



**Congreso internacional**  
“La contractualización del Derecho de familia y la persona<sup>\*</sup>”  
23 y 24 de marzo de 2022  
Santiago de Compostela

**LA ELECCIÓN DE LA FIGURA DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS INTERVENCIONES EN EL ÁMBITO DE LA SALUD**

Leticia García Velasco

*Investigadora predoctoral. Programa de Doctorado en Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.*

Panel núm. 3.

**RESUMEN**

**Introducción.**

Evaluando las instituciones de la personalidad del Código civil (CC) desde su creación podemos observar que históricamente el tratamiento que se otorgó a las personas con discapacidad supuso una privación total de derechos, salvada con un sistema de sustitución de su persona, bien mediante la figura de la representación que supone la patria potestad, bien mediante una figura tutelar fuera del marco familiar. Este régimen de prescindencia fue el punto de partida de las figuras de apoyo de nuestro actual Derecho.

La aprobación de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (CDPD), supuso la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, consiguiendo que fueran consideradas como titulares de derechos en igualdad de condiciones, obligando a los poderes públicos a garantizar que el ejercicio de esos derechos fuera pleno y efectivo, protegiendo su autonomía y su dignidad inherente.

Con el paso del tiempo estas instituciones han evolucionado para dispensar una mejor ayuda a las personas con discapacidad, abandonando el régimen de sustitución total frente a instrumentos que permitan apoyar la voluntad de la persona o la protección de sus mejores intereses, como se observa tras la aprobación el año pasado 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.

---

\* Este Congreso internacional se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

### **Las figuras de apoyo en la toma de decisiones.**

El legislador planteó una reforma del CC, y junto a ello, de las figuras de representación y acompañamiento. Se eliminó la figura de la tutela y su idea de sustitución y se apoyó la creación de otras figuras compatibles con las recomendaciones de la CDPD y del Convenio de Estambul, otorgando tres medidas posibles sobre las que centraremos este estudio: las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Todas ellas están inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales, y habrán de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, siendo primordial a no ser que, en casos excepcionales, no pueda ser determinada, donde tomarán funciones representativas.

### **El funcionamiento de las figuras de apoyo en el consentimiento informado sanitario.**

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define el consentimiento informado en su art. 3 como “conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Esta conformidad, equivalente a una declaración de voluntad en el ámbito contractual sanitario, puede emitirse verbalmente y por escrito, con ciertas salvedades en función de la intervención sanitaria que se realice.

En la mayoría de los casos esta manifestación será exteriorizada por un paciente mediante estos cauces, pero en ocasiones, determinadas personas no se encuentran en una situación en la que puedan dar ese consentimiento cumpliendo con los requisitos de “libertad, voluntariedad y consciencia”, así que la LBAP indica en el art. 9 cuáles son los límites de este consentimiento y nos acerca al consentimiento por representación.

Mientras que la LBAP se ha quedado anclada en el pasado y mantiene denominaciones como “representante legal” y “capacidad modificada judicialmente”, no podemos abandonar el correcto tratamiento a las personas con discapacidad que cuenten con una de las figuras de apoyo como las ya mencionadas. Así, mientras la LBAP mantiene criterios no renovados, podemos darles una nueva interpretación en virtud de la última modificación del sistema de apoyos establecida en el CC.

### **Una nueva interpretación.**

La LBAP aclara que, en los momentos en los que una persona no pueda otorgar su consentimiento, deberá ser aportado por un representante, hasta en personas adultas. Uno de los casos se da cuando una persona padece una discapacidad temporal o definitiva y no pueda manifestar adecuadamente su voluntad. Otro de los casos trata sobre la persona con discapacidad que cuenta con una figura de apoyo para el correcto ejercicio de su capacidad jurídica. En ambas situaciones, el camino a seguir para conseguir un consentimiento no puede basarse en la presencia o ausencia de un “representante legal” dada la inadecuación a la redacción actual del CC, así que la sustitución del texto podría presentarse de la siguiente manera:

“Cuando el paciente no es capaz de tomar decisiones por su estado físico o psíquico. Se requerirá la comprobación de la existencia de una figura de apoyo definida de manera previa a la situación actual que sirva de salvaguarda de la voluntad del paciente, sea esta una medida de naturaleza voluntaria o una curatela. Si el paciente carece de cualquiera de estas dos figuras de apoyo, se acudirá a la persona encargada de su guarda de hecho, siendo ésta aquella persona que se encargue habitualmente de su cuidado y atención. Ante la ausencia de cualquiera de las anteriores figuras de apoyo, se acudirá a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, según el siguiente orden...”. Dicho orden sería adecuado para establecer una prelación dentro de los propios apoyos familiares, en los casos en que no existiera ningún tipo de información previa.

### **Conclusión.**

La actividad desarrollada por los profesionales sanitarios se basa en una obligación que surge en el marco de una actividad contractual, apareciendo dicho contrato entre el sanitario y el paciente, dentro de una prestación de servicios.

Las personas sometidas a una figura de apoyo para poder ejercer su capacidad jurídica ven modificada la posibilidad de formar parte en esta situación de contratación sanitaria al amparo del CC y la LBAP.

La inadecuación de la redacción de la LBAP sigue dando un cariz de sustitución de la voluntad en forma de representación pseudo-contractual, en lugar de una manifestación del apoyo y respeto a las voluntades, como se establece en la CDPD y en la nueva redacción del CC.