) rezaba: «La persona con discapacidad responderá *en todo caso* por los daños causados a terceros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en *los artículos 1902 y 1903* en relación a otros posibles responsables» (la cursiva es nuestra). La precisión «en todo caso» que se incluyó inicialmente pareciera apuntar a una responsabilidad puramente objetiva (y, por ende, más gravosa que la del resto de personas), que no se corresponde con el fundamento de nuestro sistema general de responsabilidad civil subjetiva o por culpa⁷⁵.

sus guardadores y curadores», en *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, publicado el 30 de junio de 2021, p. 5.

⁷¹ Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial...op.cit.*, p. 278.

⁷² Vid. ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 124. Cft. ATIENZA NAVARRO, M.ª Luisa, «La otra cara de la reforma...» *op.cit.*, p. 377-379; quien señala que la doctrina mayoritaria consideró al artículo 32.2 CC, así como al artículo 20.1ª. II CP 1973, como excepciones a la regla general en las que el legislador obligaba, bajo determinados presupuestos, a indemnizar los daños con independencia de la imputabilidad civil del sujeto que los causaba.

⁷³ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad...op.cit.*, pp. 60-62.

⁷⁴ Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2018/09/anteproyecto-discapacidad.pdf>

⁷⁵ Aspecto criticado, con acierto, entre otros autores, por PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: reformas pendientes», *Almacén de Derecho*, publicado el 9 de enero de 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-civil-de-las-personas-con-discapacidad-reformas-pendientes>

De ello se hizo eco el Consejo de Estado en su Dictamen de 11 de abril de 2019 sobre el Anteproyecto de Ley⁷⁶, que también aclara qué entiende por «otros posibles responsables»: serían aquellas personas que deban actuar como apoyo de la persona con discapacidad en caso de que fuera necesaria su asistencia (ex. artículo 1903 del Código Civil). Y, para una mejor comprensión, propuso reemplazar la referencia a los «daños causados a terceros» por la de «daños causados a otros», en línea con lo establecido por el vigente artículo 1902 del Código Civil. Dichas consideraciones fueron recogidas por el Proyecto de Ley de 14 de julio de 2020⁷⁷, cuyo artículo 299 del Código Civil remitía sólo a los artículos 1902 y 1903 y que, tras su paso por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, finalmente reenvía a todos los demás preceptos que regulan la responsabilidad civil extracontractual⁷⁸ (Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto).

Con estos antecedentes, una vez mejorados los trabajos preparatorios del legislador a los que hemos aludido someramente, la reforma de la Ley 8/2021 viene a redefinir el panorama de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, en coherencia con el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones impuesto por la Convención. Y es que el pleno reconocimiento de derechos lleva aparejado indisolublemente la atribución de obligaciones, en las mismas condiciones de igualdad. Y, entre dichas obligaciones se encontrarían, de manera muy relevante, las de carácter extracontractual derivadas de la causación de daños; llegándose a afirmar que la persona con discapacidad no puede ser discriminada ni en sus derechos, ni en sus obligaciones, ni en sus responsabilidades⁷⁹. En este sentido, se ha señalado incluso que la responsabilidad civil plena de las personas con discapacidad dignifica y elimina

⁷⁶ Nº Expediente: 34/2019, JUSTICIA (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>). El Dictamen sugiere, al respecto, que «Además, para evitar equívocos que puedan conducir a una interpretación errónea del precepto según la cual la persona con discapacidad está obligada a responder incondicionalmente, se recomienda la supresión de la expresión “en todo caso” y su remisión a los artículos 1902 y 1903, con una redacción como la que sigue o similar: “La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”».

⁷⁷ BOE núm. 132, de 03/06/2021.

⁷⁸ Criticado por parte de la doctrina que, como LLAMAS POMBO, EUGENIO, considera mucho más preciso el texto proyectado, que establecía igualmente la plena responsabilidad de las personas con discapacidad, «sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieran concurrir, según lo previsto en los arts. 1902 y 1903»; en «La responsabilidad civil...» *op.cit.*, pp. 279-280.

⁷⁹ GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, V 5, N.º 3, 2018, p. 190.

discriminaciones y estigmas que han acompañado de antaño a las personas con discapacidad⁸⁰.

Y es que ya antes de la reforma legislativa de 2021 se cuestionaba la inimputabilidad civil del incapaz como una secuela del sistema médico paternalista, caracterizado por la protección y sustitución, reclamándose la responsabilidad civil de las personas con discapacidad imputables civilmente, que pudiesen considerarse culpables por haber vulnerado la diligencia debida. De hecho, no podemos ignorar que tampoco era ajena por completo a nuestro sistema la responsabilidad que pudiese incumbir a la persona presunta o naturalmente incapaz e, incluso, incapacitada judicialmente, si no quedaba demostrada su falta de capacidad para entender y querer⁸¹. Así, la disposición actual del artículo 299 del Código Civil recoge esta demanda y representa un avance significativo al reconocer directamente la posibilidad de imputar responsabilidad civil a las personas con discapacidad; no obstante, sus efectos deberán interpretarse a la luz de los requisitos generales de la responsabilidad civil por culpa o negligencia de los artículos 1902 y siguientes del mismo código que, desde luego, no son una novedad.

Es destacable que ya en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 se aludiese a un cambio en el concepto de imputación subjetiva como consecuencia necesaria de «la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos», que «ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad». La *ratio* de la reforma de 2021 aboga, por tanto, por un modelo de plena responsabilidad; por equiparar la responsabilidad civil por hecho propio (*ex.* artículo 1902 del Código Civil) a todas las personas mayores de edad (con o sin discapacidad); lo que sin duda plantea serios interrogantes a la hora de valorar la inimputabilidad en los casos de discapacidad psíquica o intelectual al someterlos al escrutinio de los elementos generales que deben concurrir para determinar la responsabilidad civil extracontractual.

⁸⁰ MEDINA ALCOZ, María, «La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021: ¿Un régimen estrictamente novedoso?», en AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Dir. PEREÑA VICENTE y HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 613-614.

⁸¹ ZURITA MARTÍN, Isabel, «Personas con discapacidad ...» *op.cit.*, p. 574.

2.2. Nueva concepción de la imputabilidad civil de la persona con discapacidad: responsabilidad por hecho propio

De acuerdo con la doctrina tradicional y con la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 1.902 del Código Civil, al que ahora remite el actual artículo 299 del mismo Código, el éxito de la acción resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos por un hecho acaecido fuera de la órbita contractual exige acreditar los elementos determinantes de la responsabilidad civil extracontractual⁸². Esto es, la acción u omisión, realidad del daño, la conducta negligente o culposa de quien lo causó y la relación de causalidad entre ambos elementos; requisitos de sobra conocidos.

Como señalábamos anteriormente, ninguna alusión expresa contiene el precepto a la capacidad natural o la imputabilidad civil que ha de tener el autor del daño para que surja la obligación de indemnizar; no obstante, el artículo 1902 exige la capacidad de culpa (propia de los adultos) o, cuanto menos, la capacidad de discernimiento para comprender el alcance los propios actos, esto es, una mínima madurez intelectual y volitiva (imputabilidad civil)⁸³. Así, doctrinalmente se suele señalar que, para que la acción pueda considerarse culpable, se requiere que concurra la imputabilidad de su autor (sin perder de vista que nos centramos en el ámbito de la discapacidad psíquica, mental o intelectual, con la gran variedad que la caracteriza).

En este sentido, hay doctrina que se ha planteado si pudiéramos encontrarnos en presencia de «un nuevo concepto de culpa, alejado de las condiciones subjetivas centradas en las características del causante del daño»⁸⁴, defendiendo un concepto «objetivo» de culpa. Según defensores de esta interpretación, la culpa dejaría de tener una connotación subjetiva (en cuanto ligada a la capacidad de entender y de querer) para pasar a poseer un significado objetivo (como infracción de un deber de cuidado)⁸⁵.

⁸² Entre otras muchas, entre las más recientes: sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, Sentencia 771/2024 de 19 Nov. 2024, Rec. 594/2024 (ECLI: ES: APOU:2024:1025).

⁸³ Así, reiterando jurisprudencia consolidada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 28/2018 de 18 de enero (ECLI:ES: APA:2018:3023).

⁸⁴ Defienden esta postura, entre otros, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad...» *op.cit.*, pp. 969 y ss.; y TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, *La capacidad jurídica... op.cit.*, p. 331.

⁸⁵ Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN, Ana M.ª, «La responsabilidad civil de las personas mayores. *Elderly persons' civil liability*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 25, 2021, p. 142; quien va incluso más allá, al entender que «la consagración de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio de las personas con discapacidad, por consiguiente, con independencia de si el demandado posee o no capacidad de discernimiento en el momento de la comisión del daño, lleva consigo un cambio en el concepto y significado de la culpa en el art. 1902 del

Así se lo cuestiona LLAMAS POMBO⁸⁶, con quien compartimos postura, que no secunda la anterior afirmación al declarar que tanto la doctrina como la jurisprudencia de los últimos lustros ya venía proclamando que, junto a la responsabilidad por hecho ajeno que regula el artículo 1903 del Código Civil, nada se oponía a una responsabilidad por hecho propio de los menores e incapaces, con arreglo a los postulados de la concepción subjetiva del artículo 1902. Considera que, en el caso de los menores, extrapolable al de las personas incapacitadas conforme al anterior sistema vigente, hace mucho tiempo que la «mayoría de edad» ha dejado de ser una presunción *iuris et de iure de iure* de capacidad y, por ende, la minoría una presunción de incapacidad; y que, tras las reformas legislativas de las últimas dos décadas, cada vez más se valora individualmente el grado de madurez del menor.

En este sentido, es de destacar que los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (*Principles of European Tort of Law*, en adelante PETL)⁸⁷ atribuyen responsabilidad civil con base en la culpa a todo el que viola «el estándar de conducta exigible», entendiendo por tal el canon de actuación exigible a «una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias» del agente, cuyo estándar puede adaptarse en función de la edad y la madurez de este último, lo que abona la exigencia de responsabilidad a menores e incapaces, siempre que cuenten con el desarrollo mental suficiente para comprender la trascendencia de sus actos.

Lo cierto es que nuestro sistema de responsabilidad civil ha evolucionado hacia una noción de imputabilidad en la que la culpa ha quedado desprendida de toda idea de reproche y centrada en el objetivo apartamiento del modelo de la conducta exigible a una persona razonablemente prudente y diligente; pero teniendo en cuenta, como decimos, su desarrollo cognitivo. A partir de esta consideración, se abre la posibilidad de imputar esa responsabilidad a quienes, por razón de su edad o su discapacidad, no parece que puedan ser merecedores de reproche alguno. Y así, la jurisprudencia ha venido afirmando que las consideraciones legales relativas a los actos cometidos por los menores de edad son trasladables a los que sufren algún tipo de trastorno mental,

Código Civil». No obstante, considera que habría sido deseable que se introdujera un cambio en la letra de dicho precepto con la incorporación expresa de un nuevo concepto objetivo de culpa.

⁸⁶ Así en «La responsabilidad civil...» *op.cit.*, pp. 280 -281.

⁸⁷ Disponible en <http://www.egtl.org/PETLSpanish.html> . Cft. YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad psíquica en los *Principles of European Tort of Law*», *Actualidad Civil*, Nº 5, 2009, pp. 5 y 6. Esta autora, ya entonces, afirmaba que era posible admitir una cierta culpa en personas con discapacidad psíquica cuando lesionan el estándar de conducta exigible en el grupo en el que se insertan estas personas.

de modo que sólo responderán de sus actos los que cuenten con la madurez intelectual y volitiva acorde con la naturaleza del acto lesivo⁸⁸.

No obstante, como decíamos, mucho antes de la reforma de 2021 ya existía cierto consenso doctrinal en criticar la absoluta irresponsabilidad civil del incapaz, que equiparaba discapacidad con inimputabilidad, reminiscencia de la arcaica visión paternalista y protectora del sistema previo, para defender la responsabilidad del incapaz imputable civil que causa un daño (no constitutivo de delito), siempre que pueda ser considerado culpable por haber contravenido la diligencia debida. Así, puede afirmarse que el nuevo artículo 299 del Código Civil no ha hecho sino consagrar lo que ya venía reclamando la doctrina en materia de responsabilidad civil, sobre la base del consagrado artículo 1902 del mismo Código; sin que esto suponga afirmar que estemos ante un «nuevo concepto de culpa», sino aplicando la noción de culpa que ha venido gestándose en las últimas décadas⁸⁹. De hecho, hay quien califica de «continuista»⁹⁰ esta interpretación del precepto, que permite entender que no se ha introducido cambio alguno en las reglas tradicionales de la responsabilidad civil basadas en un concepto de culpa «subjetiva»⁹¹. Visión razonable, bajo la premisa de que no se ha modificado siquiera la letra del artículo 1902.

⁸⁸ Así, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, Sentencia 585/2012 de 25 de Julio de 2012, Rec. 609/2011 (ECLI: ES: APB:2012:8548), en la que se concluye que la conciencia y la voluntad del autor del daño se hallaban anuladas a causa de su trastorno psicótico, «lo que excluye toda suerte de responsabilidad personal por culpa asentada en el artículo 1902 CC». En el mismo sentido, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, N.º 13/2013, de 29 de enero de 2013 (ECLI: ES:APCO:2013:113), según la cual no se aprecia culpa extracontractual de un enfermo mental ingresado en un centro hospitalario, concluyendo que «sus cuidadores asumen un riesgo derivado de la agresividad del enfermo causada por su mal».

⁸⁹ *Idem*, p. 283. Como muestra, hace ya algún tiempo que se afirmaba, de manera contundente, por CASAS PLANES, M.ª Dolores, «En coherencia con las aseveraciones transcritas, considero que, si un deficiente o enfermo psíquico comete un ilícito civil, con independencia de que esté o no incapacitado, el Juez o Tribunal debe analizar, en un primer momento, si dicha persona es imputable civil, y abandonar la postura cómoda que les preside en este tema. Y esto sobre la base de la revisión de la noción de imputabilidad civil... De modo que, si el incapaz es imputable civil, el Juez o Tribunal habrá de declararle responsable civil por el daño cometido»; en «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor», I y II, *Práctica Derecho de Daños*, N.º 47 y 48, 2007, pp. 11 y ss.

⁹⁰ Así, ATIENZA NAVARRO, M.ª Luisa, «La otra cara de la reforma...» *op.cit.*, p. 381.

⁹¹ Entre otros, la anterior autora señala que en esta posición pueden incluirse: ALÍA ROBLES, Avelina, «Aspectos controvertidos del ...» *op.cit.*, pp. 4 y 5; LÓPEZ BARBA, Elena, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 30 y 31; ALCÁIN MARTÍNEZ, Esperanza: «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad...» *op.cit.*, p. 9; PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Reformas en materia de responsabilidad civil...» *op.cit.*, pp. 594 y ss.; MARTÍN CASALS, Miquel, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate», en *Persona, familia y género. Liber*

El reconocimiento de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, como sujetos con plena e igualitaria capacidad jurídica, en el caso de determinadas patologías psíquicas o mentales, combate además el estigma asociado a su especial peligrosidad; esto es, al injusto y falso prejuicio de considerar a las mismas como sujetos peligrosos (sobre todo cuando el daño proviene de un ilícito penal). Peligrosidad que, de manera general y tal y como queda acreditado según todos los estudios de la psiquiatría moderna y de la criminología, no existe⁹². No obstante, en la fase prelegislativa de la reforma se cuestionaba si la adopción del modelo social de discapacidad, al suponer una mayor interacción de las personas con discapacidad con el resto de la sociedad, podría implicar un incremento de los daños ocasionados por éstas⁹³. Es más, hubo también quien llegó a plantear, incluso, si las personas con discapacidad se iban a convertir «con mayor facilidad en potenciales creadoras de riesgos y de efectivos daños en la persona o en el patrimonio de terceros»⁹⁴.

No encontramos fundamento alguno a dichas valoraciones, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Tras unos años de vigencia de la Ley 8/2021, la aplicación jurisprudencial ha ratificado que la imputabilidad civil de las personas con discapacidad se determina atendiendo a los presupuestos de la responsabilidad civil *ex* artículo 1902 del Código Civil, que permanecen incólumes. Así, a la relación causal, material o física (causalidad de hecho como *conditio sine qua non*) debe sumarse la

Amicorum a M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera, coord. Judith SOLÉ RESINA (hom. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 77 y ss.

⁹² Una patología tradicionalmente asociada a la peligrosidad de las personas que la sufren, a la que se suele sumar la comorbidad (presencia de dos o más enfermedades asociadas e incluso interactuantes), es la esquizofrenia. Y respecto a ella, la ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA) ya señala en sus últimos estudios que «la gran mayoría de las personas con esquizofrenia no son agresivas y son víctimas con más frecuencia que los individuos de la población general», planteando un perfil no de agresor sino incluso de víctima, fruto de su vulnerabilidad psicológica. Así, en *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 5ª Edición, revisión del texto 2022, p. 101. Esta obra, que la APA ha publicado y actualizado desde 1952, define y clasifica los trastornos mentales, a fin de mejorar su diagnóstico, tratamiento e investigación, constituyendo un manual de uso y clasificación de enfermedades mentales con consenso mundial. *Cft.* MAGRO SERVET, Vicente, «20 Criterios ante la libertad de personas en centro psiquiátrico por apreciarse enfermedad mental con riesgo de reincidencia», *Diario La Ley*, 10 octubre 2024.

⁹³ GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón* (Coord. por ATAZ LÓPEZ, Joaquín; COBACHO GÓMEZ, José Antonio; ROCA GUILLAMÓN, Juan), Vol. 2, Aranzadi, 2021, p. 970.

⁹⁴ Así, BERENGUER ALBALADEJO, M.ª Cristina, *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños a terceros*, Reus, Madrid, 2017, pp. 7 y 8.

causalidad jurídica (imputación objetiva) y el reproche culpabilístico (imputación subjetiva)⁹⁵.

Cabe determinar, pues, bajo qué criterios de imputación se fundamenta la imputabilidad civil de las personas con discapacidad. En el caso que nos ocupa, lo primordial será aplicar a los daños causados por esas personas la actual noción de culpa civil, determinando los criterios de atribución de ésta y atendiendo al modelo objetivo de conducta que sigue establecido por el artículo 1104 del Código Civil, donde se define la culpa o negligencia como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», añadiendo que «Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Por tanto, deben tomarse en consideración las circunstancias de la persona causante del daño para permitirnos advertir cuándo se omitió la diligencia exigible. Y es que se ha planteado si cabe exigir el mismo grado de diligencia a todas las personas, con independencia de su capacidad, partiendo de la actual consideración de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces⁹⁶. La respuesta no puede ser afirmativa, teniendo en cuenta además la gran diversidad que presenta el colectivo de personas con discapacidad psíquica o intelectual; es algo que deberá determinarse en cada caso, mediante la concreta ponderación de los abundantes matices que suelen caracterizar a todos los comportamientos humanos.

En este sentido, para dilucidar el modelo de la diligencia exigible en el caso de la responsabilidad civil por hecho propio de las personas con discapacidad, LLAMAS POMBO⁹⁷ atiende a tres importantes matices. En primer lugar, el examen del modelo de conducta deberá ir siempre referido al sector de actividad donde se produjo el daño, sin que pueda hacerse de manera general y abstracta, atendiendo a la remisión que el artículo 1104 del Código Civil hace a la diligencia que exige la naturaleza de la obligación, con referencia a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; y es precisamente valorando dichas circunstancias personales, donde jugará un papel absolutamente relevante el grado de discapacidad del causante del daño, su capacidad de pensar, entender, querer y actuar con conocimiento de lo que hace. En segundo lugar, dicho análisis deberá conectarse con la previsibilidad y la evitabilidad del

⁹⁵ Así, PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad...op.cit.*, p. 80.

⁹⁶ Así se lo cuestiona, antes de darle sosegada respuesta, ZURITA MARTÍN, Isabel, «Personas con discapacidad...» *op.cit.*, p. 581.

⁹⁷ *Manual de Derecho Civil. Vol. VII. Derecho de daños*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 131 y ss.

resultado dañoso, atendiendo especialmente a la capacidad cognitiva del causante del daño. Y, en tercer lugar, para apreciar una omisión de la diligencia exigible hace falta que exista, con carácter previo a la causación del daño, una situación en la que «se debía actuar» o «no se debía actuar» de una manera determinada.

Este es el que podríamos considerar nuevo concepto (en realidad, no tan novedoso) de imputación subjetiva al que se refería la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, que ampara la atribución de responsabilidad civil a la persona con discapacidad, siempre que tenga suficiente discernimiento y madurez para entender lo que significa dañar a otro. Así, nos encontramos con jurisprudencia anterior a la reforma que ya atiende a dicha capacidad cognitiva del causante de los daños, teniendo en cuenta su grado de discernimiento, para poder atribuirle el reproche culpabilístico que la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil requiere. Y es que, en realidad, con dicho amparo legal a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad con madurez de discernimiento suficiente, el legislador reformista materializa expresamente la interpretación que tanto doctrina como jurisprudencia veían defendiendo al respecto, como decimos, siempre en el marco del principio de culpa que preside nuestro sistema.

En tal sentido se pronunciaron sentencias como la de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de enero de 2018⁹⁸, que llega a la conclusión de que el demandado (un menor de edad con un trastorno mental) era inimputable civilmente en el momento del siniestro (para lo cual no considera imprescindible un informe forense que así lo determine, bastando con los reiterados informes que desde hacía años se realizaban por los técnicos del Ayuntamiento sobre la situación del demandado junto con el resto de la documentación aportada). La Audiencia tiene en cuenta que la reclamación contenida en la demanda se funda en la responsabilidad extracontractual dimanante del artículo 1902 del Código Civil, por lo que se ha de tener en cuenta el grado de discernimiento del causante de los daños para poder atribuirle el reproche culpabilístico que la aplicación de dicho artículo requiere, esto es, «si se le puede hacer reproche de actuar culposo».

En la misma línea resuelven las resoluciones judiciales sobre la responsabilidad civil de las personas con discapacidad por daños derivados de un ilícito civil⁹⁹. Así, como

⁹⁸ Sentencia N.º 28/2018 de 18 de enero (ECLI:ES: APA:2018:3023).

⁹⁹ *Vid.* RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara, «Los fundamentales cambios producidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma en materia de discapacidad. Especial referencia al régimen de responsabilidad extracontractual», *Actualidad Civil*, N.º 11, Sección Persona y derechos/ Última hora legislativa, Noviembre 2021, Wolters Kluwer, La Ley 12389/2021.

ejemplo y previas a la reforma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2019 se pronuncia sobre una reclamación de daños producidos por un incendio que causa una persona con una enfermedad psíquica. Siendo la cuestión principal por dirimir la imputabilidad de la demandada, la Audiencia alude que su actitud no puede considerarse intencionada al tratarse de una persona con problemas psiquiátricos, concluyendo que «no puede exigirse responsabilidad a quien causa un daño debido, únicamente, a una enfermedad que padece y de la cual no es responsable en ningún grado». En definitiva, como argumenta la doctrina jurisprudencial, «la responsabilidad por culpa extracontractual exige que el autor del daño actúe con negligencia, es decir, que sea capaz para actuar de forma diligente. Sólo tiene esa capacidad quien es capaz de comprender que con su conducta puede causar un daño y de ajustar su conducta a ese conocimiento. Es decir, quién es imputable»¹⁰⁰.

Más recientemente, ya bajo el nuevo régimen legal, pero reiterando la misma doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 19 de noviembre de 2024¹⁰¹, determina que no cabe ningún reproche de culpabilidad al causante del daño (quien se hallaba diagnosticado de esquizofrenia paranoide) «al hallarse en el descrito estado psicótico al tiempo de la intervención de los agentes», uno de los cuales resulta lesionado por el demandado en el curso de dicha actuación. Y ello, en base a la remisión a los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil que realiza el 299, que siguen exigiendo, como hemos visto, la concurrencia de culpa o negligencia del sujeto causante del daño para que surja su obligación de indemnizar. En el mismo sentido, la de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de febrero de 2022¹⁰² (sobre la que más adelante volveremos, en el marco de la responsabilidad por hecho ajeno), que considera inimputable civilmente al causante del daño, diagnosticado de esquizofrenia a raíz del incidente, de nuevo un incendio en el domicilio.

Por tanto, no nos cabe duda de que para determinar la responsabilidad civil directa de la persona con discapacidad habrá que valorar su capacidad de culpa civil, tal y como

¹⁰⁰ Así, entre otras muchas que reiteran la misma doctrina jurisprudencial, la Sentencia 695/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de octubre de 2012, Sección 16ª, Rec. 717/2011 (ECLI: ES: APB:2012:10936), que enjuicia el caso en que un señor con esquizofrenia paranoide se precipita desde un edificio de 9 plantas y cae sobre un local almacén sito en los bajos del inmueble, ocasionando daños en el mismo.

¹⁰¹ Sentencia 771/2024, de 19 de noviembre de 2024, Rec. 594/2024 (ECLI: ES: APOU:2024:1025). En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Nº 32/2022, de 11 de febrero de 2022, Rec. 268/2020 (ECLI: ES: APC:2022:372), que considera inimputable civilmente al causante del daño, diagnosticado de esquizofrenia a raíz del incidente.

¹⁰² Sentencia 32/2022 de 11 de febrero, Rec. 268/2020 (ECLI: ES: APC:2022:372).

establece nuestro tradicional sistema de responsabilidad civil ex artículo 1902 del Código Civil, como con cualquier otra persona y alejándonos de soluciones genéricas. Para ello, se dilucida si el autor del daño goza de capacidad de discernimiento suficiente para conocer el alcance del daño, sin que se pueda prescindir de esta premisa para imputarle la responsabilidad civil¹⁰³.

Se debe atender, así pues, al tipo de discapacidad psíquica y a la madurez de juicio para examinar, caso por caso, si el causante material del daño actuó con suficientes facultades intelectivas y volitivas, esto es, con capacidad de entender y querer lo que hacía y, además, si pudo prever las consecuencias de sus actos, en cuyo caso responderá por ellos y estará obligado a resarcir los daños; a *sensu contrario*, no responderá por actos propios. En este caso, que la persona con discapacidad cuente o no con medidas de apoyo, en función de sus necesidades, no cambia la posibilidad de que se considere imputable civilmente. Así pues, en nuestra opinión, no puede presumirse un grado de discernimiento o madurez suficiente para todas aquellas personas con discapacidad que no necesiten un apoyo representativo para el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁰⁴. La valoración de dicho discernimiento y, en consecuencia, de la capacidad de culpa, se ha de determinar por el juez en cada caso y en condiciones de igualdad con el resto de personas adultas.

En base a dicho trato igualitario, una persona sin discapacidad podría ser considerada inimputable civilmente por encontrarse, en el momento de causar el daño, en un estado de enajenación mental transitorio; y que otra con discapacidad psíquica haya actuado con suficiente discernimiento en esas circunstancias, sin tener mermadas su capacidad intelectual y volitiva¹⁰⁵. Es más, esta igualdad de condiciones al valorar la imputabilidad civil conllevaría que, si la situación de inimputabilidad ha sido provocada por el propio sujeto con discapacidad, no quepa exoneración de la responsabilidad civil. Así, podría darse el caso de una persona con discapacidad que, para evitar actuaciones desprovistas de discernimiento, deje de tomarse una determinada medicación prescrita y cause un daño. Parece lógico entender que esa persona incurrirá en responsabilidad

¹⁰³ Vid. MORENO MARÍN, M.ª Dolores, «La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica», *Diario La Ley*, N.º 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022.

¹⁰⁴ Cft. ZURITA MARTÍN, Isabel, «Personas con discapacidad...» *op.cit.*, pp. 582 y 583; quien afirma, al contrario, que «Si antes correspondía al juez determinar esa madurez, ahora tal discernimiento se asume para toda persona que no requiere el apoyo de un curador representativo, al igual que cualquier otro mayor de edad».

¹⁰⁵ Así, en el mismo sentido, ATIENZA NAVARRO, M.ª Luisa, «La otra cara de la reforma...» *op.cit.*, p. 387.

civil por culpa, aun cuando en el momento de realizar el hecho dañoso, no tuviera capacidad de querer y de entender.

El problema de un trato discriminatorio no reside, pues, en exigir la imputabilidad civil para responder, sino en presumir que todas, o algunas, personas con discapacidad, por el hecho de padecer determinada enfermedad psíquica, no son imputables; esto es, la discriminación estaría en identificar discapacidad con inimputabilidad. De hecho, como señala MARTÍN CASALS¹⁰⁶, «no hay un catálogo de enfermedades mentales que lleven asociada la idea de no tener capacidad de entender y de querer. La discapacidad intelectual que puede presentar una persona varía no solo con el distinto grado de afectación volitiva de cada tipo de enfermedad y de sus fases de desarrollo, sino de persona a persona». Ítem más, tal y como apunta dicho autor, sería discriminatorio y estigmatizante vincular cierta discapacidad intelectual al padecimiento de una determinada enfermedad.

Queda sin resolver, no obstante, la responsabilidad civil por hecho propio de aquellas personas con discapacidad sin el mínimo juicio o capacidad de discernimiento¹⁰⁷, incapaces de asumir culpa alguna en base a los postulados de nuestro sistema de imputación subjetiva. Es cierto que estas personas en raras ocasiones contarán con patrimonio propio para resarcir a la víctima, pero, en los casos en que así sea, se plantea el debate de si podría responder con su patrimonio en todo caso, a pesar de considerarse inimputable civilmente (esto es, al margen de nuestro principio de culpa)¹⁰⁸. Debemos contestar negativamente a dicho interrogante, en base a la legislación vigente y a lo fundamentado hasta ahora.

¹⁰⁶ «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad...» *op.cit.*, pp. 73-77. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, Natalia, señala que el legislador se ha preocupado por evitar tanto referencias médicas o diagnósticas propias del modelo médico de discapacidad, como alusiones al déficit de autogobierno, y, sobre todo, ha evitado emplear una noción de persona con discapacidad que la incluya en un «grupo homogéneo o especial del que predicar notas características que lo estigmaticen», en «Comentario al artículo 299 CC», en AA.VV., *Comentarios al Código civil* (Dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 471 y 472.

¹⁰⁷ Teniendo en cuenta aquí que nos estamos refiriendo a supuestos excepcionales de carencia persistente de discernimiento (como pueden ser supuestos de estado de coma, parálisis cerebral o demencias severas en su fase final, como el Alzheimer); *vid.* TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, *La capacidad jurídica...op.cit.*, p. 292.

¹⁰⁸ Así lo plantea ZURITA MARTÍN, Isabel, *ídem*, pp. 586-589, quien lamenta que el nuevo artículo 299 CC adolezca de la necesaria y deseable claridad en este tema, dejándonos el legislador con la misma duda que ya existía antes de la reforma y es si la persona incapaz de culpa debe responder con su patrimonio en todo caso.

Y ello, aunque la solución nos pareciese deseable, en los casos en que la persona con discapacidad posea patrimonio propio solvente (piénsese, por ejemplo, en la figura del patrimonio protegido regulada en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria), y en defensa del principio *pro damnato*¹⁰⁹. Pero defender lo contrario sería admitir una suerte de responsabilidad objetiva o incondicional para los daños causados por las personas con discapacidad que el legislador no ha incluido, en modo alguno, en la reforma¹¹⁰. Al respecto, ZURITA MARTÍN¹¹¹ propone, como forma de salvar la imprecisión legal para reflejar la responsabilidad de la persona con discapacidad sin facultad de discernimiento, acudir a una interpretación extensiva de las normas vigentes.

No obstante, lo cierto es que, una vez superado el debate prelegislativo que suprimió la puntualización «en todo caso» de la responsabilidad que sustentaba el nuevo artículo 299 del Código Civil, salvar la falta de precisión del legislador reformista con una interpretación de las normas aplicables que conllevara una responsabilidad más gravosa de las personas con discapacidad inimputables civilmente, iría en contra del fundamento de nuestro sistema de responsabilidad civil por daños, basado en la culpa. Sistema de responsabilidad civil extracontractual que ahora, tras reconocer que el pleno ejercicio de derechos lleva aparejado la atribución de obligaciones, se aplica en condiciones de igualdad para todas las personas, tengan o no una discapacidad, ni más, ni menos.

¹⁰⁹ En palabras de GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, lo que sucede es que la tradicional idea moral de la culpa viene a ser sustituida por una nueva moralidad centrada sobre todo en las víctimas, conforme a la que, sea quien sea el autor del daño, y en la medida de lo posible, todas las víctimas han de ser resarcidas; además de ello, también existe una nueva moralidad centrada en el propio autor del daño, según la cual la persona con discapacidad debe ser tratada, a efectos de responder civilmente por sus hechos, como las demás; en «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad...» *op.cit.*, pp. 982 y 983.

¹¹⁰ Ya se aludió a los trabajos preparatorios del texto definitivo de la Ley 8/2021, en los que se tuvo en cuenta las recomendaciones del Consejo de Estado, que dictaminó que «para evitar equívocos que puedan conducir a una interpretación errónea del precepto según la cual la persona con discapacidad está obligada a responder incondicionalmente, se recomienda la supresión de la expresión "en todo caso" y su remisión a los artículos 1902 y 1903». N.º Expediente: 34/2019, JUSTICIA (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>).

¹¹¹ «Personas con discapacidad...» *op.cit.*, p. 590; donde aboga por atender a las normas en juego: «1º. Realizar una interpretación del artículo 299 CC a la luz del artículo 12 de la Convención de Nueva York, considerando a la persona con discapacidad plenamente capaz en todo caso; 2º. Considerar la aplicación conjunta de los artículos 1902 y 1903 CC como un supuesto de concurrencia de responsabilidades; y 3º. Interpretar la exigencia de culpa del artículo 1902 CC sobre un criterio puramente objetivo, usando como parámetro la razonable actuación de un hombre medio», concluyendo que se debería haber incluido una estipulación legal expresa para dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico.

En conclusión, la amplia diversidad de la discapacidad psíquica y los difusos límites entre los distintos estadios de la capacidad volitiva e intelectual, son compatibles con la responsabilidad civil por actos propios de la persona con discapacidad que cuente con el suficiente discernimiento y, por ende, sea capaz de culpa¹¹². Por tanto, dado que la culpa sigue siendo el criterio de imputación *ex* artículo 1902 del Código Civil, cuando el agente del daño sea una persona con discapacidad, la determinación de su responsabilidad directa por hecho propio conllevará la valoración del caso concreto, sin prejuzgar la capacidad de entender y querer.

Otra cuestión que pasamos a analizar es en qué casos se determinará la responsabilidad por hecho ajeno de terceros que presten funciones de apoyo. Como hemos señalado, el hecho de que la persona con discapacidad esté provista de apoyos, incluso cuando se trate de un curador con facultades de representación, no supone, *per se*, que sea inimputable a los efectos de responsabilidad civil. Esto es, la responsabilidad por hecho ajeno de aquellas personas que presten funciones de apoyo no excluye ni exime de responsabilidad civil directa a aquellas personas con discapacidad de quienes se responde.

2.3. Una novedosa y más restringida responsabilidad por hecho ajeno de las personas que desempeñan las funciones de apoyo

Como adelantábamos, la reforma operada por la Ley 8/2021 con la nueva configuración de las medidas de apoyo redefine el panorama de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, en coherencia con el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, conformando una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Y esta nueva concepción debe ser extraída de los postulados de los artículos 299 y 1903.3 del Código Civil.

El actual artículo 299 del Código Civil, tras proclamar la plena responsabilidad civil de las personas con discapacidad, incorpora expresamente la posibilidad de exigir responsabilidad a otros sujetos a través de la cláusula «sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables». Aquí surgen las primeras dudas, relativas a si responden por hecho

¹¹² No podemos olvidar que nos encontramos en un sistema de responsabilidad basado en la culpa, como hemos expuesto, y a ello hemos de atenernos hasta que se modifique la norma o se introduzca un precepto para estos casos, y «hoy por hoy no hay ni una norma que exima de responsabilidad civil a las personas con discapacidad psíquica o mental, ni una norma que declare la responsabilidad objetiva en estos casos», tal y como sostiene ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, «La responsabilidad civil...» *op.cit.*.

ajeno sólo las personas mencionadas en el artículo 1903 del Código Civil o la responsabilidad por daños de las personas con discapacidad se puede extender a «otros posibles responsables», no mencionados expresamente en dicho precepto, que les presten funciones de apoyo. Y, en caso de que así sea, si esa responsabilidad de «otros» tiene un carácter cumulativo, solidario, o lo tendría subsidiario¹¹³. Una mayor precisión legislativa, efectivamente, habría evitado esta incertidumbre y aportado una mayor seguridad jurídica al tráfico en materia de responsabilidad por hecho ajeno.

En efecto, en base a dicho precepto (el artículo 299 del Código Civil) se modifica el apartado tercero y se introduce un cuarto párrafo en el artículo 1903, referente a la obligación de reparar el daño causado por los actos u omisiones realizados por aquellas personas de quienes se deba responder. En su actual redacción, el artículo 1903.3 del Código Civil señala que «Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía», eliminando pues la referencia a los incapacitados, acorde con el mantenimiento de la institución de la tutela exclusivamente para personas menores de edad, así como con la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada¹¹⁴. Y el nuevo párrafo cuarto del mismo precepto determina ahora que «Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella».

Por otra parte, el artículo 120.1 del Código Penal recoge casos semejantes de responsabilidad civil por hecho ajeno al determinar, en su versión vigente, que «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia»¹¹⁵. Pero, en este

¹¹³ LLAMAS POMBO se lamenta de la falta de precisión del legislador reformista, que podría haber solventado esta cuestión con mayor precisión legislativa. Así en «La responsabilidad civil...» *op.cit.*, p. 287.

¹¹⁴ Hasta la reforma, y a tenor del art. 1903.3 del Código Civil, los tutores debían responder por los actos u omisiones de los «incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». Igualmente, respondían los padres en los supuestos de mayores de edad en los que la patria potestad hubiese sido prorrogada o rehabilitada.

¹¹⁵ Y, respecto a los menores de edad, el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, también incluye unas reglas de responsabilidad de los padres, tutores, acogedores y guardadores de hecho: «3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

caso, la responsabilidad por hecho ajeno del curador con facultades de representación prevista en el orden penal se determinará «en defecto»; esto es, tiene carácter subsidiario y sólo entrará en juego en caso de insolvencia del condenado por el delito. Como hemos adelantado, la responsabilidad civil por hecho ajeno de esos «otros posibles responsables», de carácter directo, ex artículo 1903 del Código Civil, no excluye ni exime de responsabilidad civil, también directa, a aquellas personas con discapacidad de quienes se responde (cuando éstas cuenten con el suficiente discernimiento para ser capaces de culpa). Responsabilidad civil directa de la persona con discapacidad que concurrirá, en este caso con carácter solidario, con la del resto de responsables por hecho ajeno.

En el tradicional sistema vigente hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, la responsabilidad civil de las personas con discapacidad se solía trasladar, en la mayoría de los casos, al tutor del incapacitado o al guardador legal o a los padres con patria potestad prorrogada o rehabilitada, como una responsabilidad por hecho ajeno, directa y con fundamento en la clásica culpa *in vigilando* o *in custodiando*. Culpa que, bien es sabido, se presume en base a la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 1903 del Código Civil *in fine* («La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»); siendo pacífica la doctrina que desde hace décadas admite una evolución hacia la «objetivación» de esta responsabilidad, que ha derivado en «cuasi-objetiva». Objetivación motivada, no sólo por la presunción de culpa con inversión de la carga de la prueba de dicho precepto, sino por la aplicación jurisprudencial y sus estándares inalcanzables de diligencia exigible en la vigilancia, el cuidado e, incluso, la educación, en caso de los hijos menores (culpa *in educando*)¹¹⁶.

No obstante, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, la nueva configuración de las medidas de apoyo no atiende a la protección, ni a la vigilancia o cuidado de la persona con discapacidad por parte de quien ejerza de apoyo, signos del tradicional sistema paternalista que nos regía, sino al respeto a su voluntad, deseos y preferencias de la persona¹¹⁷. Por tanto, en lógica coherencia con el nuevo sistema, los

¹¹⁶ Ya llegamos a la misma conclusión en AUTOR/A, 2010.

¹¹⁷ Y ello en base a lo establecido en el artículo 249 del Código Civil, apartados uno y dos: «Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de

criterios que fundamentan la responsabilidad por hecho ajeno no deben ser ya, de forma genérica, los tradicionales *in vigilando* o *in custodiando*¹¹⁸, pues la persona que ejerza el apoyo lo hará proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad y sin dejar de atender a su voluntad, deseos y preferencias; o, en caso de que no pueda expresarse de forma alguna, y tras haber hecho un esfuerzo considerable por averiguar su voluntad, teniendo en cuenta su trayectoria vital, sus creencias y valores (artículo 249, en su párrafo tercero).

Pues bien, al establecer el párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil, respecto a los daños no constitutivos de delito causados por una persona con discapacidad, que serán responsables los curadores con «facultades de representación plena» y siempre que «convivan con ella»; parece que el legislador reformista hubiese flexibilizado así la responsabilidad por hecho ajeno del curador representativo, como único responsable por los hechos de persona con discapacidad. Y es que, reiteramos, la actual redacción del 1903.4 del Código Civil puede plantear dudas interpretativas; por una parte, respecto a los requisitos exigidos para que responda el curador (la representación plena y la convivencia), y por otra, respecto a la posibilidad de interpretar extensivamente el precepto para imputar a «otros posibles responsables», en base a lo previsto por el artículo 299 del Código Civil.

Comenzando por las circunstancias que deben concurrir para determinar la responsabilidad del curador. La convivencia, requisito *sine qua non*, deviene, por tanto, fundamental para cumplir las funciones encomendadas como curador con representación plena. En este caso, el requisito se mantiene de la anterior regulación, en la que el párrafo tercero del artículo 1903 ya determinaba la responsabilidad civil por hecho ajeno de los tutores por los «perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía»; por lo que será

origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro». Y, así mismo, en el segundo párrafo del artículo 250 del Código Civil, según el cual «La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias».

¹¹⁸ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «Comentario al Artículo 250» en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma Comentario articulado a la reforma...op.cit.*, pp. 236 y 237, señala que «sólo en casos excepcionales tendrán también deberes de vigilancia, control o similares, sobre la persona a la que prestan el apoyo».

necesario seguir delimitando las situaciones en las que la persona con discapacidad se encuentra en un centro asistencial, residencial, hospitalario o de naturaleza análoga para delimitar los sujetos responsables y el tipo de responsabilidad (solidaria o subsidiaria)¹¹⁹.

Respecto a las facultades atribuidas al curador, recordemos que el artículo 250.5 del Código Civil determina que «La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo». Es una figura flexible cuyo contenido es variable, atendiendo a lo establecido en el artículo 269 del Código Civil, según el cual la representación de la persona con discapacidad está sometida a previa autorización judicial para los actos en que así lo declare la resolución de nombramiento del curador (y todos los que contempla el artículo 287). Así, los párrafos segundo y tercero de dicho precepto (artículo 269) establecen que «La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo» y que «Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

En consecuencia, los actos para los que el curador debe prestar el apoyo tienen que fijarse por el juez de manera precisa, indicando concretamente, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. Es esencial, por tanto, atender al contenido de la resolución judicial que detalle las funciones del curador para determinar, en su caso, los supuestos de responsabilidad civil. Y, por tanto, los criterios de imputación de la responsabilidad por hecho ajeno no pueden ser ya los genéricos basados en la culpa *in vigilando* o *in custodiando*, como adelantábamos, sino que se debe valorar la culpa por incumplimiento de las funciones de apoyo con la referencia pormenorizada de las facultades de representación que haya atribuido la sentencia. En este sentido, ALCAÍN MARTÍNEZ¹²⁰ se atreve a sugerir las expresiones «culpa *in fulciendo*»

¹¹⁹ Vid. DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad Civil e Incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 119 y ss. Y PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad...op.cit.*, pp. 108-113.

¹²⁰ «La responsabilidad civil...» *op.cit.* La autora aclara el origen de los latinismos que propone: «Culpa *in fulciendo*. Del verbo *fulcio, is, ere* = apoyar. Culpa *in secundando*. Del verbo *secundo, secundas, secundavi, secundatum*, = secundar, favorecer»; aclarando «soy consciente de la imposibilidad de utilizar una

(del verbo *fulcio*, apoyar) o «culpa *in secundando*» (del verbo *secundo*, secundar o favorecer), que atenderían más concretamente a la esencia del sistema de apoyos actual.

No obstante, en los casos más graves, que son precisamente aquéllos excepcionales para los que está prevista la representación por medio de un curador, no debería descartarse el tradicional fundamento basado en la «culpa *in vigilando*»¹²¹. Y ello porque, a pesar de que el sistema de apoyos actual no atiende a la protección, ni a la vigilancia o cuidado de la persona con discapacidad por parte de quien ejerza de apoyo, lo cierto es que al curador representativo se le debe presumir una mínima supervisión o control de la persona con discapacidad a su cargo, como contenido integrante de su función de apoyo, a la que se asignan «facultades de representación plenas» pues, aunque sea una figura excepcional, estamos ante el apoyo judicial más intenso¹²². Más aún, cuando se exige la convivencia con la persona a la que se presta el apoyo (de otro modo, difícilmente podrían desempeñarse dichas facultades de representación plenas). De hecho, de ahí derivaría la posibilidad que se mantiene de exonerarse de la responsabilidad prevista por el artículo 1903 *in fine*, siempre que el curador demuestre que empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»; prácticamente una utopía en el panorama jurisprudencial¹²³, como hemos apuntado, a la luz de la actual configuración cuasi-objetiva de esta responsabilidad por hecho ajeno. Por tanto, el curador con funciones de representación plena atribuidas, que conviva con la persona con discapacidad causante del daño, va a responder, con presunción de culpa y casi de forma automática (por la objetivación jurisprudencial de esta responsabilidad¹²⁴), en base al nuevo apartado cuarto del artículo 1903; responsabilidad que sería solidaria, por hecho ajeno, con el causante del daño.

El problema con el que nos encontramos en la actualidad, precisamente, es que la jurisprudencia sentada tras la entrada en vigor de la reforma no suele imponer

expresión que no existe en latín. Por tanto, estoy “latinizando” una expresión moderna», elaboraciones modernas latinizadas, en sus propias palabras, que responderían a la esencia del sistema de apoyos incorporado por la reforma en la legislación civil y legislación procesal, concretado en los artículos 249 y 250 del Código Civil».

¹²¹ Así, también, ATIENZA NAVARRO, M.ª Luisa, «La otra cara de la reforma...» *op.cit.*, p. 395.

¹²² PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad...op.cit.*, p. 102.

¹²³ LLAMAS POMBO señala que resulta prácticamente imposible de encontrar una sentencia que aplique el último párrafo del artículo 1903 y exonere a padres, tutores o empresarios por haber desplegado un determinado nivel de diligencia, apuntando que «Ciertamente, existe la «aguja en el pajar», como la denomina YZQUIERDO, en la STS 5 marzo 1997, que exoneró a los padres de un menor de edad y esquizofrénico paranoide que mató a tres niños con una pistola». Así en «La responsabilidad civil...» *op.cit.*, p. 290.

¹²⁴ *Idem*, p. 291.

curatelas representativas con «plenas facultades», atendiendo a la excepcionalidad de la figura y de acuerdo con el legislador. Así pues, el juzgador actual sigue las directrices legales, como no puede ser de otro modo, y desglosa en cada caso, pormenorizadamente, los actos para los que el curador prestará un apoyo asistencial y aquellos otros determinados, de mayor entidad, para los que tendrá facultades de representación; constituyéndose así curatelas mixtas que plantean interrogantes a la hora de determinar la responsabilidad por hecho ajeno. Habrá que valorar, en estos casos, si el daño se ha cometido en la esfera de las actuaciones para las que se establecía un apoyo meramente asistencial o en el marco de las facultades concretas de representación atribuidas al curador.

Por otra parte, si la principal inquietud que nos generaba el nuevo apartado cuarto del artículo 1903 del Código Civil era la posibilidad de interpretar extensivamente y por analogía si dicha responsabilidad del curador representativo puede extenderse a otros apoyos, voluntarios o legales, pero en los que concurren las dos circunstancias exigidas por el precepto, esto es, investidos igualmente de facultades representativas y que convivan con la persona con discapacidad, no parece que tengan cabida en el ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno *ex* artículo 1903.4 del Código Civil.

Es cierto que cualquiera de los apoyos previstos por el legislador podría ejercer actuaciones representativas de forma excepcional; pensemos, por ejemplo, en el guardador de hecho al que, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa para uno o varios actos, como dispone el artículo 263 del Código Civil, párrafo segundo, o el apoderado o mandatario en los términos del artículo 261. No obstante, ya hemos visto que, en base al artículo 1903, las excepcionales facultades de representación deben ser «plenas», no para actos concretos, y además concurrir con la convivencia. Consideramos pues que esta posibilidad de interpretación extensiva para imputar responsabilidad por hecho ajeno a otras figuras de apoyo se extralimitaría, a todas luces, del espíritu y los parámetros de la reforma.

Cuestión distinta es que estas otras figuras de apoyo (los apoyos voluntarios, el guardador de hecho, el defensor judicial e, incluso, el curador, sin facultades plenas de representación o que no conviva con el autor del daño) puedan responder por actos propios, en base al artículo 1902 del Código Civil, por falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones de apoyo, asistenciales o de representación, excepcionalmente. Esto es, responderían por hecho propio en base al sistema de culpa establecido; a diferencia

del curador con facultades de representación plenas, al que se presume la culpa *ex artículo 1903*¹²⁵. Y, por supuesto, de manera directa y solidaria con la responsabilidad por hecho propio en que pudiese incurrir la persona con discapacidad, en los casos en que ésta cuente con mayor discernimiento, acorde al mismo precepto 1902 y conforme al artículo 299 del Código Civil (que, como sabemos, establece la responsabilidad civil directa de las personas con discapacidad «sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables»).

Como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de febrero de 2022¹²⁶ resuelve el caso de un incendio en un domicilio al prenderse fuego el sofá de una vivienda, causado por un mayor de edad que convivía con su padre y que fue diagnosticado de esquizofrenia paranoide, pero *a posteriori*, a raíz del incidente. La sentencia apelada considera al autor del daño inimputable civilmente en el momento de los hechos, por presentar sintomatología psicótica aguda estando, por ello, sus facultades intelectivas y volitivas anuladas. El hijo, que ya estaba en tratamiento por una depresión grave con clínica psicótica, convivía con su padre, razón por la que la Audiencia considera que «se hallaba al cuidado y atención de su padre, que en momentos de descompensación o alteración psíquica debería ejercer como un guardador de hecho»; concluyendo que «La posición de garante del padre (artículo 1903 del Código Civil) es clara y no se puede considerar al hijo como un tercero».

No compartimos dicha fundamentación de la Audiencia respecto a la atribución al padre del autor del daño de responsabilidad civil por hecho ajeno en base a su posición de «garante» o guardador de hecho, basándose en el artículo 1903 del Código Civil, pues este precepto se refiere, en su segundo apartado, a menores de edad y la guarda se extingue con la salida del menor de la patria potestad (artículos 145.1 y 169 del Código Civil). Y tampoco estaríamos en el supuesto del 1903.4 porque el padre del autor del daño no ha sido nombrado judicialmente curador y, mucho menos, con facultades de representación. En este caso, si se considera al padre como guardado de hecho, se podría haber valorado su responsabilidad en base el artículo 1902 del Código Civil, por culpa propia en el negligente desempeño de sus funciones de apoyo.

No obstante, la fundamentación de la sentencia acude a otro recurso para determinar la imputabilidad por culpa del padre, como propietario de la vivienda al que

¹²⁵ En este sentido, *vid.* ATIENZA NAVARRO, M.^ª Luisa, «La otra cara de la reforma...» *op.cit.*, pp. 398-402.

¹²⁶ Sentencia 32/2022 de 11 de febrero, Rec. 268/2020 (ECLI: ES: APC:2022:372).

corresponde acreditar que la causa del incendio no le es imputable, «ostentando una posición de garante como titular de la vivienda, con deberes de control y vigilancia sobre las personas que habitaban la misma». «El no atender debidamente dichos deberes implica la asunción de las consecuencias dañosas derivadas de hechos que, aunque no se originen por propia y directa actuación del titular de la vivienda y asegurado, se produzcan por las actuaciones de las personas que se encuentran en la casa sobre las que dicho titular está obligado a desplegar una conducta de vigilancia y control que excluya los daños a terceros». Esta atribución de responsabilidad al padre no derivaría del artículo 1903, sino de lo previsto por el artículo 1910 del Código Civil, como titular de la propiedad y responsable de los daños que acontezcan en la vivienda, con deberes de control y vigilancia sobre las personas que habitan la misma; graduando la culpa en base a lo establecido por el artículo 1104 del mismo Código¹²⁷.

Habría que plantearse, finalmente, la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda, en el ejercicio de su autonomía volitiva basada en la plena capacidad jurídica, no sólo ya rechazar el apoyo, como hemos analizado en el presente trabajo, sino desatender las indicaciones, advertencias o recomendaciones de quien ejerza el apoyo para evitar los posibles daños que pudiese ocasionar a otros¹²⁸. Obviamente, en coherencia con lo mantenido hasta ahora, atendiendo al fundamento de la reforma, la

¹²⁷ Tal y como dicta la SAP en su Fundamento de Derecho Séptimo, punto 7, «Es precisamente la posición de garante que deriva del propio disfrute del bien en orden a asumir la responsabilidad por los daños que del mismo y de su utilización puedan derivar para terceros, la que justifica la atribución de dicha responsabilidad a D. José Ángel»; esto es, en base al artículo 1910 CC, no del 1903. Asimismo, se le atribuye una falta de la diligencia exigible a un buen padre de familia para prevenir el daño porque, por una parte, el hijo no estaba siguiendo correctamente el tratamiento del psiquiatra, y por otra parte, se le imputa una conducta negligente por tener material inflamable en el salón de casa, al alcance de su hijo; así «en el presente caso, el incendio se originó por alguien sobre el que asegurado ostentaba un deber de control y tutela, que podría realizar conductas peligrosas. A pesar de ello, se almacenaron productos peligrosos» (Fundamento de Derecho Séptimo, punto 7 *in fine*). No obstante, a la hora de graduar la culpa, no se aprecia gravedad o culpa grosera, tan sólo la falta de diligencia media exigible al estándar de un buen padre de familia, atendiendo a las previsiones del artículo 1104 CC, «que define la diligencia media exigible como aquélla que correspondería a un buen padre de familia, esto es, aquella en la que no se reconoce la posibilidad del resultado dañoso, pudiendo el agente haberlo evitado mediante la diligencia exigible en relación a la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, conforme aclara aquel precepto». *Cft.*, previa a la reforma pero resolviendo *a sensu contrario*, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 360/2020 de 7 de septiembre de 2020, Rec. 315/2019 (ECLI: ES:APB:2020:9263), que determina la improcedencia de la responsabilidad civil subsidiaria de la madre del acusado, mayor de edad, causante de un incendio doloso en la vivienda de la misma, argumentando que «el hecho de que tuviera una serie de patologías y una merma de facultades que la madre conocía no la convierte en guardadora de hecho de una persona mayor de edad que al margen de la medicación pautada no requería de ningún otro cuidado específico adicional».

¹²⁸ *Vid.* TORRES COSTAS, M.ª Eugenia, *La capacidad jurídica...op.cit.*, p. 333.

persona con discapacidad puede decidir rechazar la asistencia que le ofrezca su apoyo y, por supuesto, desatender sus indicaciones o advertencias para prevenir posibles daños siguiendo su propio criterio, en base a su voluntad, deseos y preferencias.

Teniendo en cuenta que la actuación del curador con facultades plenas de representación se prevé en los casos más gravosos, precisamente, cuando sea imposible averiguar cuáles son las preferencias, deseos o voluntad de las personas con discapacidad, parece que el mero hecho de haber advertido a dichas personas del potencial dañoso de la conducta no servirá, sin más, para acreditar la diligencia¹²⁹. Otra posibilidad es que el curador tiene la opción de excusarse del cargo, en base al 279 del Código Civil¹³⁰, y si finalmente aconteciese el daño, exonerarse de su responsabilidad por hecho ajeno acreditando las discrepancias con la voluntad de la persona con discapacidad; aunque presumimos las dificultades que encontraría *a posteriori* para exonerarse de su culpa presunta.

Por otra parte, en el caso de que el causante con discapacidad estuviese apoyado por otra figura (apoyo voluntario, guardador, defensor judicial e, incluso, como apuntábamos, el curador sin facultades plenas de representación o que no conviva con el autor del daño), ésta podría liberarse de la responsabilidad que hemos visto que podría asumir *ex artículo 1902*, si acreditase que realizó la advertencia, sin poder impedir, porque así lo exige el actual sistema, que la persona con discapacidad actuara libremente en base a sus propias decisiones y causara daños. En ese caso, esta persona sería la única imputable ya por sus propios hechos, en base al 299 del Código Civil, así como en los supuestos en que hubiese rechazado cualquier medida de apoyo¹³¹.

3. CONSIDERACIONES FINALES

El orden jurídico actual, impuesto por la Ley 8/2021, abandona el modelo de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad y articula un sistema proporcional de apoyos para que la persona decida por sí misma, con arreglo a su voluntad, deseos y preferencias, fomentando su autonomía. Partiendo del marco legal que instaura el modelo social de la discapacidad, en el que la proclamación del pleno

¹²⁹ Así, ATIENZA NAVARRO, M.^a Luisa, «La otra cara de la reforma...» *op.cit.*, p. 401.

¹³⁰ Según el cual «será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo», y cuando dichos motivos de excusa sobrevienen durante el ejercicio del cargo también pueden alegarse para eximirse de «continuar ejerciendo la curatela». Así, LLAMAS POMBO, Eugenio, en «La responsabilidad civil...» *op.cit.*, p. 292.

¹³¹ En este sentido, muchos autores han entendido que en estos casos todos los titulares de las medidas de apoyo podrían exonerarse si acreditaran que la persona con discapacidad se negó a recibir dicho apoyo. Por todos, véase, GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 999 y 1000.

ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad está basada en una nueva concepción de la dignidad personal (equiparada a la libertad de adoptar las propias decisiones), nos hemos planteado, por una parte, dónde están los límites al respeto a dicha autonomía de la voluntad en la imposición de medidas de apoyo. Y, por otra parte, hasta dónde llega la imputabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica o intelectual por daños causados no constitutivos de delito; bajo la premisa de que, a mayor libertad del individuo, a mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad, mayor ha de ser también la atribución de responsabilidad.

Pues bien, para determinar los límites en la autonomía de la voluntad a la hora de establecer las medidas de apoyo, teniendo en cuenta que cabe la posibilidad de que la persona con discapacidad rechace o se oponga a contar con medidas de apoyo, habrá que atender a la valoración de su discernimiento por parte, en un primer momento, del notario (a través del juicio notarial de capacidad jurídica) y, en última instancia, del juez. La existencia de una patología psíquica o mental no constituye, *per se*, causa de restricción o denegación de la capacidad jurídica. Por tanto, solamente cuando la condición psíquica impida al sujeto un mínimo discernimiento para adoptar decisiones, estará justificado limitar o denegar su voluntad (ya sea expresada directamente o inferida de su trayectoria vital). En caso contrario, sus decisiones deberán respetarse y constituir el eje rector en la provisión de las medidas de apoyo.

En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad determinará la plena imputabilidad del sujeto en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual por los daños que pudiera ocasionar a otros. El nuevo concepto (en realidad, no tan novedoso) de imputación subjetiva al que se refería la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, ampara la atribución de responsabilidad civil a la persona con discapacidad que tenga suficiente discernimiento y madurez para entender lo que significa dañar a otro. La novedad está en que desaparece la antigua presunción de inimputabilidad de los incapaces o incapacitados y se reconoce la plena imputabilidad civil. En base a lo cual, la imputación depende de que el causante tenga suficiente madurez intelectual y volitiva, por lo que habrá que valorar su capacidad de culpa civil, tal y como establecen las reglas de nuestro tradicional sistema subjetivo de responsabilidad civil *ex artículo 1902 del Código Civil* (sin que quepa hablar de que se haya instaurado una responsabilidad objetiva en este ámbito), como con cualquier otra persona y alejándonos de soluciones genéricas.

Para ello, se dilucida si la persona con discapacidad contaba en el momento de causar el daño con capacidad de entender y querer lo que hacía y, además, si pudo prever las consecuencias de sus actos; debiendo atender al tipo de discapacidad psíquica que

tenga y a la madurez de juicio para examinar, caso por caso, si actuó con suficientes facultades intelectivas y volitivas. En caso de que así sea, responderá civilmente por sus actos y estará obligado a resarcir los daños; a *sensu contrario*, no responderá por actos propios. La valoración de dicho discernimiento y, en consecuencia, de la capacidad de culpa, se determinará por el juez en cada caso y en condiciones de igualdad con el resto de las personas adultas. Sin que pueda presumirse, como hemos defendido, ni la inimputabilidad genérica de aquellos que cuentan con medidas de apoyo, ni tampoco un grado de discernimiento o madurez suficiente para todas aquellas personas con discapacidad que no necesiten un apoyo representativo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otra parte, el nuevo apartado cuarto del artículo 1903 del Código Civil ha introducido una innovación en el régimen de responsabilidad civil por hecho ajeno, al prever la responsabilidad solidaria del curador, siempre que cuente con facultades de representación plenas y conviva con la persona con discapacidad causante del daño. Esta responsabilidad se presume, en términos de culpa, y opera casi automáticamente, en base a su actual configuración cuasi-objetiva. Sin embargo, la aplicación práctica de este precepto se topa con la evidente dificultad de la excepcionalidad con la que los jueces imponen actualmente curatelas con plenas facultades representativas, conforme al criterio restrictivo acogido por el legislador. Dado que lo habitual de la práctica jurisprudencial actual es la configuración de curatelas mixtas, en las que se asignan facultades asistenciales y representativas de forma diferenciada y pormenorizada, habrá que valorar, en estos casos, si el hecho dañoso se ha producido dentro del ámbito de la actuación representativa (y, por tanto, en el marco del 1903.4) o si debe analizarse desde la óptica del artículo 1902, por responsabilidad por hecho propio.

Tampoco consideramos admisible una interpretación extensiva de dicho precepto (artículo 1903.4) a otras figuras de apoyo, como serían los voluntarios, guardadores de hecho o defensores judiciales, que, aunque eventualmente puedan asumir funciones representativas, no lo hacen con carácter pleno ni estable. Dicha interpretación extensiva desbordaría, sin duda, los límites marcados por el espíritu y la letra de la reforma. Ahora bien, todas estas figuras de apoyo, incluido el curador que no reúna los requisitos del artículo 1903.4, podrían incurrir en responsabilidad directa si actúan con negligencia en el ejercicio de sus funciones de apoyo, asistencia o ayuda.

En tales supuestos, obviamente, se trataría de una imputación por hecho propio, con base en el régimen general de culpa del artículo 1902 del Código Civil. Y, por supuesto, responderían de manera directa y solidaria con la responsabilidad por hecho propio en

que pudiese incurrir la persona con discapacidad, en los casos en que ésta cuente con mayor discernimiento, acorde al mismo precepto 1902 y al artículo 299 del Código Civil. Y es que, como hemos concluido, la responsabilidad por hecho ajeno de aquellas personas que presten funciones de apoyo no excluye ni exime de responsabilidad civil directa a aquellas personas con discapacidad de quienes se responde.

Por último, no debe olvidarse que el nuevo sistema de apoyos, basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, admite que esta pueda legítimamente rechazar, no ya el apoyo en sí, sino las recomendaciones o advertencias de quien le presta apoyo, incluso si ello conlleva la producción de un daño. En tales casos, y siempre que el apoyo haya actuado con la diligencia exigible, podrá quedar exonerado de responsabilidad. En cambio, si el apoyo fuese un curador con facultades plenas de representación y convivencia, la presunción de culpa jugará en su contra; y solo una prueba contundente, como podría ser el haber solicitado su excusa del cargo conforme al artículo 279 del Código Civil, podría eximirlo de responsabilidad, pero no deja de ser una carga probatoria difícil de superar.

En definitiva, el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha impuesto una reinterpretación del sistema de responsabilidad civil acorde con el modelo social de discapacidad que ha sido instaurado; que preserve su autonomía, sin desatender la protección de los terceros, como mecanismo objetivo de reparación de daños. El equilibrio entre ambos planos, libertad e imputabilidad, se perfila como uno de los grandes retos de la doctrina y de la práctica jurídica en este nuevo escenario.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 6, La Ley 7798/2021, Wolters Kluwer, junio de 2021.

ALÍA ROBLES, Avelina, «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 2, La Ley 2232/2020, Wolters Kluwer, febrero 2020.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Comentario al artículo 299 CC», en AA.VV., *Comentarios al Código civil* (Dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 855 a 862.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 5ª Edición, revisión del texto 2022.

ATIENZA NAVARRO, M.ª Luisa, «La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 20, febrero 2024, pp. 366–417.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La marginación de los locos La marginación de los locos y el derecho*, Taurus, 1976.

BERENGUER ALBALADEJO, M.ª Cristina, *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños a terceros*, Reus, Madrid, 2017.

CARRASCO PERERA, Ángel:

«Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», en *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, publicado el 30 de junio de 2021.

«Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978/2021, pp. 1 y ss.

CASAS PLANES, M.ª Dolores, «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor», I y II, *Práctica Derecho de Daños*, N.º 47 y 48, 2007, pp. 5-24 y pp. 5-27.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, «Comentario al Artículo 255» en en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas-Thomson Reuter, 2022, pp. 259 a 268.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina:

- «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo», *Claves para la adaptación del ordenamiento privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, M.ª Victoria (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125-163.
- *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley, 2008.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico:

- «Incapacitación del imbecil» en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, V. 2, 1997.
- *El Negocio Jurídico*, Civitas, 1985.

DE SALAS MURILLO, Sofía:

- «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 17, junio 2022, pp. 16-47.

- «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 5, mayo, 2018, pp. 71-120.
- *Responsabilidad Civil e Incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS:

- *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1975.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.

GARCÍA RUBIO, M.ª Paz y TORRES COSTAS, M.ª Eugenia:

- «Comentario al Artículo 249» en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas-Thomson Reuter, 2022, pp. 207-219.
- «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», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXV, 2022, 279-334.

GARCÍA RUBIO, M.ª Paz:

- «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón* (Coord. Por ATAZ LÓPEZ, Joaquín; COBACHO GÓMEZ, José Antonio; ROCA GUILLAMÓN, Juan), Vol. 2, Aranzadi, 2021, pp. 969-1007.
- «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», en *Revista de Derecho Civil*, V. 5, N.º 3, 2018, pp. 29-60.
- «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, V. 5, N.º 3, 2018, pp. 173-197.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

LEGERÉN-MOLINA, Antonio, «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en *Claves para la adaptación del ordenamiento privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, M.ª Victoria (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212.

LLAMAS POMBO, Eugenio:

- «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad» en *Nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, APDC, Aranzadi, 2022, pp. 277-300.
- *Manual de Derecho Civil. Vol. VII. Derecho de daños*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

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

MAGRO SERVET, Vicente, «20 Criterios ante la libertad de personas en centro psiquiátrico por apreciarse enfermedad mental con riesgo de reincidencia», *Diario La Ley*, 10 octubre 2024.

MARTÍN CASALS, Miquel, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate», en *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera*, coord. Judith SOLÉ RESINA (hom. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 61-80.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, 2014.

MEDINA ALCOZ, María, «La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021: ¿Un régimen estrictamente novedoso?», en AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Dir. PEREÑA VICENTE y HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 611-649.

MORENO MARÍN, M.ª Dolores, «La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica», *Diario La Ley*, nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: reformas pendientes», *Almacén de Derecho*, publicado el 9 de enero de 2020.

PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

PAÑOS PÉREZ, Alba:

- *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica: apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*, Dykinson, 2022.
- *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, 2010.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Díez-PICAZO, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 2483-2509.

PEÑA LÓPEZ, Fernando «Reformas en materia de responsabilidad civil», en AA.VV. *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (Dir. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 571-592.

PEREÑA VICENTE, Montserrat:

- «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil» en *Principios y preceptos de la reforma legal de discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat, P. (Dir.), Marcial Pons, 2021, pp. 197-241.
- «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», en *Revista de Derecho Privado*, N.º 4, julio-agosto, 2016, pp.3-40.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo y ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria Esperanza, «Valores», en *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 179-205.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Discapacidad y responsabilidad por daños extracontractuales*, Atelier, 2024.

REGLERO CAMPOS, Fernando y PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Bercal S.A., Madrid, 2017.

REGLERO CAMPOS, Fernando, «Los sistemas de responsabilidad civil», *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, coord. REGLERO CAMPOS Y BUSTO LAGO, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 265-315.

RICO GARCÍA, Eladio Javier, «Una vuelta de tuerca a la Ley 8/2021 de reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ¿Cambiarlo todo para que nada cambie?», *Diario La Ley*, N.º 10393, Sección Tribuna, 2023.

ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara, «Los fundamentales cambios producidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma en materia de discapacidad. Especial referencia al régimen de responsabilidad extracontractual», *Actualidad Civil*, N.º 11, La Ley 12389/2021, Wolters Kluwer, noviembre de 2021.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Ana M.ª, «La responsabilidad civil de las personas mayores. *Elderly persons' civil liability*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 25, 2021, pp. 111-147.

SÁNCHEZ RUBIO, Ana, «Discapacidad y trastorno mental: medidas del proceso civil frente a la peligrosidad de personas con discapacidad psíquica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosh, 2021, pp. 459-471.

SOLÉ RESINA, Judith, «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosh, 2021, pp. 383-396.

TORRES COSTAS, M.^a Eugenia, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad psíquica en los *Principles of European Tort of Law*», *Actualidad Civil*, N.º 5, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2020.

ZURITA MARTÍN, Isabel, «Personas con discapacidad y responsabilidad civil» en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosh, 2021, pp. 573-591.

Fecha de recepción: 27.07.2025

Fecha de aceptación: 18.12.2025