

**VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA
DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL**
Psiquiatría y ley

Documentos Córdoba 2013

**Antonio Medina
María José Moreno
Rafael Lillo
Julio Antonio Guija
(Editores)**



Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

© Del prólogo: Los editores

© De la obra: Los autores

© De la edición:

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental
C/ Arturo Soria, nº 311, 1º B
28033 Madrid (España)
Tel. 91 383 41 45
fepsm@fepsm.org
www.fepsm.org

Editado por psiquiatria.com
C/ Valldargent, nº 27, bajo
07013 Palma de Mallorca
Baleares, España.
e-mail: info@psiquiatria.com

Primera edición 2015
Nº de páginas: 120
ISBN: 978-84-941401-5-0

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

**Voluntad, capacidad y autonomía
de la persona en el mundo actual.
Psiquiatría y ley**

Antonio Medina, M^a José Moreno, Rafael Lillo y Julio Antonio Guija

(Editores)

IX Jornadas Jurídico-Psiquiátricas.

Córdoba, 4 y 5 de octubre de 2013

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

Madrid, 2015

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Sumario

Relación de participantes

Prólogo

Ponencias:

1. Psicología y psicopatología de la voluntad. Alfonso Blanco Picabia, Catedrático de la Universidad de Sevilla.
2. La capacidad en la toma de decisiones. Aspectos psiquiátrico-forenses. Julio Antonio Guija Villa. Jefe de Psiquiatría del IML de Sevilla.
3. Estudio jurisprudencial de la toma de decisiones: la validez del consentimiento. Antonio Marín Fernández. Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz.
4. Sustitución de la voluntad del enfermo psíquico en diferentes supuestos. Víctor Escudero Rubio. Magistrado (Córdoba).

Conclusiones

RELACIÓN DE PARTICIPANTES

1. Aguirre Zamorano, Pio. Magistrado. Vocal CGPJ y Presidente del Foro de Discapacidad. Madrid.
2. Alcalá Pérez, Visitación. Profesora Contratada Doctora en Psiquiatría. Sevilla.
3. Anglada, Enrique. Magistrado. Tribunal Superior de Justicia. Barcelona.
4. Arcos Pérez, Luis de. Magistrado de Vigilancia Penitenciaria. Córdoba.
5. Arce Cordón, Rosario. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
6. Arsuaga, Jose. Magistrado de la Audiencia. Santander.
7. Baca Baldomero, Enrique. Catedrático Psiquiatría. Madrid.
8. Bascarán, M^a Teresa. Profesora Asociada de Psiquiatría. Oviedo.
9. Berenguer Mellado, Alicia. Forense. IML Córdoba.
10. Beltrán Aroca, Cristina. Profesora Asociada de Medicina Legal. Córdoba.
11. Bernardo Arroyo, Miguel. Profesor Titular de Psiquiatría. Barcelona.
12. Blanco Picabia, Alfonso. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
13. Bobes García, Julio. Catedrático de Psiquiatría. Oviedo.
14. Cabello de Alba, Federico. Notario. Córdoba.
15. Camacho Laraña, Manuel. Profesor Titular de Psiquiatría. Sevilla.
16. Cano Valero, Julia. Profesora Asociada de Psiquiatría. Cádiz.
17. Carrasco Perera, José Luis. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
18. Conejero Olmedo, M^a del Mar. Profesora Asociada de Derecho. Córdoba.
19. Díaz Marsa, Marina. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
20. Diez-Canseco, M^a Teresa. Psicóloga de los Juzgados de Familia. Córdoba.
21. Escudero Rubio, Víctor. Magistrado de la Audiencia. Córdoba.
22. Ezcurra, Jesús. Profesor Asociado de Psiquiatría. Vitoria.
23. Franco Fernández, M^a Dolores. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
24. García Portilla, M^a Paz. Catedrática de Psiquiatría. Oviedo.
25. Giner Jiménez, Lucas. Profesor Contratado Doctor en Psiquiatría. Sevilla.
26. Gibert Rahola, Juan. Catedrático de Farmacología. Cádiz.
27. Giner Ubago, José. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
28. Girela López, Eloy. Profesor Titular de Medicina Legal. Córdoba.
29. Guija Villa, Julio. Jefe del Servicio de Psiquiatría Forense del IML. Sevilla.
30. Gutiérrez Fraile, Miguel. Catedrático de Psiquiatría. Vitoria.

31. Ibáñez Guerra, Elena. Catedrática de Personalidad. Valencia.
32. Jaén Moreno, Mª José. Psiquiatra. Córdoba.
33. Lillo Roldán, Rafael. Profesor Titular de Psiquiatría. Córdoba.
34. Lledo González, Carlos. Magistrado de la Audiencia. Sevilla.
35. Llera Suárez de Bárcena, Emilio. Fiscal. Consejero de Justicia y Gobernación de la Junta de Andalucía. Sevilla.
36. Lopez Ebri, Gonzalo. Fiscal de Discapacitados de la Audiencia. Valencia.
37. Magaña Calle, José Mª. Magistrado de la Audiencia. Córdoba.
38. Marín Fernández, Antonio. Magistrado de la Audiencia. Cádiz.
39. Medina León, Antonio. Catedrático de Psiquiatría. Córdoba.
40. Moreno Díaz, Mª José. Profesora Titular de Psiquiatría. Córdoba.
41. Morera Pérez, Blanca. Psiquiatra. San Sebastián.
42. Núñez Bolaños, María. Magistrada. Sevilla.
43. Oliveras Valenzuela, Angustias. Profesora Asociada de Psiquiatría. Alicante.
44. Pérez-Puig González, Rocío. Magistrada. Letrada CGPJ. Madrid.
45. Pijuán Canadell, José María. Magistrado de la Audiencia. Barcelona.
46. Roca Bennasar, Miguel. Profesor Titular de Psiquiatría. Palma de Mallorca.
47. Sáez Rodríguez, José. Forense. Director del IML. Córdoba.
48. Saiz Ruiz, Jerónimo. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
49. Saiz Martínez, Pilar Alejandra. Profesora Titular de Psiquiatría.
50. Santos Urbaneja, Fernando. Fiscal de la Audiencia. Córdoba.
51. Saravia González, Ana. Magistrada. Córdoba.
52. Segura Tamajón, José Miguel. Médico Forense. IML. Córdoba.
53. Seoane Rey, Julio. Catedrático de Psicología Social. Valencia.
54. Vaño, Francisco. Diputado del Grupo Parlamentario Popular. Madrid.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Prólogo

Las IX Jornadas de Encuentros Jurídico-Psiquiátricos, celebradas en octubre de 2013, se realizaron bajo el auspicio y patrocinio de la Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental (FEPSM) con la metodología ya habitual en este tipo de encuentros. Ésta consiste en la exposición por parte de los ponentes de los textos que, en forma de capítulos, figuran en este libro, y que lo fueron oralmente de una forma resumida y centrada en sus aspectos más esenciales, para que fueran más susceptibles de ser discutidos, analizados y enriquecidos. A continuación, se procedió al debate abierto y extenso de todos los participantes en el encuentro, del que se pudieron extraer las consideraciones que hoy se ofrecen en este libro, a modo de conclusiones consensuadas.

Voluntad, capacidad y consentimiento fueron los temas que se analizaron en esta sesión.

El acto humano es, por esencia, finalista. Va dirigido hacia la consecución de una meta en cualquiera de las esferas de la vida de las personas. En la disección del acto se encuentra una superposición de estructuras filogenéticas muy variada y con distinta temporalidad ontogénica. El acto comienza en tropismos unicelulares y se eleva hasta la corteza prefrontal, con la plasticidad que otorga el nivel inconsciente, en la profundidad, y los mandatos morales en lo más superficial. Con ello se exemplifica que todo acto humano implica el funcionamiento entrelazado de estructuras muy simples, por automáticas, y otras muy complejas, por reflexivas.

Por esta complejidad es por lo que los actos humanos son casi sinónimos de voluntariedad. Los actos volitivos son intencionales y son ejecutados tras un proceso de concepción, deliberación y ejecución tras el debate de la elección. Esta secuencia del ejercicio de la voluntad, que es la que otorga libertad, precisa de la existencia de capacidad para poder ejercer aquella. Y esta capacidad, en terminología jurídica, precisa tanto de indemnidad cognitiva como afectiva.

Voluntad y capacidad se retroalimentan porque quien no posee los ingredientes cognitivos y afectivos que componen la capacidad no puede ejercer la voluntad en su secuencia estructural y no puede consentir, que es la base de la responsabilidad.

En este libro se esclarecen los elementos constitutivos de la voluntad, que no son en modo alguno simples, en conjunción con aquellos que componen la capacidad, con la intención de poder construir las bases psicológicas del *consentimiento*. El consentimiento es un fenómeno jurídico de primer orden, que está en la base de la libertad de acción de toda la vida civil de las personas, que es como decir toda la vida que tienen los seres humanos.

Tener capacidad de consentir es la condición de ser libre. La libertad es la esencia de la condición de ser con derechos y deberes, la esencia de la ciudadanía.

Se analizan, jurídica y jurisprudencialmente, las condiciones de un consentimiento y los elementos psicopatológicos que podrían viciarlo, cuestionando entonces su validez. Se hace especial hincapié en las características necesarias para la práctica de la acción médica y los mecanismos de sustitución que hay que poner en marcha cuando el análisis forense de las capacidades así lo aconsejen.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Psicología y psicopatología de la voluntad

ALFONSO BLANCO PICABIA

AL RESPECTO...

“Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”. Pitágoras.

“El hombre ha nacido libre y por doquier se encuentra sujeto con cadenas”. Rousseau.

“El que es bueno en familia, es también buen ciudadano”. Sófocles.

“He cometido el peor pecado que un hombre pude cometer. No he sido feliz”. Jorge Luis Borges.

“He sido un hombre afortunado en la vida; nada me fue fácil”. Sigmund Freud.

“La cólera destruye el sosiego de la vida y la salud del cuerpo; ofusca el juicio y ciega el corazón”. Diderot.

“La desgracia de los hombres proviene siempre de no ser precavidos, pero sí demasiado confiados”. Epicteto.

“Si hay algo en nosotros verdaderamente divino, es la voluntad. Por ella afirmamos la personalidad, templamos el carácter, desafiamos la adversidad, corregimos el cerebro y nos superamos diariamente”. Ramón y Cajal.

DEFINICIÓN DE VOLUNTAD

Todos nos hemos preguntado alguna vez si tal o cual persona “sabe lo que hace” en un momento dado. O, simplemente, si “está loco”. Con ello realmente no nos referimos, por lo general, a su capacidad cognitiva, sino que nos planteamos cuestiones que acompañan a la Psiquiatría desde su origen y que, hoy por hoy, siguen sin estar resueltas. Y muy especialmente, no están resueltas en el ámbito de la Psiquiatría Forense:

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

¿Es cierto que alguien “no sabía lo que hacía”, “no se dio cuenta” o “no pudo resistirse” al impulso, como posiblemente pueda ser aducido en determinadas circunstancias?

¿Por qué si los demás sí pueden, esa persona afirma “no poder”?

¿Hasta qué punto una persona puede realmente decidir con libertad? ¿Cuál es la cantidad de su conducta que le viene impuesta?

La responsabilidad o su ausencia ¿se aprende, se hereda, se decide?

¿Dónde termina y dónde empieza la voluntad?

¿Tiene realmente que ver con la voluntad el hecho de que la consideremos una virtud en el tenaz y un defecto en el terco?

¿Es realmente voluntarioso el tenaz, el terco, el hiperactivo, el amable, el inestable?

¿Hablamos de lo mismo cuando nos referimos a “la última voluntad” que cuando hablamos de “la férrea voluntad” de alguien?

¿Hacer “lo que uno quiere” o “lo que a uno le da la gana” o “su santa voluntad” significa lo mismo?

¿Es el arrepentimiento la misma voluntad en sentido contrario?

Es claro que la expresión puede designar muchas cosas. Pero que así planteada, de forma genérica, no designa nada. Es fácil detectar, en esas y tantas otras cuestiones que nos podemos plantear, la necesidad de precisar las diferencias entre lo que es la “voluntad”, lo que es el “acto voluntario”, lo que es la “voluntariedad”, lo que es aquello que Rousseau llamaría “voluntad particular y voluntad general” y tantas otras variantes tan cercanas al concepto que nos ocupa y tan cargadas de diferencias en su significación: para Mayer-Gross (1958), la voluntad era la capacidad de decidirse a actuar; para Gruhle (1953) era igual al deseo; para Vallejo Nájera (1944) el acto de voluntad consiste en querer algo que es objeto del conocimiento; Mira y López (1935) y Sole Sagarraga-Leonhard (1953) la identifican con el aspecto impulsivo del ciclo psíquico y la energía vital... y así casi indefinidamente. Es un concepto, pues, que no se refiere a otra cosa que a una actividad psíquica poco precisa, resultante de las interacciones entre diferentes elementos psicológicos. Elementos de los cuales, quizás se haya ocupado más la Filosofía que la Psicología. Y a los que deberemos referirnos, aunque sea muy brevemente, para poder comprender su función normal y anormal.

Muestra de la dificultad para definición conceptual de lo que es la voluntad es el hecho de que consideremos voluntariosa a una persona amable y dispuesta a servir, que la “buena” voluntad implique benevolencia, la “mala”, malquerencia. O que llamemos “voluntad de hierro” a la inflexible y “floja” a la maleable. Voluntad puede ser “tendencia”, “inclinación”, “deseo”, “impulso”, “amor”, “cariño”, “afición”, etc.

Puede parecer algo manido, pero consideramos necesario recordar que el término “voluntad” procede del latín voluntas-voluntatis, que significa “querer”. Ya ahí serían posibles múltiples disquisiciones

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

semánticas acerca de la coincidencia, en nuestro idioma, del mismo término “querer” con un significado volitivo e intelectual, pero también con otro emocional. Algo que quizás ya aventuraba Aristóteles en su Ética a Nicómaco (III, I). “El acto voluntario es aquel que procede de un principio intrínseco que conoce el fin”. En el mismo sentido, dice Santo Tomás de Aquino: “Diferenciese el hombre de las otras criaturas irracionales, en que es dueño de sus actos... solo aquellas acciones de las que es dueño el hombre pueden llamarse con propiedad humanas... Son, pues, en realidad humanas las acciones que proceden de la voluntad deliberada, y si otras algunas ejecuta, podrán decirse acciones del hombre, mas no acciones humanas... Acto voluntario es aquel que procede de un principio intrínseco con conocimiento del fin” (S. Th I-II, q 6, a 1).

Sin embargo, la necesidad de un acuerdo conceptual se hace evidente si tenemos en cuenta que, detrás de ese concepto de voluntad, yace la idea de “acto humano” que es prácticamente sinónimo de “acto voluntario”, que a su vez soporta la noción de bien (lo bueno) y mal (lo malo). Y consecuentemente la idea de “responsabilidad”. Y más allá, el concepto de Justicia. Y por encima de todo la noción de “convivencia social humana”. La cuestión es que, en lo que aquí nos concierne (lo referido a la perspectiva psicológica de la voluntad como requisito para la existencia del acto jurídico a través del criterio de “acción voluntaria”), podríamos quedarnos con un sentido del término voluntad que aún añade nueva complejidad al tema y que en el Tratado de Psicología General (Moscú, 1986) vendría definido como el acto volitivo e intencional de orientarse con decisión hacia algo que se considera positivo y valioso. Y decimos que añade complejidad ya que, aparte de la redundancia (la voluntad es un acto volitivo), diferencia la volición de la intencionalidad. Lo cual, nuevamente, daría pie a muchas posibles digresiones. Sin embargo, y volviendo a lo referente a la voluntad, podemos concluir que, si son múltiples y muy variadas las definiciones alternativas que se pueden dar al término (y de ello es buena prueba la falta de consenso entre los diferentes autores). Esto, a su vez, es consecuente a lo polisémico, polifacético y aun polimorfo del término y de su significante.

La voluntad, tal cual la podamos entender, es una adquisición humana de la más alta y reciente jerarquía. Esto se demuestra por:

- Su tardía aparición en el desarrollo ontogenético.
- Su carácter inhibidor: si lo impulsivo y expansivo es primitivo, la inhibición es cultura.
- Su escasez aun en el hombre maduro.
- Su vulnerabilidad a las noxas. Por ejemplo, vemos cómo se atenúa o anula en todos los trastornos mentales o en el abuso de sustancias o bajo el influjo de emociones intensas.

La Filosofía tradicional nos dice que la persona humana es un sujeto subsistente de naturaleza racional (Adame Goddard, J., 1998). Y que aceptar la existencia de esa racionalidad lleva implícito aceptar que el hombre no actúa solamente por instinto, sino que su actuación es fruto de un proceso en el que intervienen, además del citado componente biológico (instinto), un componente cognitivo (inteligencia) y un componente volitivo (voluntad); todos ellos integrados e interactuantes en la unidad del ser humano. Quizás en esa conceptualización podamos echar en falta la referencia a los componentes emocionales (que estarían actuando como mediadores de todo ello) y ambientales (que ponen en valor los criterios éticos que rigen la acción y, por consiguiente, le dan sentido).

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

En la actualidad, el diccionario de la American Psychological Association define la voluntad como la capacidad o facultad por la que un ser humano es capaz de hacer elecciones y de determinar sus conductas frente a las influencias externas a su persona. Una definición en la que se hace una especial referencia a la interacción entre la libertad, las influencias del entorno y la volición. Pero, en este caso, consideramos que no están tan claramente contempladas las influencias vitales previas, los aprendizajes, las experiencias y las predisposiciones biológicas que de alguna forma pueden afectar esas facultades distorsionando la percepción del entorno y de los valores.

El DRAE define el vocablo en términos significantes:

The screenshot shows the homepage of the Real Academia Española (RAE). At the top, there is a search bar with the placeholder "Escriba la palabra que desea consultar:" and a dropdown menu set to "Búsqueda aproximada". To the right of the search bar are buttons for "Consultar" (Search), "Ayuda" (Help), and a link to "Adquiera la 22.ª edición" (Buy the 22nd edition). Below the search bar, there are links for "Consultas y sugerencias acerca del Diccionario", "Acceso desde navegadores y dispositivos móviles", and "Adquiera la 22.ª edición". On the left side, there is a sidebar with sections for "AVISO IMPORTANTE", "ACTUALIZACIÓN DEL DICCIONARIO", "PRESENTACIÓN", "AVANCE DE LA 23.ª EDICIÓN", and "OTROS DICCIONARIOS ACADÉMICOS". The main content area contains the word "voluntad." in blue, followed by its etymology "(Del lat. *voluntas*, -*atis*).". The definition itself is numbered from 1 to 12, providing various meanings related to willpower, desire, and intention. A red banner at the bottom right of the page reads "Artículo enmarcado".

Si reparamos en lo que está implícito en esas entradas con las que la Real Academia Española significa el término podemos distinguir en ellas por lo menos siete ingredientes:

1. La disponibilidad de recursos para conocer.
2. La independencia o libertad suficiente que permita elegir sin influencias externas.
3. Una tendencia o preferencia por algo. La existencia de un anhelo, una inclinación, una aspiración o una meta.
4. Una determinación o decisión consciente y firme por algo concreto, después de haber conocido y evaluado las distintas posibilidades que se presentan.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

5. Una acción o puesta en marcha de toda la personalidad para conquistar aquello que se quiere.
6. Una aceptación consciente de la acción que se desarrolla y de sus consecuencias.
7. La previa asimilación y asunción de los valores, normas y costumbres del entorno.

El primero de tales ingredientes condiciona la posibilidad de ejercer la voluntad a la disponibilidad de los recursos intelectuales suficientes para el conocimiento. El segundo de ellos implica la necesidad de la existencia de libertad. El tercero, la presencia y acción de una o más motivaciones. El cuarto, la capacidad o competencia para la toma de decisiones (o también el control emocional). El quinto, la disponibilidad de capacidad para la acción (y para la inacción). El sexto, la existencia de una capacidad moral: la capacidad para la asunción de responsabilidad. Y el séptimo, la existencia de criterios de valoración de la realidad que han sido asimilados e introyectados por el sujeto y que determinan su forma de conocer y de responder emocionalmente ante la realidad. Podemos entender que tanto el quinto de esos criterios (la capacidad para la acción) como el sexto (la capacidad moral) podrían ser interpretados como resultantes de las interacciones entre los restantes.

Podemos, pues, concluir que Voluntad es una resultante de la confluencia de un conjunto de funciones y circunstancias en las que se aúnan lo pasado, lo presente y lo futuro, lo temido y lo deseado, lo pensado y lo sentido, lo biológico, lo psicológico y lo social de una persona. Y que dirige la actuación de esa persona hacia el logro de un fin percibido por ella como deseable.

FUNDAMENTOS DE LA VOLUNTAD

Vemos, pues, que se puede considerar la voluntad como la resultante de la influencia que tienen sobre la determinación de la acción esos diferentes componentes o funciones psíquicas interactuantes:

1 EL CONOCIMIENTO.

Es decir, la capacidad para averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas (DRAE). Se trata del elemento básico imprescindible para poder hablar de voluntad, ya que no se puede querer algo si antes no se conoce. Y tampoco podemos querer algo si no somos conscientes de que lo conocemos, de su existencia. Pero ni basta cualquier forma de conocimiento para que ya se pueda considerar que un acto es humano, ni tampoco se requiere un conocimiento tan amplio, completo y minucioso que apenas pudiera darse en la práctica. Puede decirse que, en general, para que haya un acto humano es necesario y suficiente con que el sujeto tenga advertencia del acto que va a realizar y de su conveniencia o inconveniencia: solo así el sujeto puede ser dueño de ese acto (Mercaba, 2011).

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

2 LA LIBERTAD.

Es decir, la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos (DRAE). Todo aquello que, con anterioridad a la decisión humana, la mueve a inclinarse en algún sentido (¿Sería el caso de la educación como aprendizaje del sistema de valores?), destruye u obstaculiza de alguna forma el ejercicio de la auténtica libertad. Nos referimos a una necesidad o influencia que sea previa a la decisión y no simultánea o posterior. Así podríamos decir que el acto voluntario, por ser libre, no puede estar predeterminado ni influenciado: cosa que en la realidad es imposible. Y consecuentemente, que la voluntad se determina a sí misma... en la medida en que, en cada sujeto y en cada caso, esas influencias previamente recibidas y asimiladas, lo permitan. Y que con ello, el sujeto se hace dueño y responsable del acto, hasta donde le sea posible elegir de forma realmente independiente. De esta forma, se puede concluir que, en teoría, la libertad es un don de incalculable valor ya que, en la medida en que esté presente, será el núcleo que hará propiamente humana la acción. Y que, para realizar una acción con auténtica libertad (es decir, voluntariamente), es preciso no solo saber y querer, conocer y desear... sino, además, ser consciente de ello y de las limitaciones que en cada momento le imponen sus aprendizajes previos. La libertad proporciona el señorío sobre los propios actos y fundamenta su dominio sobre el mundo, en vistas a la perfección personal. (Orozco Delclós, A, (1977).

La libertad es, pues, la característica esencial de los seres inteligentes. Y, por tanto, de su actividad. Sin ella, el obrar humano se queda a un nivel puramente animal. Pero no es posible hablar de libertad sin hablar de su referente en lo moral. Sin libertad no cabe la vida moral... ni viceversa. Aunque posteriormente reincidiremos sobre este aspecto, entendamos ahora que, para obrar moralmente, no basta con saber distinguir entre bien y mal o entre qué es lo merecedor del premio o del castigo. Para actuar libremente, hace falta tener referentes entre los cuales sea posible optar y criterios que guíen esa opción. Por ello, para que una conducta sea libre (y por consiguiente pueda ser considerada como realmente voluntaria), se hace necesario disponer de la posibilidad de autodeterminarse frente al acto. Solo de esta manera se puede considerar al sujeto responsable; y por tanto, solo de esta manera se puede tener una capacidad para el mérito o la culpa, el premio o el castigo, basada en la decisión a la que le lleva su voluntad, a la hora de realizar la acción.

Pero, por otra parte y desde otro enfoque, no podemos olvidar que la determinación de la bondad o malicia de los actos humanos se realiza en función de los elementos que los integran: el objeto, el fin y las circunstancias (Vilar, J. 2009). Estos elementos no intervienen todos de la misma manera, cuando determinan la moralidad de los actos humanos buenos y la de los actos malos. Para que un acto pueda ser considerado bueno, deben serlo a la vez, necesariamente, además de las otras circunstancias a las que nos venimos refiriendo, su objeto, su fin y sus circunstancias; pero para que sea malo, basta con que uno de ellos contrarie la norma moral. El objeto de la conducta será así la primera y fundamental fuente de la moralidad: si el objeto es malo, el acto será siempre malo, aunque las circunstancias y el fin sean buenos; no se puede hacer el mal para que sobrevenga el bien (Rom 3,8); o lo que es lo mismo, el fin no justifica los medios. En cambio, si el objeto es bueno, el análisis para una calificación completa y verdadera del acto deberá proseguir por el fin y por las circunstancias. La libertad se convierte en la posibilidad de elegir. Y con ello de ejercitarse la voluntad. De cuantas más opciones de elección dispongamos, podremos decir que más libres seremos. En el ser y el mantenimiento de nuestra condición animal, lo más fácil y cómodo es dejar que nuestra

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

conducta se oriente según los impulsos que determinan tanto nuestros instintos, como su forma más elaborada: nuestros deseos. Los únicos motivos externos que justificarían no poder satisfacer esos deseos serían o bien la imposibilidad física o bien la inhibición que de forma natural pudiera imponer el miedo. Nuestros instintos nos orientan a la acción. Y además, de forma inmediata. Pero, como veremos a continuación, es el medio quien nos facilita o nos dificulta su concreción. Y lo hace en mayor o menor grado según el grado de asimilación que hayamos hecho de sus reglas, valores, juicios y prejuicios. De esta forma, podemos socialmente considerarnos libres... pero seguir siendo esclavos de todos o algunos de nuestros tabúes, miedos, instintos o pasiones. Tener la capacidad de contrariar lo instintivo para poder encaminar nuestras acciones en una dirección distinta de lo que ellos nos indican, es ampliar el espectro de lo elegible. Es ampliar nuestro margen diferencial de libertad sobre el de los animales. Esa es precisamente la condición esencialmente humana; y esa es función de la voluntad. Ser libre no puede ser "ser libre para hacer lo que a cada uno se le antoje" o "lo que le dé la gana", sino disponer de la posibilidad real de enfrentarse y de contrariar esos antojos o esas ganas. La voluntad se convierte entonces en la esencia de la libertad del hombre. En ella se encierra todo lo que se entiende por "madurez", "autocontrol", "dominio de uno mismo", "superación de sí mismo", "libre albedrío", etc., en lo que basamos nuestra diferenciación del resto de los animales a los que consideramos "inferiores". Y que siempre nos parece excesivamente escasa para lo que sería nuestro deseo.

3 LA MOTIVACIÓN:

Es decir, dar causa o motivo para algo. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo. Disponer del ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo (DRAE). Si bien Leibniz (1684, Ed. 2002) definía la libertad como la espontaneidad de un ser inteligente (spontaneitas intelligentis), también es cierto que, según él, nunca obraría la voluntad sin un motivo. Y que el motivo más fuerte sería el que prevaleciera, ya que el hombre, sería de esperar que por su inteligencia, eligiera siempre "lo mejor". Aunque pudiera parecer lo contrario, con ello no se cae en ningún determinismo psicológico, ya que se parte de la base de que ese acto de la voluntad es espontáneo y no obligado desde fuera. Pero, nuevamente, comprobamos que ese concepto no hace referencia a las posibles influencias "internas". Nos referimos a la innegable, ineludible y necesaria influencia del proceso educativo sobre la libertad y el conocimiento. Y por ende, sobre la voluntad. La educación ¿amplía o limita nuestra libertad? Actualmente, hacer referencia al desarrollo o a la educación de la voluntad, aparte de parecer algo anticuado, suele conducir a alguno de los dos extremos posibles: bien a apoyar la idea de que el grado de influencia de esa educación depende exclusivamente de la motivación del sujeto (el sujeto asimilaría de la oferta educativa aquello que le interesaría y por consiguiente empezaría a tener que asumir las consecuencias de una mayor o menor asimilación de esos principios sociales), o bien a creer que se relaciona sola y únicamente con la formación del carácter y del control de los instintos que previamente le ha sido transmitida a esa persona desde el exterior (y que traslada la responsabilidad de las acciones del sujeto al entorno, que haya sido capaz o no de inculcarle tales valores y actitudes. Y cuáles).

Quedarse en el simple hecho determinante de la motivación sería eliminar del hombre una de las capacidades más propias de su esencia: la libre determinación. La motivación únicamente activa y facilita la actuación del sujeto. Y con ello, la intervención de la voluntad, pero ni la anula ni la condiciona de forma determinante. Decir que la voluntad radica únicamente en el control los instintos

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

sería concebir al hombre como un animal más o menos adiestrado: guiado solo por instintos, pero con cierta capacidad para su contención o matización. Por el contrario, en el hombre, esos instintos son iluminados tanto por la luz de la conciencia como por la de la voluntad, de forma que puede incluso negarse a seguirlos. Se pueden plantear entonces dos preguntas: ¿cuándo y de qué forma se educa la voluntad? Y ¿quién es responsable de esa educación? A la primera pregunta, podría responderse con un “siempre y en cualquier circunstancia”: es una tarea sobre la que nunca puede dejar de ejercerse la práctica si se quiere mantener la condición humana. Pero con respecto a la última pregunta, la cuestión puede resultar más difícil. Aparentemente sería fácil responder que la responsabilidad del inicio de la educación recae sobre la familia y sobre el sistema educativo establecido socialmente (que son estructuras cada vez más laxas, mal delimitadas y con un grado de autoridad menos definido). Pero podríamos añadir que también depende del resto entorno social en su conjunto, de los mensajes que flotan en el ambiente a través del grupo de iguales, de la TV o de los ejemplos de la calle, que también tienen su papel y que en absoluto están controladas para que ejerzan una influencia educativa positiva. Y así surgirá otro interrogante respecto a los límites y responsabilidades de cada uno de los agentes. Y también de los del propio interesado, cuando tiene opción de decidir y elegir. Tradicionalmente se ha pensado que la voluntad se educa fundamentalmente en la familia porque constituye el medio natural en donde crecen las personas; es el ámbito donde el hombre nace, crece y se desarrolla, donde se descubre como persona y donde aprende a ser persona (Oliveros, F., 1983). Pero esto no implica que, al salir del ámbito familiar, o incluso en su seno, la naturaleza de la voluntad esté completamente hecha, preprogramada, cerrada, acabada o completada en su maduración. Ciertamente, lo vivido y aprendido constituirá una influencia importante durante el resto de la vida del individuo, en cuanto a la forma de interpretar, valorar y respetar las cosas, las personas, los valores y los derechos de los demás. Pero siempre quedará un amplio margen en el que podrá obrar libremente para elegir, de todo aquello que la vida le ofrezca, lo que le permita perfeccionarla. Especialmente, a partir del momento en que el control familiar se vaya debilitando.

Permitaseme una pequeña parábola, perteneciente al acervo popular y seguramente ya conocida por el lector, que ilustra lo que pretendemos exponer:

Cuentan que un caballero que se dirigía a Santiago se detuvo a descansar en Miranda de Ebro. Mientras reposaba, miraba a tres canteros que realizaban exactamente el mismo trabajo, pero con actitudes radicalmente distintas. Intrigado, le preguntó al primero: Perdone, ¿qué es lo que está usted haciendo?

El hombre le contestó de mala manera: ¿No lo ve? Estoy picando piedras.

Entonces, el caballero se acercó al segundo, que trabajaba muy concentrado en su labor y le hizo la misma pregunta. El cantero se volvió hacia él y con mucha parsimonia le empezó a relatar: Está clarísimo. Pulo las piedras con el cincel y el buril para que luego puedan ser trabajadas o encajadas más fácilmente.

Por último, el caballero se dirigió hacia el tercer hombre que silbaba y cantaba mientras picaba las piedras. Al oír la pregunta, el cantero miró al forastero con una amplia sonrisa y le respondió entusiasmado: ¡Estoy construyendo la catedral de Burgos!

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Igual entorno social, probablemente idéntico ámbito cultural actual y de origen, misma tarea... pero diferente actitud, distinta percepción del uso de la libertad y del mismo acto, distinta motivación... la misma acción objetiva obedecía en los tres canteros a muy distinta motivación, procedía de un acto volitivo diferente y adquiría un valor y un significado radicalmente distintos. Así pues, la motivación no determina, pero sí puede condicionar a la voluntad. La conducta animal es puramente instintiva. La voluntad controla, guía y orienta los instintos: los humaniza. Pero su función va más allá pues la motivación, al ser un estímulo para actuar, también facilita y orienta el papel de la voluntad.

4 EL CONTROL EMOCIONAL:

Se trata del control (Dominio, mando, preponderancia, DRAE) de aquello que viene determinado por la emoción (Alteración del ánimo intensa y pasajera, agradable o penosa, que va acompañada de cierta conmoción somática, DRAE). Al hablar de emoción, nos referimos al impulso vital que nos orienta hacia las cosas, que es de raíz instintiva (y por lo tanto es algo primitivo y no necesariamente racional) y al que denominamos deseo. O en lenguaje coloquial, tener ganas de. Cuando ese "deseo" se actualiza y se presenta como una necesidad en el individuo de que se trate, toda su estructura psicofísica se activa y se pone a su servicio, tratando de buscar su satisfacción más inmediata posible, mediante las conductas más adecuadas y eficaces para su logro. Este deseo, que hunde sus raíces en lo puramente instintivo-genético, cuando busca su satisfacción en el entorno con coherencia y sin violencia interior, es un rasgo esencial de la vida y está presente en todos los seres, desde la forma más simple de la vida unicelular que busca su nutriente en el medio, hasta las formas más sofisticadas, como el ser humano que goza escuchando a Mozart. No resulta aquí posible ni imprescindible profundizar, pero sí conveniente recordar, lo que Maslow aportaba con su pirámide de las necesidades (Maslow, A.H., 1943).

Instintos, motivaciones, pulsiones... todo ello termina haciéndose presente en el ser humano en forma de una conmoción anímica, con repercusiones psicofisiológicas que activan la acción, en muchas ocasiones de forma no consciente. Y que, al no ser elegidas ni evidentes en el momento en que actúan, difícilmente pueden ser controladas y moduladas conscientemente por la voluntad, si esta no ha sido debidamente adiestrada. Sin esa intervención volitiva, tanto la intensidad como la forma de manifestar la interpretación y valoración de la realidad que se realiza en ese momento, vienen regidas desde el mundo de lo instintivo y de lo irresponsable. El que se ejerza esa capacidad para dominar el impulso físico (que surge del emocional) hasta hacerlo socialmente aceptable, dependerá nuevamente de la relación de fuerzas entre la intensidad del estímulo y la potencia de la capacidad para postergarlo o modificarlo. Ambas fuerzas igualmente consecuentes a la forma en que el aprendizaje haya modulado aquello que de forma biológica e instintiva traiga ese sujeto en su carga genética.

Se plantea entonces la importancia de la capacidad para la postergación o modulación de los impulsos, que está detrás del cumplimiento de normas, leyes y costumbres. Y que se erige en la piedra angular de la convivencia. Este es un tema que ha sido objeto de múltiples estudios y desarrollos, de los que en esta ocasión he creído conveniente traer a colación únicamente un estudio clásico.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Hace más de 40 años, Mischel, W. (1986), psicólogo de la Universidad de Columbia, exploró el autocontrol de los niños con una prueba simple pero efectiva. Sus experimentos con la prueba del marshmallow, como se le llamó posteriormente, abrieron camino a los estudios modernos del autocontrol.

Mischel y sus colegas ofrecieron a niños en edad pre-escolar un plato con golosinas, tales como "marshmallows" (dulces esponjosos hechos de la raíz del malvavisco). Inmediatamente después se les explicó a los niños que el investigador tenía que salir de la sala unos cuantos minutos. No sin antes darles un par de opciones muy simples: si el niño esperaba hasta que el investigador regresara, entonces podría tomar dos marshmallows. Pero si sencillamente no podía esperar, solamente tendría derecho al dulce que tenía delante y nada más. Tanto en niños como en adultos la fuerza de voluntad se puede concebir como una capacidad básica para postergar la satisfacción inmediata de un deseo o una motivación, en pro de un beneficio mayor. Los niños con autocontrol adecuado sacrificaron el placer inmediato de un sabroso marshmallow para luego poder disfrutar de dos de esos dulces. En el mundo adulto, esto equivaldría a que los fumadores renunciaran a disfrutar de un cigarrillo con el propósito de gozar de mejor salud y de evitar un mayor riesgo de cáncer del pulmón en el futuro. O que quienes van de compras evitan sobrepasarse en las tiendas para poder ahorrar y gozar más adelante de una jubilación más cómoda. Y así sucesivamente.

Los experimentos con marshmallows llevaron a Mischel y a sus colegas a desarrollar un marco de referencia para explicar la capacidad de los seres humanos para postergar la satisfacción. Mischel planteó lo que denominó un sistema frío-caliente para explicar por qué la fuerza de voluntad triunfa o fracasa. El sistema "frío" es de naturaleza esencialmente cognitiva. Es, en esencia, un sistema de principio pensante que incorpora el conocimiento de sensaciones, sentimientos, acciones y metas (nos recuerda, por ejemplo, por qué no debemos comer el marshmallow). Pero mientras que el sistema "frío" es reflexivo, el sistema "caliente" es impulsivo y emocional. Es el responsable de las respuestas rápidas y automáticas ante ciertos detonantes, tales como el poner el marshmallow en la boca sin tener en cuenta las posibles implicaciones a largo plazo. Si este sistema fuera un dibujo animado el sistema "frío" sería el ángel que está sobre nuestro hombro derecho y el sistema "caliente" sería el diablo que se apoya sobre nuestro hombro izquierdo.

Lo importante es que esta forma de desenvolvernos entre los dos sistemas se mantiene en nuestro comportamiento de por vida, tal y como posteriormente el propio Mischel demostró cuando, en 1989, volvió a estudiar a los mismos participantes de sus experimentos pero ya en su adolescencia. Los adolescentes que habían sido capaces de esperar más tiempo para obtener los marshmallows cuando estaban en la edad pre-escolar, también tenían una mayor tendencia a obtener mejores resultados en los exámenes. Y sus padres tenían mayor tendencia a calificarlos como poseedores de una mayor capacidad para planificar, manejar el estrés, responder racionalmente a argumentos, mostrar autocontrol en situaciones frustrantes y concentrarse sin que las distracciones les afectaran.

Pero el estudio del marshmallow no finalizó ahí. En 2011, B.J. Casey et al, hicieron un seguimiento a 59 individuos de los que inicialmente habían participado en las pruebas del marshmallow como niños y cuyas edades ahora estaban entorno a los 40 años. Los investigadores midieron la intensidad de la fuerza de voluntad en la actualidad, con una reconocida prueba de autocontrol en adultos. Sorprendentemente, las diferencias en la fuerza de voluntad de los participantes se mantuvieron,

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

generalmente, constantes a lo largo de cerca de cuatro décadas. En casi su totalidad, los niños que tuvieron menos éxito a la hora de resistir el marshmallow en la prueba realizada tantos años atrás, también tuvieron ahora menos éxito en las pruebas de autocontrol como adultos. Por consiguiente, la sensibilidad de un individuo a los llamados estímulos "calientes" parece persistir durante la vida de la persona. Lo cual parece evidenciar la relación entre impulsividad, capacidad de control, fuerza de voluntad y predisponentes genéticos.

5 LAS TENDENCIAS EXTERNAS PERO INTROYECTADAS:

En la línea de lo que venimos apuntando, esas tendencias, marcadas por la educación y la cultura, marcan en alto grado la "normalización" y la cargan de significados que se le asignan a las acciones. Un buen ejemplo lo tenemos en el cambio de actitud y valoración que ha sufrido en los últimos 50 años el planteamiento de la homosexualidad. Tanto la inteligencia como la voluntad son potencias del hombre; las dos pueden (deben) ir siendo perfeccionadas a lo largo de la vida. Inicialmente, en el proceso educativo, el alumno inicia la adquisición de ese perfeccionamiento bajo la guía (que por ese motivo debería ser más basada en la convicción que en la imposición) de los padres y maestros. En este punto se debería enfocar la educación de la voluntad, de la misma forma que la educación tradicional ya se ha encargado de desarrollar la inteligencia (es decir, de la adquisición adecuada de conocimientos y habilidades intelectuales), pero no tanto el dominio de sí mismo. Porque, dado que el hombre no es solo cabeza, se hace necesario educar otras capacidades personales, tales como su libertad de decisión, sus posibilidades de relación social, su afectividad... y, cómo no, su voluntad. El problema se plantea posteriormente: ¿cómo incentivar, guiar y facilitar la adquisición de esa "educación" una vez terminado el período escolar, respetando la libertad del sujeto? ¿Quizás potenciando el visionado de "Salsa rosa", "Sálvame de Luxe", "Gran Hermano", etc.?

DELIMITACIÓN: VOLUNTAD-VOLUNTARIEDAD

La acción voluntaria puede ser definida como la acción que procede de un principio intrínseco y está acompañada por el conocimiento formal del fin, como hemos apuntado anteriormente. Pero analicemos ahora, brevemente, los diversos elementos de esta definición:

- 1) La acción voluntaria procede de un principio intrínseco, de una facultad operativa del sujeto que obra: la voluntad. Los actos voluntarios nacen del interior del hombre, Y esto los distingue de las acciones coercitivas o violentas, impuestas por una causa externa contra o al margen de la voluntad o el deseo del sujeto.
- 2) El conocimiento formal del fin implica que el sujeto conoce aquello en vista de lo cual realiza la acción, y lo conoce expresamente como objeto de su obrar, valorando su conveniencia. De tal manera que el conocimiento ponderado del objeto es el origen y la causa del obrar. Por eso la acción voluntaria se distingue también de los gestos y de los procesos simplemente espontáneos, que proceden o se verifican en el hombre, pero no proceden de un juicio libre (por ejemplo, los reflejos). Sin el conocimiento formal del fin, o en la medida en que no se conozca, no puede existir acto voluntario. Si, por ejemplo, una persona sin saberlo, deja entre sus papeles viejos un billete de 500 €, cuando tire esos papeles a la papelera, realizará la acción voluntaria de "romper y tirar papeles viejos

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

a la basura" (que eso es lo que sabe que hace), pero no realiza voluntariamente la acción de "romper y tirar a la basura un billete de 500 €", aunque sea cierto que lo haya hecho sin sufrir violencia. Si falta el conocimiento formal de lo que se hace no puede, pues, existir acto voluntario.

3) Por último, el término fin expresa el objeto propio de los actos de la voluntad. Ahora hablamos del fin en su acepción más amplia y genérica, según la cual "fin" significa el objeto o término del acto voluntario: una vez alcanzado, la voluntad ha realizado su acto y este termina. La voluntad está naturalmente inclinada (voluntas ut natura) hacia el bien captado por la inteligencia. Por eso, el fin del acto voluntario es siempre un bien auténtico o al menos un bien aparente (algo que se considera como un bien) que puede ser alcanzado, usado o realizado por una acción voluntaria (bien práctico).

Las definiciones apuntadas de lo que es el acto voluntario muestran que el elemento constitutivo esencial del acto moral es la tendencia consciente y deliberada del querer personal hacia su "fin", tendencia que llamamos voluntariedad. La voluntariedad es, por tanto, el "tender hacia", el "mirar a" implícito en todo acto voluntario. La voluntariedad es la intencionalidad constitutiva del acto voluntario.

Toda la teoría de la acción moral presupone una comprensión adecuada de la voluntariedad. No solo porque sin esta no hay acción voluntaria, sino también porque la modalidad concreta que la voluntariedad asume en cada acto es lo que lo constituye en un tipo específico de acción (donación, robo, préstamo, etc.). En términos generales, cualquier acción se especifica por su objeto, es decir, por el principio específico de actuación de la facultad operativa humana de que se trata: el oído se activa con el sonido y el olfato con el olor; frente al olor y al sonido, el olfato y el oído no pueden realizar otro acto que oler y oír. La persona, sin embargo, puede confrontarse de muy diversas maneras ante la misma realidad (aprobarla o rechazarla, amarla u odiarla, temerla, ignorarla, comprarla, robarla o pedirla...), razón por la cual esta realidad en cuanto objeto o fin de la voluntad, no es independiente del modo en que la persona la considera. Es decir, no se puede definir independientemente de la voluntariedad. Por eso, como hemos dicho y repetimos pues es importante, el "fin" o bien objetivo de la voluntad no es propiamente una cosa, un objeto, sino una acción; la acción que usa o trata de obtener de algún modo esa cosa: el objeto es un bien práctico (un fin de la voluntad) en cuanto objeto de una compra o de un robo, como alarde de riqueza o de buen gusto, como objeto de regalo para manifestar amistad o para sobornar a una persona, etc. El bien o el fin de la voluntad sería, en estos diferentes actos, comprar el objeto, robar el objeto, ostentar riqueza o buen gusto mediante ese objeto, etc. Así y como decíamos anteriormente, el fin del acto moral es el objetivo al que el sujeto ordena sus actos. Es decir, aquello que se propone conseguir. Este fin, junto con el objeto, determina la sustancia del acto moral. El fin es la intención subjetiva que pretende el agente con su acción volitiva.

La diferencia entre voluntariedad y voluntad estriba, pues, en que la primera se manifiesta con ausencia de deseo de causar perjuicio, "conocer, querer y hacer" como en el caso del acto doloso, pero no se elimina la conciencia ni el eventual conocimiento, causando una consecuencia en el planteamiento jurídico. Mientras que en la voluntad sí hay deseo de ocasionar algún perjuicio o mal.

Y si esto se cumple en el ámbito que nos ocupa, no podemos olvidar que en otros aspectos el lenguaje es utilizado en sentidos diferentes. Cuando hablamos de "voluntad", podemos estar

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

queriendo significar cosas bien distintas. La “última voluntad” de alguien próximo a la muerte, utiliza el término en un sentido muy diferente de quien dice de otro que con su esfuerzo demuestra tener “una voluntad de hierro” o que ha conseguido aprobar una oposición, después de años de estudio porque “tiene mucha voluntad”... y así casi indefinidamente. Veamos un ejemplo: según como lo enfoquemos, el hecho de comprar un yate a plazos puede demostrar simplemente la voluntad (decisión) de tener un yate. Pero también la voluntad (deseo) de poder disfrutar de aquellas otras cosas que espera que el yate le proporcione. También podría hablarse de la voluntad (constancia) de terminar de pagar todas las letras. Y también de la voluntad (disposición) necesaria para sacrificarse para poder pagarlas. Sin embargo, podría también resultar ser el final de un largo proceso durante el cual la persona ha hecho uso de su voluntad para conseguir los recursos necesarios para poder cumplir ese sueño. Se trata, pues, de un término que, por su polisemia plantea dificultades muy particulares a la hora de su utilización en entornos periciales. La accesibilidad de aquello que nuestra voluntad nos marca y el factor temporal (puntual o procesual), implican también significados bastante diferentes tanto para el término “voluntad”, como para el de “voluntariedad”, que obviaremos por no extendernos en mayor exceso. Pero resumamos diciendo que si la voluntariedad se refiere al acto, cabría afirmar que la voluntad se refiere a la persona. Y que bien pudiera ser que estuviéramos llamando voluntad a la permanencia temporal de la voluntariedad.

PSICOPATOLOGÍA DE LA VOLUNTAD

El concepto de voluntad o volición resulta, para el individuo, fundamental para comprender su sentido de sí mismo, su percepción de identidad... Y con ella, su sentido de responsabilidad sobre los actos que realiza.

Con respecto a lo que nos ocupa, podemos llamar trastorno mental a cualquier perturbación o anomalía en el funcionamiento psíquico, que altera intensamente (de manera permanente o transitoria) el área del intelecto, la afectividad o la voluntad como parte de la personalidad del sujeto, impidiéndole gozar del pleno uso de sus facultades durante su actuación, tener pleno conocimiento de la situación (basándose en la capacidad para distinguir lo normal de lo anormal, lo lícito de lo ilícito), así como entender las consecuencias de sus actos. Precisamente esa capacidad o incapacidad es lo que debe demostrarse mediante el dictamen pericial para que sea justificante de una mayor o menor inimputabilidad penal.

El concepto de enajenación mental se basa en un planteamiento de tipo general en el que se incluyen todas las anomalías psíquicas, sin especificarlas. Se entiende por enajenación aquella condición en que se encuentra una persona que sufre una enfermedad mental grave, con perturbaciones de conciencia, inteligencia y/o voluntad. Son todas aquellas psicosis (paranoia, esquizofrenia, histeria, por ejemplo) durante las cuales también pueden presentarse episodios transitorios en que desaparezcan sin dejar rastro alguno perceptible. De todos es sabido que la diferencia básica entre la llamada enajenación mental y el trastorno mental transitorio estriba precisamente en la duración del trastorno, dado que en el primer caso es crónica o de amplia presencia en el tiempo, mientras que en el segundo caso, este es más bien breve o está delimitada dentro de unos parámetros temporales definidos (por ejemplo, durante un estado de intoxicación).

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Cuando nos referimos a la psicopatología de la voluntad, a diferencia de la patología de otras funciones humanas, podremos hacer referencia a criterios cualitativos (morales) y cuantitativos (poca o mucha, suficiente o insuficiente). Pero no a una auténtica “enfermedad” en cuanto a una distorsión de la función. Podrá darse mayor o menor presencia de esa voluntad para enfrentarse a aquello a lo que sus emociones o sus instintos le impulsen con mayor o menor intensidad. Y aquello a lo que le impulsan podrá ser más o menos deseable personal o socialmente, acertado o equivocado. Pero lo que no cabe es lo opuesto a la voluntad: lo contrario, la antivoluntad no existe. Por ello, cuando hablamos de alteraciones o patología de la voluntad, nos referimos o bien al grado de su fuerza (que en realidad, muchas veces es relativo y condicionado a que el impulso al que debe oponerse sea de excesiva intensidad), o bien a aquellas conductas en las que, selectiva e inadecuadamente, se ejerce o deja de ejercerse.

Otro aspecto a contemplar es el referido al hecho de que la voluntad no puede contemplarse como un constructo unitario y global, que actúa por igual, de forma continua y sistemática, en todos los momentos y actos de una misma persona. Es posible que una persona pueda ser voluntaria, constante y firme en determinados aspectos de su vida (en su actividad laboral, por ejemplo) y sin embargo en otros aspectos ser voluble y fácilmente influenciable (en su vida personal y emocional, por seguir con el ejemplo). Alguien que fuera capaz de realizar enormes sacrificios para contenerse en la comida, pero no fuera capaz de dejar de fumar aunque lo quisiera, sería otro ejemplo. De hecho, en los ámbitos judiciales, se plantea con frecuencia la necesidad de discernir ante un acto doloso cometido, si se debe valorar en el actor la voluntad (y su grado) de realizar aquello de lo que se le acusa, o si lo que se debe valorar es la insuficiencia de su voluntad para impedir la ejecución de tal acción. Ni siquiera se puede afirmar que a lo largo de una misma y única acción, la volición sea constante.

Aunque para la Justicia no sea excesivo el interés por saber si el sujeto padece en un momento dado un cuadro de tipo maníaco-depresivo, epiléptico o esquizofrénico, sino estar cierta de que el transgresor en el momento de actuar obró bajo la influencia de una anomalía psíquica (es decir, sin lucidez en la conciencia o sin rectitud en el discernimiento o por un ímpetu involuntario o superior a su voluntad, que es lo que va a determinar la apreciación del grado de su imputabilidad), para el médico que debe informar si resulta imprescindible el etiquetado, toda vez que con él se pueden aventurar y justificar respuestas a tales cuestiones. Por ello, debemos incidir en las características referidas a lo volitivo, de los cuadros nosológicos. Así, y en relación al tema, decíamos que el conocimiento intelectual y la voluntariedad resultan decisivos para la libertad; y que todo aquello que de una u otra manera reduzca el conocimiento o la voluntariedad de la operación humana disminuye o anula su libertad. Y viceversa, que aquello que reduzca la libertad o el conocimiento de la persona, reduce su capacidad volitiva.

En ese sentido, aparecen entonces los llamados “impedimentos del acto moral”: que, si bien están más cercanos a la visión ética, moral y filosófica, también es cierto que su simple enumeración nos puede ser de utilidad para comprender la repercusión posible de los agentes externos interviniéntes, en la comprensión del significado de las alteraciones de la voluntad propiamente dichas. Estos “impedimentos” de la voluntad, a los que hemos tenido acceso como reconocidos desde el punto de vista de la Ética, son fundamentalmente cinco:

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

1 La ignorancia: Es la carencia del conocimiento requerido para el acto moral. Destruye o debilita la libertad del acto externo al impedir el conocimiento necesario para que se pueda dar la voluntariedad del acto. La ignorancia es la carencia de ciencia en quien debería tenerla (que difiere de la “nescencia” o simple falta de un conocimiento, en quien no tiene deber de poseerlo). En tal ignorancia se puede distinguir:

- a) Iuris: Es el desconocimiento de la ley, divina o humana, civil o religiosa.
- b) Facti: Es el desconocimiento de algunos aspectos de la acción que la hacen buena o mala. (Mercaba, 2007).
- c) Inculpable: Se da cuando se han puesto los medios debidos y pese a ello, no se ha llegado al conocimiento de la verdad. También es llamada invencible, en cuanto que quien la padece no puede dominarla y librarse de ella, pese a los debidos esfuerzos puestos para alcanzar la verdad.
- d) Culpable o vencible: supone que se pudo y se debió superar. Por tanto procede de negligencia o culpa del sujeto. Caben varios grados:
 - 1) Simplemente vencible: cuando se pusieron medios incompletos o insuficientes.
 - 2) Crasa o supina: cuando la ignorancia se debe a negligencia grave.
 - 3) Afectada: es la del que evita informarse para poder actuar según su apetencia.

2 Las pasiones desordenadas: constituyen un obstáculo, en cuanto a que disminuyen la función rectora de la razón. Con sus emociones, sentimientos y estados de ánimo, se reduce la capacidad para la actividad voluntaria, al ser la capacidad de contención voluntaria desbordada por la intensidad del impulso.

3 El miedo: es una perturbación del ánimo ante un peligro real o imaginario. El miedo es un temor que llega a turbar la inteligencia y que, aunque de ordinario no suprime totalmente la voluntariedad, sí la limita y condiciona de modo notable.

4 Violencia: es la acción exterior que fuerza a la persona para que actúe contra su voluntad. Para que haya violencia completa o coacción, se requiere:

- a) que sea ejercida por otro (pues nadie puede causarse violencia a sí mismo);
- b) que se oponga al querer del sujeto: si este cede o colabora, ya no se puede hablar realmente de violencia al menos perfecta.

5 Enfermedades mentales: la unidad sustancial entre “el alma” y el cuerpo comporta que haya estrechas interrelaciones entre las tradicionalmente llamadas “potencias espirituales del alma” y

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

los dinamismos psicosomáticos. Al punto de que determinadas disfunciones somáticas o psíquicas pueden impedir total o parcialmente el uso de la razón o debilitar el autodominio de la voluntad. Son las enfermedades de la mente, que disminuyen la libertad (y con ello la posibilidad de voluntariedad) del acto, por la reducción de la necesaria iluminación de la inteligencia que permita que la persona pueda tomar una decisión responsable. O se da una situación tal de agotamiento psíquico que la persona, aun percibiendo lo que debería hacer, se encuentra falta de las mínimas energías para poder realizar el esfuerzo correspondiente.

Tradicionalmente, se han planteado clasificaciones de las alteraciones de la voluntad basadas principalmente en su susceptibilidad para ser aisladas y caracterizadas. Y decimos que tradicionalmente, porque en los últimos tiempos ha decaído notablemente el interés por su estudio científico desde el campo de la Psicopatología, para centrarse más principalmente en el de sus elementos constitutivos y condicionantes o en el de su situación en cada una de las entidades nosológicas: la voluntad ya no desempeña un papel en la Psiquiatría y la Psicología. (Berrios, G. 2008). En este último caso, el interés de los científicos se centraría con mayor énfasis en determinar las circunstancias concretas en que el paciente ejercería o no y de forma adecuada o no y por qué, su actividad volitiva. Por el contrario, el enfoque tradicional se centraba más en los aspectos cuantitativos, de forma genérica.

Dentro del amplio campo de las enfermedades mentales, cabría decir que todas ellas afectan de alguna forma la voluntad. En unos casos por distorsión del objeto, otras por confusión de los fines, en otros casos por dificultades para la correcta comprensión y valoración de la realidad, o por el déficit o exceso de activación o energía psíquica movilizada ante determinado estímulo. En todas cabe plantearse la afectación que suponen para la libertad de la voluntad. Sabemos que no toda anomalía psíquica, por el simple hecho de existir, implica directamente la inimputabilidad, puesto que sería necesario que el sujeto padeciera, en el momento de ejecutar el hecho, un trastorno tal de sus capacidades intelectivas y volitivas que le hubiera perturbado de forma tan profunda, que hayan sido totalmente anuladas su comprensión y/o su voluntad. Las personas que, como consecuencia de su patología mental, no tienen conciencia o voluntad, no son capaces de obedecer la ley y las normas al no sentirse amenazados por esas normas (prevención general) y comportarse en consecuencia. Por esto no son destinatarios sino objeto de la norma penal, que busca proteger a la sociedad mediante su control.

Existe una anormalidad en cuanto a la anormal elevación de las circunstancias que mediatisan la voluntad, de forma primaria, que es lo que ocurre en los estados maníacos. Se da ahí una excesiva intensidad de los deseos y una excesiva precipitación y facilidad (por ejemplo, con respuestas simples e inmediatas a preguntas complejas) para tomar decisiones que, a su vez, ocasionan actuaciones que si bien son conscientes y voluntarias, son asimismo escasamente evaluadas. Y por ello muy cargadas de impulsividad. Y que probablemente, además serán sustituidas por otras en muy poco tiempo. Con la percepción subjetiva de una energía y capacidad psicológica mayor de lo normal, estos individuos pueden iniciar nuevas líneas de acción con una rapidez asombrosa. Sin embargo, un examen más detenido de estas acciones en los casos más extremos, revela que comparten mucho en común con la disminución de la voluntad. De forma que los deseos intensos y decisiones rápidas, a menudo reflejan una impulsividad, que se puede considerar un escape o una evitación de la verdadera y reflexiva toma de decisiones y su ejecución. Y que se caracteriza por unos deseos

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

excesivamente intensos y una capacidad demasiado reducida para dar lugar a soportar o contener los deseos o a permitir una toma de decisiones reflexiva.

Por el contrario, con el término abulia nos referimos al deterioro, pérdida o falta de capacidad para realizar un acto voluntario, bien sea por falta de energía psíquica para tomar una determinación, o bien sea por la impotencia subjetiva para ejecutar totalmente una decisión tomada. Existe una disminución de la transmisión desde el deseo o la motivación a la ejecución.

El déficit de capacidad para el ejercicio de la voluntad puede darse de forma transitoria y fugaz (como puede ocurrir en el caso de una situación postraumática). O darse de forma más mantenida, como en el caso de la depresión grave, la intoxicación crónica, etc.

Siguiendo a Kaplan y Sadock (2005), podemos comprobar cómo los déficits de la voluntad que se dan, como decíamos anteriormente, en la mayor parte de los trastornos psiquiátricos, se pueden ver también en las situaciones de enfermedad exhaustiva o terminal, cuando los pacientes han abandonado su deseo de vivir y, simplemente, esperan la muerte. Esta actitud les hace especialmente vulnerables a las influencias externas en esos momentos, especialmente en lo referido a la toma de decisiones. O, lo que es lo mismo, el ejercicio de su voluntad.

Igualmente podemos encontrar ese déficit, unido o no a otras alteraciones de la percepción, del sentimiento o del pensamiento, en fases crónicas de cuadros psicóticos. El sujeto pierde la dirección y la motivación de aquello que debe guiar su actuación. No tiene metas ni objetivos concretos. Su voluntad se ejerce de una forma desordenada y sin una dirección determinada.

Cuando la dificultad no impide totalmente la acción de la voluntad, pero sí debilita su energía o motivación requiriendo un excesivo esfuerzo no siempre percibido como posible de realizar, hablamos de hipobulia. Son situaciones en las cuales la tendencia al comportamiento basado en automatismos se sobrepone al basado en la libre y voluntaria determinación, la tendencia a satisfacer las más elementales necesidades y tendencias vitales, en general, sustituye a la tendencia a satisfacer aspiraciones e ideales o, simplemente, a realizar esfuerzos de la voluntad.

En la esquizofrenia, una disminución del sentido de la realidad se puede ver en los fenómenos de pasividad, ya descritos anteriormente, así como en otros síntomas negativos (o déficits) que pueden afectar a pensamientos, sentimientos, y comportamientos. Estos incluyen la falta de unidad del yo, la inconstancia en las tareas o un aplanamiento interno generalizado.

Los pacientes afectos de depresión también describen alteraciones hipovolitivas con apatía general y anhedonia.

Los pacientes que de forma crónica son inhaladores de disolventes (por ejemplo, pegamento, gasolina, tolueno), fuman marihuana con frecuencia o hacen uso habitual de alucinógenos, padecen un síndrome de desmotivación característico. La medida en que esta falta de motivación resulta o contribuye (es causa o es efecto) al abuso crónico de estas sustancias, es una cuestión en debate.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

En el Trastorno Obsesivo-Compulsivo (TOC), tanto los pensamientos obsesivos como los rituales compulsivos son experimentados como egodistónicos y que no están en consonancia con los deseos conscientes del paciente y con su voluntad.

Del mismo modo, los pacientes con anorexia nerviosa tienen inicialmente la experiencia consciente de ejercer voluntariamente el control de la ingesta de alimentos. Pero en el curso de la enfermedad, el sentido de voluntariedad es reemplazado por uno de pasividad, de ser subyugado por pensamientos obsesivos y comportamientos compulsivos que asumen el control de la conducta alimentaria.

Alteraciones de la voluntad son algunas de las quejas más comunes de los pacientes con trastornos de la personalidad que solicitan ayuda. Los individuos con personalidades dependientes se caracterizan por la dificultad para tomar decisiones por sí mismos y, a menudo, para participar en los cursos de acción, en contra de sus propios deseos. Del mismo modo, los individuos con personalidad pasivo-agresiva ocultan sus sentimientos de sentirse excesivamente condicionados por las exigencias que les imponen los demás. Sus formas de actuar no reflejan tanto sus propias decisiones voluntarias como su deseo de frustrar los deseos, que ellos perciben, que tienen los demás. Las personas con personalidades compulsivas utilizan pautas de conducta inflexibles, impidiendo de ese modo las acciones basadas en una evaluación independiente, con atención a sus deseos individuales y sus decisiones. En otras situaciones, son indecisos y a veces toman decisiones impulsivas, en el último minuto, cuando se ven obligadas a decidir.

Por último, muchas personas buscan tratamiento para trastornos autodiagnosticados de su voluntad: no saben lo que quieren, o no pueden tomar decisiones entre varias opciones, o tienden a posponer las cosas en exceso. A menudo, estos problemas pueden enmascarar otros temores como el de asumir compromisos o decisiones, tomar la iniciativa, trabajar intensamente o asumir el éxito o el riesgo de cometer un error. Temen, justificada o injustificadamente, ser criticados o molestar a otros. Y les asusta asumir las consecuencias relacionadas con sus acciones.

BIBLIOGRAFÍA

Adame Goddard, J. Filosofía social para juristas, McGraw-Hill Interamericana eds. Madrid 1998.

Aristóteles, Ética a Nicómaco, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

Berrios, G. Historia de los síntomas de los trastornos mentales. La psicopatología descriptiva desde el siglo XIX Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

Casey, B.J., et al. (2011). Behavioral and neural correlates of delay of gratification 40 years later. Proceedings of the National Academy of Sciences, 108 (36), 14998–15003.

Gruhle, H.W. Geschichtsschreibung und Psychologie. Ed. Bouvier, Bohn, 1953 (Citado por Lin Ching, R.; Psicología Forense: principios fundamentales. Ed. EUNED, San José de Costa Rica, 2005).

El acto moral: disponible en http://mercaba.org/TEOLOGIA/CURSO/39_el_acto_moral.htm

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

- Leibniz, G.W. Discurso de metafísica .Alianza Editorial, S. A. Madrid 2002.
- Lersch, P. La estructura de la personalidad, Ed. Scientia, Barcelona 1968.
- Kaplan, B.J., Sadock, B.J., Sadock, V.A. Comprehensive Textbook of Psychiatry (8^a Ed.), Lippincott Williams & Wilkins. Filadelfia, 2005.
- Maslow, A.H. A Theory of Human Motivation (1943) Originally Published in Psychological Review, 50, 370-396.).
- Mayer-Gross, W.; Slater, E.; Martin Roth, M. Psiquiatría clínica, Madrid, Ed. Paidós, 1958.
- Mira y López, E. Manual de Psiquiatría. Ed. Salvat, Barcelona, 1^a ed. 1935; 2^a y sucesivas Ed. El Ateneo, Buenos Aires 1935.
- Mischel, W. El estudio de la personalidad humana: Teoría e investigaciones. Promociones y Publicaciones Universitarias, Madrid 1986.
- Mischel, W. et al. (1989). Delay of gratification in children. *Science*, 24 4 (4907), 933–938.
- Oliveros Otero, F. La dimensión educativa de la familia: Persona y derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Nº. 10, 1983, págs. 327-352.
- Orozco Delclós, A. La libertad en el pensamiento. Ed. Rialp. Madrid, 1977.
- Rousseau, J.J. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, Madrid. Ed. Alianza, 1998.
- Solé Sagarra, J. y J. Leonhard, K. Manual de Psiquiatría ediciones Morata, Madrid, 1953.
- Thorp, J., El libre albedrío, Ed. Herder, Barcelona 1985.
- Tomás de Aquino (Sto.) Suma Teológica (1628) en Sineux, R.Compendio de la Suma Teológica de Santo Tomas de Aquino, Ed. Tradición, Madrid, 1976.
- Vallejo Nágera, J.A. Tratado de psiquiatría, Barcelona, Salvat, 1944.
- VandenBos, Gary R. (Ed) APA Dictionary of Psychology. American Psychological Association. Washington, DC. 2007.
- Varios, Tratado de Psicología General. Editorial progreso. Moscú, 1986.
- Vilar, J. La ética en la práctica cotidiana del ejercicio profesional Ed. Escuelas Universitarias de Trabajo Social y Educación Social Pere Tarrés 2009.
- Zubiri, X. Sobre el sentimiento y la volición, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

La capacidad en la toma de decisiones: aspectos psiquiátrico-forenses

JULIO ANTONIO GUIJA VILLA

INTRODUCCIÓN

De acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, capacidad es la *aptitud, talento o cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo*. Nos lleva por lo tanto a distinguir dos elementos esenciales; aptitud, talento o cualidad y en segundo lugar que ello es necesario para llevar a cabo alguna actividad. En nuestro caso tratamos de poner de manifiesto las dificultades médico forenses que pueden existir para la correcta evaluación de la capacidad de la persona desde la perspectiva de diferentes normativas.

Como elemento para conocer la importancia de la capacidad (o incapacidad) de la toma de decisiones de la persona, baste decir que de acuerdo la Memoria de la Fiscalía General del Estado, en 2012 se llevaron a cabo 58.156 internamientos involuntarios, lo que supone una tasa de 123,41 por 100.000 habitantes. Es decir casi sesenta mil personas no habían tenido capacidad para decidir acerca de su ingreso en un centro (normalmente Unidad de Agudos de Psiquiatría), habiendo sido decidido éste por el psiquiatra y autorizado por el Juez. Por otro lado, nos encontramos que en el mismo año, 27.316 fueron incapacitadas civilmente por sentencia judicial (26.738 en 2011); es decir, se consideró que la persona carecía de capacidad para tomar decisiones de trascendencia civil, habiendo sido nombrado un tutor que sustituyese esa carencia. Es decir, anualmente en España más de 85.000 personas son consideradas incapaces para determinadas actividades (civiles en general o relacionadas con el ingreso por razones de salud en particular), debiendo ser sustituida esta falta de capacidad por otros y requiriendo siempre de la intervención judicial. Por otro lado, debe mencionarse la problemática que ocasiona en la práctica médica diaria, la capacidad para consentir un tratamiento o para participar en ensayos clínicos. Consideraremos que el número de personas que son susceptibles de esta deficiencia merece la pena el abordaje del tema.

A lo ya señalado, habría que añadir, que de acuerdo a la pirámide poblacional española, dentro de 30 años el mayor grupo poblacional en España lo encontramos en el segmento de los 70-79 años, justamente cuando empiezan a ser más patentes los déficit cognitivos, aunque no exista repercusión física, y por tanto se encuentre bajo sospecha la capacidad para tomar decisiones como consecuencia del posible déficit mencionado.

Esta capacidad de toma de decisiones se encuadra en un concepto más amplio como es el de la voluntad, término usado habitualmente desde la perspectiva psiquiátrico forense por tratarse de

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

capacidad psíquica que permite llevar a buen puerto la teoría del libre albedrío, opuesta al determinismo y entendida como el derecho a la libre elección y autodeterminación, para lo cual es necesario la integridad de las funciones psíquicas que inciden en la misma y encontrarse “sano mentalmente” (Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Pretty vs. Reino Unido de 29 de abril de 2002).

LA CAPACIDAD MENTAL PARA TOMAR DECISIONES

Las diferentes normativas que de algún modo inciden en este tema giran alrededor de la “capacidad de querer y entender”, es decir, conciencia e inteligencia fundamentalmente para “entender” y resto de funciones psíquicas para “querer” (voluntad).

Dentro de estas normativas, sería interesante reseñar, por encima de los demás, el artículo 200 del Código Civil cuando establece que *son causa de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*. Por otro lado, cabe señalar la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006) en su Art. 12.4, al hablar del ejercicio de la capacidad jurídica, señala como elementos esenciales: a) respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; b) que no exista conflicto de intereses ni influencia debida y c) que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Si analizamos sucintamente cada uno de estos elementos, destacamos:

1- Se menciona el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona. Cabe preguntarse inmediatamente ¿qué voluntad? ¿la libre de influencias psicopatológicas o de influencia de otro tipo y que por tanto emana de una personalidad consciente de cuáles son los elementos que constituyen la esencia del problema sobre el que tiene que pronunciarse y cuyas funciones psíquicas no se encuentran alteradas de modo que sus decisiones son completamente libres? O por el contrario ¿hay que respetar la voluntad de la persona que se haya influida por la presencia de alteraciones psicopatológicas que limitan la voluntad y por tanto la capacidad de tomar decisiones?

En esta segunda circunstancia, la asistencia a la toma de decisiones por parte de la persona que tiene alterada gravemente su voluntad, como pretende la Convención como principio genérico, parece inviable debiendo recurrirse a una auténtica sustitución de la toma de decisión mientras persista la alteración psicopatológica que motiva la imposibilidad anteriormente citada. Sin ir más lejos, la Convención, en sus *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Sexto período de sesiones.19 a 23 de septiembre de 2011), toma una decisión que entendemos, arroja luz sobre el problema planteado. Así, cuando el citado Comité establece sus “Recomendaciones”, en algunas de ellas (por ejemplo, sobre el artículo 14 al referirse a los ingresos involuntarios), aclara que sería necesario el consentimiento con *conocimiento de causa*. Es decir, no primar la voluntad de la persona sin importar qué tipo de voluntad. Por el contrario, manifiesta expresamente que la persona, para tomar una decisión requiere conocimiento de causa, es decir, valorar adecuadamente las circunstancias que influyen en la decisión que va a tomar y que a la hora de tomar esa decisión, no

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

existan alteraciones en la voluntad. Creemos que resulta una aclaración que mejora de manera meridiana la referencia exclusiva a la voluntad sin ninguna otra matización.

2- La mención a la *ausencia de conflicto de intereses ni influencia debida* resulta de una actualidad absoluta, especialmente en personas ancianas en las que su situación de posible limitación por problemas físicos le hacen encontrarse en una posición de dependencia respecto a otros (cuidador principal), pudiendo establecerse relaciones emocionales que vayan en perjuicio de la persona con discapacidad.

La situación mencionada no es nueva. Baste señalar que el art. 752 del Código Civil, no olvidemos que data de finales del siglo XIX (1889), ya señalaba que *no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto*. Es decir, protegía a personas que se encontraban en situación de especial vulnerabilidad (muerte próxima) pues ya en esa época se entendía que la persona se encontraba en un momento en el que la toma de decisiones resultaba factible que no fuese libre, pudiendo producirse una captación de la voluntad (Bercovitz).

3- Desde el punto de vista de la toma de decisiones, la adaptación a las circunstancias de la persona se encuentra en relación a las posibilidades de determinar qué aspectos de la vida diaria (económicos, de salud, del día a día, etc.) puede decidir y cuáles no. Así, en circunstancias de grave patología psiquiátrica o psíquica, sería esperable que la persona tuviese una imposibilidad de decidir sobre todos los aspectos de su vida. Salvando estas circunstancias, encontraremos casos en los que esa posibilidad, se encontrará intacta para unos aspectos de la vida y limitados en otros.

Para poder realizar los pasos anteriormente reseñados, será esencial valorar a la persona de la perspectiva psiquiátrico forense y concluir en un informe en el que se tenga en consideración: a) lo primordial será siempre la protección de la persona con presunta discapacidad; b) lo auténticamente relevante no es el diagnóstico de enfermedad o trastorno sino cuáles son las habilidades funcionales y en función a ello cuál es la capacidad de tomar decisiones; y c) alzaprimar la incapacitación parcial sobre la total.

Las habilidades para tomar decisiones ya fueron descritas por Appelbaum y Grisso, siendo habitual seguir su proceder:

- a) Comprensión de la información relevante para la decisión a tomar.
- b) Apreciación: valoración adecuada de la importancia de la enfermedad que padece el paciente en su concreta situación.
- c) Razonamiento: capacidad para desarrollar una argumentación lógica, utilizando la información que ha comprendido y apreciado para llegar a la conclusión.
- d) Expresar una elección mediante lenguaje verbal, escrito o gestos.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Ello quiere decir que son necesarias las cuatro habilidades para tomar decisiones libres y que puedan ser entendidas y aceptadas como tal. La limitación de una sola de ellas implica limitación en la toma de decisión y, por tanto, habrá que ser especialmente escrupuloso para tratar de determinar qué decisiones puede tomar y cuáles no. Normalmente, esta limitación suele venir determinada por la existencia de una alteración en el funcionamiento del cerebro (deterioro cognitivo o trastorno mental).

LA RELEVANCIA MÉDICO FORENSE DE LA CAPACIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES EN ALGUNAS NORMATIVAS

Ey (1965) consideraba que el objeto de la psiquiatría es la “patología de la libertad”, opinión refrendada más tarde por Alonso Fernández (1979) cuando señala que “un enfermo mental es aquél que ha perdido la libertad de elegir y conducirse”. Ambos focalizan la atención en un aspecto: la patología mental da lugar a que el sujeto no actue en función de lo que libremente piensa y desea sino que se encuentra sometido al dictado de las diferentes alteraciones de las funciones psíquicas que constituyen nuestro psiquismo (pensamiento, sensopercepción, memoria, psicomotricidad, etc.).

Esta aproximación nos lleva a considerar que, si la enfermedad mental afecta a nuestra libertad y consecuentemente a nuestra voluntad, los actos que se realizan en estas circunstancias no están dotados de los requisitos que las diferentes normativas requieren para ser considerados válidos.

Vamos a realizar una aproximación a tres normativas especialmente importantes por la trascendencia médico-legal que presentan en el día a día: Capacidad Civil, Ley de autonomía del paciente y Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

1-CAPACIDAD CIVIL:

Señala el artículo 200 del Código civil que son causas de *incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*. La redacción nos releva que existen conceptos que resultan eminentemente médicos, mientras otros serán de naturaleza filosófico-conductual aunque basados en razones médicas. Así, refiriéndonos al aspecto estrictamente psíquico:

-Como eminentemente médico, hemos de contemplar que se mencionen “**enfermedades o deficiencias**”. Será el médico, quien a través de los reconocimientos efectuados en la persona, podrá determinar si existe algún padecimiento de los recogidos en las diferentes clasificaciones internacionales de los trastornos mentales y del comportamiento y, por consiguiente, puede ser considerada la existencia de “enfermedad o deficiencia”.

-Igualmente médico, hemos de considerar el término “**persistente**” pues se encuentra relacionado con la evolución en el tiempo del diagnóstico efectuado. El médico en función a su experiencia y conocimientos puede, en la mayor parte de los casos, aventurar si la enfermedad o deficiencia está dotada de esta cualidad o, por el contrario, puede esperarse una mejoría del padecimiento con el tratamiento adecuado. Como verdaderamente persistentes tenemos que admitir, no sólo los

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

trastornos que por su propia naturaleza tengan esa característica, sino los que no hayan mejorado ni ofrezcan posibilidad real o expectativas razonables de mejorar con los tratamientos actuales.

-Finalmente, el concepto “autogobierno” no es eminentemente médico pero sí se encuentra íntimamente relacionado con esta ciencia. No es suficiente con la realización de un diagnóstico, sino que los síntomas han de producir unos efectos que impidan en todo o en parte el autogobierno de la persona: falta de capacidad para cuidarse uno mismo, (su persona o sus bienes); o dicho de otro modo, ausencia de autonomía, de bastarse por uno mismo, de ser capaz, al menos potencialmente, de conseguir medios de subsistencia y de no depender de otros para sobrevivir; ser capaz de administrar los bienes y patrimonio propios del sujeto, según sus intereses o que, al menos, éstos no resulten perjudicados como consecuencia de sus déficit de personalidad (Carrasco 2005). Por tanto, lo esencial no serán los síntomas por extravagantes que estos puedan resultar, sino cómo afectan estos a la capacidad para decidir.

Ahora bien, dado que la ley enfatiza en estos aspectos ¿es posible estudiar directamente la voluntad como una función psíquica o el abordaje sería a través de otro sistema?

En la actualidad no existe un método o procedimiento estandarizado que nos haga acercarnos de forma directa al estudio de la voluntad de la persona. La aproximación suele efectuarse de modo indirecto a través de la entrevista psiquiátrica o de diferentes instrumentos con los que ponemos de manifiesto la psicopatología que puede incidir en las diferentes funciones psíquicas (conciencia, pensamiento, sensopercepción, etc.), ocasionando una pérdida de libertad en la toma de decisiones, ya sea por una afectación cognitiva (demencias, retraso mental) o por alteración del resto de funciones psíquicas (por trastornos psicóticos, por consumo de sustancias o afectivos, fundamentalmente). Si bien es cierto que este procedimiento es útil y da respuesta a las cuestiones que se plantean habitualmente en el campo de la capacidad civil, no lo es menos que serían deseables instrumentos estandarizados del tipo *MacArthur Competence Assessment Tool* (Grisso y Appelbaum, 1988) (citado por Simón-Lorda, 2008), recientemente validado en nuestro país en su forma MacCAT-T (Hernando et al. 2012), con el objeto de valorar la capacidad en la toma de decisiones para consentir tratamientos basándose en los criterios de comprensión, apercepción, razonamiento y elección.

Con un fin más específico de la capacidad civil, en nuestro país se ha publicado el Documento Sitges 2009 elaborado por un grupo de expertos y editado por Boada y Robles, cuyo objeto fundamental es valorar la capacidad en la toma de decisiones durante la evolución de una demencia. Trata de establecer una correlación entre el estado neurológico y la capacidad para tomar decisiones en diferentes ámbitos: a) decisiones que influyen en la propia salud, b) decisiones sobre la participación en investigaciones, c) decisiones sobre el patrimonio, d) decisiones sobre actividades propias no laborales, e) decisiones sobre sí mismo diferentes a las anteriores y f) decisiones sobre otras personas sobre las que se tiene responsabilidad. En definitiva, se trata de un método que pretende estandarizar la investigación sobre las personas con demencia realizando una aproximación fundamentalmente cognitiva.

Por tanto, resultaría interesante disponer de un método de aproximación a la capacidad de las personas para tomar decisiones pero que estudiase a la persona de un modo integral. ¿Es necesaria

una prueba específica para cada decisión y cada tipo de pacientes? Observamos que la MacCAT-T es exclusivamente para tomar decisiones acerca del tratamiento, existiendo otras versiones según se trate de participación en investigación clínica o de valoración de la capacidad en un procedimiento penal. Por el contrario, Documento Sitges integra el abanico de decisiones a tomar en una sola prueba pero, eso sí, encaminada sólo a las demencias y con escasa aproximación a un elemento especialmente importante en el ser humano en general y en las demencias en particular: las emociones y la afectividad. Bien es conocida la importante prevalencia de los trastornos afectivos en el anciano; Cervilla (2002), citando el estudio europeo EURO_DEP de 1999, la sitúa en un 12,3% de la población anciana. Esta prevalencia, se triplica cuando hablamos de población diagnosticada de Demencia; Vilalta (2001) nos da cifras variables dependiendo de la fase en la que se encuentre, de tal modo que la prevalencia en las demencias ligeras es del 33%, del 23% en las moderadas y hasta del 12% en la grave. La presencia de depresión en la demencia incrementa la incapacidad de estos pacientes puesto que, por un lado influye en el aspecto cognoscitivo (importante en la toma de decisiones) y, por otro, se añaden síntomas propiamente depresivos: humor disfórico, aislamiento social, pérdida de intereses, sentimientos de culpa e inutilidad y pensamientos de muerte. Los pacientes en quienes coexiste demencia y depresión presentan con mayor frecuencia ideas delirantes, mayor deterioro de las actividades cotidianas, tienen más probabilidades de institucionalización y su mortalidad es más elevada.

Con lo anteriormente expuesto, queremos reseñar lo importante que resulta la adecuada valoración del estado afectivo de la persona previo al examen estrictamente cognoscitivo. El ser humano es uno y el estado físico influye en lo psíquico y viceversa, de tal modo que un estado afectivo hacia el polo de la tristeza, habitualmente, dará lugar a escaso rendimiento cognitivo con las consecuencias ya señaladas a nivel de la capacidad civil. Tal vez sea ésta (la adecuada valoración del estado afectivo) una de las carencias de aquellos instrumentos que se centran en el aspecto neurológico o cognitivo (Guija 2012).

Si hasta aquí hemos señalado la importancia de la afectividad como trastorno, hay que reseñar otro aspecto importante en el que jugando un papel importante esta función psíquica, no podemos considerar que se haya llegado a la situación de trastorno propiamente dicho. Nos referimos al estado emotivo especial que se crea entre una persona que se encuentra limitada y su cuidador principal, situación cada vez más frecuente en nuestra sociedad motivada por el aumento de la esperanza de vida con el consiguiente aumento de personas mayores y, por tanto, con autonomía limitada. No es extraño apreciar cómo se genera un vínculo de la persona limitada o discapacitada con quien entiende que es su relación con el mundo; es una dependencia no suficientemente estudiada que, aunque humana, hay que tratar de concretar hasta qué punto mediatisa la decisión de la persona o expresado de otro modo: si las decisiones que toma la persona se efectúan libremente o se encuentran mediatisadas por su manera de entender la realidad. Es cierto que las emociones constituyen un elemento esencial en el ser humano y que todos nos encontramos vinculados a alguien afectivamente, jugando estos afectos un papel importante en nuestras decisiones. No obstante, aquí no nos referimos a esta situación sino a aquellas en las que una persona rompe con sus esquemas habituales de afecto, y se centra en una dependencia de la figura del cuidador en la que más que el afecto es el miedo (a la soledad, al abandono, a la institucionalización...) el que mueve sus decisiones. Obviamente, este problema lo encontraremos en personas que, o bien no presentan demencia, o ésta se encuentra en fases muy iniciales y, por tanto, tienen la capacidad para

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

elaborar su situación y generar esa dependencia, no en el sentido de un trastorno, sino en el de dependencia emocional. Ambos factores, trastornos de la afectividad y emociones, requieren de un estudio particular y profundo a la hora de valorar la toma de decisiones y determinar hasta qué punto el sujeto actúa con libertad y por tanto su voluntad no se encuentra alterada (Guija 2012).

En definitiva, la falta de capacidad para realizar actos civiles, hay que buscarla no sólo en la psicopatología que altera la voluntad sino en aquellas circunstancias, que sin constituir un trastorno propiamente dicho, modifican la libertad de la voluntad. Además, todo lo que suponga homogenizar un método de trabajo redundante en beneficio de todas las personas que participan en un procedimiento de estas características y, en última instancia, en el Juez (toma la decisión) y en la persona a incapacitar (o proteger) (Guija 2012).

2-LEY DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE:

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, consagra el principio de la Autonomía del paciente como eje de toda actuación en materia sanitaria. Se pasa así de un modelo paternalista en el que el médico toma decisiones en beneficio de su paciente a otro en el que éste último asume su destino previa información adecuada a sus capacidades.

Concretamente, establece como principio básico en su artículo 2 “*el respeto a la autonomía de su voluntad y su intimidad orientará toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y documentación clínica*”. De igual modo, define el consentimiento informado como “*la 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*”.

En definitiva, hace referencia a la voluntad y a la conciencia como los ejes sobre los que asienta la autonomía del paciente y por tanto la ley. Convendría aclarar en este sentido que el concepto conciencia al que se refiere la ley es más amplio que el psicopatológico de “claridad” de la conciencia, es decir, el estado vigil de la persona o por el contrario un cierto enturbiamiento de la misma que ocasionaría una disminución de la interrelación con el mundo. Como se señala, el concepto abarca no sólo la interrelación con el mundo sino, frente a la conciencia de los objetos, algo más amplio: la “conciencia del Yo”. Jaspers le atribuye cuatro caracteres formales: 1) el sentimiento de actividad o conciencia de la actividad; 2) la conciencia de la unidad: yo soy uno mismo en el mismo momento; 3) la conciencia de la identidad: soy el mismo siempre; 4) la conciencia del yo en oposición a lo externo, siendo todos ellos necesarios para *poseer un conocimiento ordenado y claro del saber propio* que para Eys sería el elemento definitorio de la conciencia. En definitiva, la conciencia sería aquella función psíquica a través de la cual la persona tomaría conocimiento de la realidad que le rodea así como de la suya propia. Se trataría pues de una función psíquica esencial para tomar una decisión libre: si no existe conciencia de lo que a uno le acontece (enfermedad, falta de trabajo, problemas económicos...) difícilmente se puede tomar una decisión con voluntad libre.

En este sentido, recalca el artículo 8 que “*Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso*”.

De igual modo, la ley prevé la ausencia de la libertad y voluntad para decidir, reconociendo la posibilidad de la “*representación*”, es decir, que alguien tome las decisiones en lugar del paciente. Así, en su artículo 9 señala, entre otros: “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
- b) *Cuando el paciente esté incapacitado legalmente”.*

En definitiva, queremos reseñar dos aspectos: la ley requiere que sea el paciente quien tome todas las decisiones sanitarias que le afectan, previa información adecuada, y segundo, se prevé un modo de actuación en caso que alguien (médico responsable de su asistencia) considere que no es capaz de tomar decisiones aún no estando incapacitado. La voluntad se convierte en el eje de la ley y será el médico responsable de su asistencia el encargado de considerar dos variables: si el proceso de toma de decisiones es adecuado y, si una vez que éste se ha efectuado correctamente, el paciente es capaz de expresar su voluntad de forma libre y consciente.

Como hemos indicado al considerar la capacidad civil, para los casos dudosos sería conveniente contar con instrumentos que puedan objetivar ambos momentos, pues nos permitiría actuar con seguridad y, sobre todo, tranquilidad ética y deontológica. En la actualidad, empieza a propugnarse el MacCAT-T como método estandarizado y validado a nuestra cultura por lo que resultaría deseable la generalización de éste o de cualquier instrumento que ayude a clarificar estas situaciones, no olvidando, como se ha señalado, que el aspecto emocional y afectivo es esencialmente importante, una vez descartada el resto de patología psíquica que puede llevar a una interpretación errónea de la información que le está proporcionando el médico.

En relación con el consentimiento para realizar un tratamiento, nos encontramos con un caso particular como es el de los pacientes psiquiátricos que se niegan a realizar el tratamiento de forma ambulatoria. En nuestra actual legislación, el ingreso en hospital se encuentra normativamente regulado aunque a la espera de modificarse el artículo correspondiente en función de la reciente decisión de inconstitucionalidad por no haber seguido el trámite previsto para los casos en los que se prive de libertad a una persona. El problema vigente es el tratamiento ambulatorio involuntario (TAI). Si bien es cierto que con frecuencia se recurre a que “el paciente tiene que decidir”, en psiquiatría nos encontramos con una realidad diaria, especialmente en los trastornos mentales graves: es posible que el paciente se encuentre compensado psicopatológicamente pero NO tenga conciencia de enfermedad. En estos casos, la consecuencia es fácil de imaginar: una vez dado de alta hospitalaria y, por tanto, compensado (o parcialmente compensado) de la psicopatología que motivó su ingreso, abandona el tratamiento pues considera una imposición innecesaria al no sufrir trastorno psíquico alguno. Problema especialmente debatido en la sanidad en el momento actual. ¿Cómo actuar con estas personas? (Guía 2012).

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

3-CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, firmada por España el 30 de marzo de 2007 y ratificada el 23 de noviembre del mismo año, resulta vinculante para nuestro país de tal modo que la legislación debe estar adaptada al contenido y espíritu de esta normativa. Por tal motivo, se promulgó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por la cual se modificaban hasta 19 leyes propias como la Ley sobre Extracción y Trasplante de Órganos, la Ley de Autonomía del Paciente o la Ley General de sanidad, entre otras.

Su objeto es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Concretamente, relacionado con el objeto del presente trabajo, es de reseñar el artículo 12.4, que establece la necesidad de salvaguardias que aseguren *“que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*.

En definitiva, hay dos aspectos que reseñar: a) la consagración del respeto a la voluntad de la persona en lo relacionado a su capacidad jurídica; y b) que las medidas que se adopten sean adaptadas a las circunstancias de la persona. Aunque no lo señale expresamente, ha de entenderse la voluntad libre y conscientemente elaborada sin patología psíquica de fondo que ocasione una alteración de los diferentes mecanismos psicológicos que intervienen en el proceso de toma de decisiones o en su ejecución (voluntad). Cualquier decisión tomada y ejecutada sin estas premisas, como ya ha quedado reseñado, carecería de la cualidad de “voluntad libre” y por lo tanto, la decisión resultaría inaceptable en función de lo reseñado en la Convención.

Hay que pensar que en la enfermedad mental no se manifiesta sólo en dos situaciones: compensación o descompensación psicopatológica; entre los dos polos existen situaciones intermedias que son las que verdaderamente van a dificultar la toma de decisiones por parte del paciente, al igual que para el resto de la sociedad en general y de los servicios sociales y sanitarios en particular, en relación con ese paciente. Pero no sólo eso; en la enfermedad mental vamos a encontrar en ocasiones otra situación que complica sobremanera el abordaje de estas personas: la ausencia de conciencia de enfermedad, lo que motiva que, aunque se encuentre compensado psicopatológicamente, el paciente no tome las medidas que cualquier otra persona llevaría a cabo en su situación y que evitaría la reiterada aparición de los síntomas de la enfermedad. Esta peculiaridad motiva una viva discusión en la actualidad acerca de la posibilidad de los tratamientos en contra de la voluntad del paciente, existiendo detractores de tal conducta basándose en el artículo 12.4 de la Convención. Al respecto, consideramos de modo general que la voluntad del paciente se encuentra

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

por encima de todo, siempre que la misma sea libre y consciente en los términos psicológicos y psicopatológicos que se han mencionado en el presente artículo. La voluntad alterada como consecuencia de funciones psíquicas no indemnes o la ausencia de conciencia de enfermedad, impiden que las decisiones del paciente puedan ser tomadas en consideración en toda su extensión. Para preservar cualquier decisión médica que se tome en contra de la voluntad del paciente, la propia Convención dispone los exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial competente con el fin de garantizar sus derechos.

Entre estos derechos debemos considerar la toma de medidas proporcionales a la situación del paciente; ello nos conlleva a priorizar siempre medidas de acuerdo al estado psicopatológico en que se encuentre la persona de tal modo que siempre resultaría más factible obligar a un tratamiento ambulatorio antes que el ingreso en contra de su voluntad. De igual modo, en este intento de adaptarse a la *situación del paciente*, sería deseable en los casos de incapacidad civil, fomentar que éstas se limiten sólo a las áreas funcionales en las que el paciente presenta verdadera incapacidad, tratando de potenciar el resto de funcionalidad; es decir, fomentar la incapacitación parcial sobre la total (Guija 2012).

CONCLUSIÓN

Siendo esencial la voluntad para la toma de decisiones y uno de los ejes de diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, ésta siempre debe contar con dos cualidades: libre y consciente. La alteración de las funciones psíquicas en las que se sustenta la voluntad ocasiona una limitación o anulación de la misma, impidiendo llevar a efecto actos tan dispares como manejo del patrimonio o dar el consentimiento en tratamientos médicos. Siendo totalmente válido el estudio de la voluntad a través de la entrevista clínica y el estudio psicopatológico aplicado a las circunstancias para las cuales se está valorando la voluntad, sería deseable el desarrollo de instrumentos específicos y estandarizados que permitiesen homogenizar la investigación de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- Appelbaum, P.S.; Grisso, T., Assessing Patient's Capacities to Consent to Treatment, 1988, 319 (25).
- Alonso Fernández F: Fundamentos de la Psiquiatría Actual. Ed. Paz Montalvo, 4^a edición. 1979.
- Boada, M.; Robles, A. (eds), Documentos Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación: "Documento Sitges", Barcelona, Glosa 2009.
- Carrasco J.J; Maza J.M. Manual de Psiquiatría Legal y Forense. 3^a Edic. La Ley. 2005.
- Cervilla, J. Trastornos depresivos en Psiquiatría Geriátrica. Agüera, L; Martín M.; Cervilla J.; (Eds.) Masson.2002. pp 333-359.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Ey H, Bernard P, Brisset Ch: Tratado de Psiquiatría. Ed. Masson 1^a edición. 1965.

Guija J.A., Núñez M., Giner L., Antequera T., Franco M.D. La Voluntad: aproximación desde la perspectiva médico-legal. Foro Justicia y Discapacidad. Consejo General del Poder Judicial. 2012.

Jaspers K. Psicopatología General. Fondo de Cultura Económica. México. 1966.

Hernando P, Lechuga X, Solé P, Diestre G, Mariné A, Rodríguez A, Marquina D, Colomer O. Validación, adaptación, traducción al castellano del MacCAT-T: herramienta para evaluar la capacidad en la toma de decisiones sanitarias. Rev. Calidad Asistencial. 2012; 27 (2): 85-91.

Simón-Lorda P. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq. 2008, vol. XXVIII, nº 102, pp. 325-348.

Vilalta, J. Síntomas no cognitivos de las demencias. En Manual de Demencias. Lopez, S.; Vilalta, J., Llinás,J,. (Eds.) 2^a edición. Prous Science. 2001.

Jurisprudencial en la toma de decisiones: validez del consentimiento

ANTONIO MARÍN FERNÁNDEZ

EL CONSENTIMIENTO COMO PRESUPUESTO Y ELEMENTO CONFIGURADOR DEL NEGOCIO JURÍDICO

Si acudimos al DRAE para obtener una definición segura de consentimiento, una primera acepción vulgar indica que es la “*acción y efecto de consentir*”, siendo así que el verbo consentir alude en sus varias acepciones a una cierta idea de permitir o tolerar algo. Sin embargo el citado vocablo ofrece una segunda acepción de mayor interés para nosotros; se refiere también el Diccionario a la “*conformidad de voluntades entre los contratantes, o sea entre la oferta y la aceptación, que es el principal requisito de los contratos*”, lo que, según DIEZ PICAZO, relaciona el concepto con su peculiar origen etimológico: *cum-sentire* alude claramente a la existencia de un consenso, a una voluntad común capaz de hacer surgir derechos y obligaciones entre quienes la manifiesten.

Siempre dentro de lo que se viene denominando teoría general del negocio jurídico, el citado autor sugiere la conveniencia de distinguir entre tres estadios, separados y sucesivos, en la dinámica del consentimiento: (i) conformación de la voluntad interna; (ii) comunicación hacia el exterior a través de la correspondiente declaración de voluntad; y (iii) concordancia parcial o total con otra u otras declaraciones de voluntad, surgiendo a partir de esa zona de coincidencia efectos jurídicos para sus emisores. Dicho de otra forma, el fenómeno del consentimiento se despliega a través de diferentes momentos, de tal forma que termina por ser el resultado de todos ellos. Y así, aparece una primera fase en que se forma la voluntad interna de cada uno de los intervenientes en el negocio, es decir, aquello que cada uno libre, racional y conscientemente quiere; una segunda fase en la que cada uno de los sujetos declaran dicha voluntad interna; y, una vez conocidas mediante las declaraciones de voluntad las pretensiones que tienen aquellos sujetos, se llega, en su caso, al marco de coincidencia o voluntad común: el consentimiento determinante de las reglas que van a regular el negocio del que se trate.

Pues bien, cada una de estas fases requiere de condiciones específicas para dar validez al consentimiento, esto es, para que de él puedan seguirse consecuencias en la esfera jurídica de su emisor.

Con todo, quizás sea de interés adelantar un concepto operativo del consentimiento negocial y tener por tal el concreto o convenio que se logra entre dos o más personas capaces, titulares de intereses propios, a partir de la expresión de su libre y consciente voluntad para regularlos. No se puede negar

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

que se produce una cierta confusión entre el consentimiento y el propio negocio jurídico. Efectivamente, ello es así en la medida en que el consentimiento se erige en elemento fundamental para su vertebración; en el mismo sentido CLAVERIA GOSÁLVEZ explica que “*el contrato es un consentimiento sobre una causa manifestado mediante una forma*”.

Ya hemos dicho que nuestro objetivo es movernos en el ámbito de la teoría general del negocio jurídico. Con ello advertimos ya de que no será objeto de nuestro estudio el análisis de las condiciones para validar el consentimiento emitido en concretos actos, negocios o contratos, aunque las puntuales referencias a los mismos sean inevitables. Por otra parte, también es preciso advertir que el contrato es, según DIEZ PICAZO, “*la expresión máxima de la categoría del negocio jurídico*”. De hecho, la referida teoría general se elabora a partir de la regulación positiva del contrato.

Resulta, por tanto, inevitable acudir a ésta para explicar sucintamente lo que sigue. Para la existencia del contrato es presupuesto básico el consentimiento de los sujetos que deliberadamente crean la relación jurídica contractual. El Código Civil español, al recoger en el art. 1261 los requisitos indispensables del contrato, dispone que el consentimiento de los contratantes, junto con el objeto cierto que sea la materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca, son sus elementos esenciales de tan relevante relación jurídica. Previamente el legislador pone de manifiesto la importancia del consentimiento en el art. 1254 del Código Civil, con el que se encabeza la normativa sobre contratos, al disponer que “*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”.

Sería lógico esperar que tan fundamental elemento del contrato tuviera un amplio desarrollo legislativo. Pero las cosas no son en absoluto así. El Código Civil español dedica nueve artículos al consentimiento (arts. 1262 a 1270), de los cuales en uno está destinado a regular los problemas de la oferta y la aceptación (art. 1262), dos a la capacidad para emitir el consentimiento (arts. 1263 y 1264) y seis a los vicios del consentimiento (arts. 1265 a 1270). Sobre algunos de ellos volveremos de inmediato.

Tampoco los textos internacionales sobre Derecho de la Contratación terminan de ser explícitos respecto a éste particular. Y así, en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004, en el capítulo destinado a regular la validez de los contratos se dice que “*estos principios no se ocupan de la invalidez del contrato causado por (a) falta de capacidad*” (Cap. 3, art. 3.1). En el mismo sentido, en los Principios de Derecho Europeo de Contratos se cita entre las cuestiones no reguladas a los problemas sobre capacidad: el capítulo correspondiente “*No trata de la nulidad derivada de (...) incapacidad*” (art. 4.101).

CAPACIDAD PARA EMITIR EL CONSENTIMIENTO

Si atendemos al primer estadio de los antes citados, es presupuesto insoslayable de validez del consentimiento que el sujeto que lo preste disponga de capacidad suficiente para conformar sus intereses personales y patrimoniales y enderezar su voluntad conforme a los mismos. Es por ello que el art. 1263 del Código Civil disponga que “*No pueden prestar consentimiento: (...) 2º Los incapacitados*”. Tan parca expresión solo va acompañada de la exclusión de los menores no

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

emancipados contenida en el mismo precepto y de los matices contenidos en el art. 1264 a cuyo tenor la referida incapacidad puede ser objeto de modulación por cuanto, como sabemos, “está sujeta a las modificaciones que la ley determina”, amén de que, por otra parte, es independiente de “las incapacidades especiales” que la propia Ley pueda establecer.

1. PERSPECTIVA DE ANÁLISIS: ¿POR QUÉ FIJAR LA ATENCIÓN EN LOS DISCAPACES NO INCAPACITADOS?

A la hora de abordar el problema genérico de la capacidad para emitir el consentimiento, la perspectiva elegida –y casi obligada- es hacerlo a partir de los que presenta el consentimiento emitido por personas no incapacitadas, esto es, el prestado por aquellas personas que pueden padecer una deficiencia o una enfermedad que eventualmente les prive de capacidad para emitir el consentimiento, pero que no estén formalmente incapacitadas. Quedan fuera por tanto de este análisis el caso de los incapacitados ya que respecto de ellos ya se ha emitido un juicio previo sobre su capacidad de obrar en el que se ha tenido en cuenta no solo la mera falta de capacidad sino todos los aspectos biográficos que están latentes en los criterios establecidos en el art. 200 del Código Civil para dar lugar a la incapacitación total o parcial.

Pero volviendo a los supuestos que nos interesan, que genéricamente atienden a los sujetos con defectos de capacidad no incapacitados, respecto de ellos la tendencia jurisprudencial invariable, de la que ya se encuentran pronunciamientos en las sentencias del Tribunal Supremo de 21/abril/1896 y 21/abril/1911, ha sido la de admitir en su beneficio que sus declaraciones de voluntad sean susceptibles de impugnación, sometiéndolas a un régimen de ineficacia similar al de los actos del incapaz.

A tales personas se refiere, por ejemplo, el art. 56 del Código Civil en sede de capacidad para contraer matrimonio, que queda sometido a condiciones cuando un contrayente esté “afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”, el art. 663.2º del Código Civil que disciplina la capacidad para otorgar testamento, restringiéndola al “que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, el art. 9.3.a de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente en cuanto que determina quién ha de otorgar el consentimiento informado cuando “el paciente no sea capaz de tomar decisiones” o “su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación” o incluso la legislación mercantil al regular la validez de los acuerdos de constitución de sociedades de capital.

Como es obvio, cada regulación sectorial aborda los problemas de la capacidad, o de su ausencia, desde su peculiar perspectiva. Buena prueba de ello es lo que sucede en el ámbito mercantil. En su seno la protección de la apariencia lleva a desuchar la nulidad del negocio constitutivo de una sociedad, salvo en el caso de que todos los socios fundadores carecieran de capacidad. Es lo que en la actualidad regula el art. 56 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, a cuyo tenor, “una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas: (b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores”, de suerte que “fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación”. La razón de todo ello está bien explicada en la sentencia del Tribunal Supremo de 26/marzo/2009:

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

"Esas particularidades son las que determinaron que se promulgara la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1.968, que, respondiendo a la necesidad de "garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre los socios", limitó, en lo que al recurso importa, "los casos de nulidad". De acuerdo con ello, dispuso el artículo 11 que "la legislación de los Estados miembros sólo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes: 1. La nulidad deberá ser declarada por resolución judicial. 2. Los únicos casos en que podrá declararse la nulidad son:.... (e) La incapacidad de todos los socios fundadores". El artículo 31 de la Ley 19/1.989 incorporó a nuestro ordenamiento ese principio de restricción de las causas de nulidad, luego reflejado en el artículo 34, apartado 1, del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, desde cuya vigencia la incapacidad sólo puede determinar la nulidad de las mismas si fuera de todos los socios fundadores".

La figura, carente de cualquier regulación legal general, ha adquirido en nuestra jurisprudencia una cierta tipificación, al no ser infrecuente que se planteen en nuestros tribunales problemas sobre la validez del consentimiento prestado por las personas antes descritas, disponiéndose por tanto de un discreto arsenal normativo para tratar de darles solución. Dicha jurisprudencia es mucho más rica que la recaída en los casos de personas ya incapacitadas, carentes en principio de capacidad para emitir válidamente su consentimiento sin la concurrencia de las instituciones tutelares; de hecho la falta de difusión práctica de incapacitaciones ajustadas a las concretas circunstancias del incapaz hace que no sean tan frecuentes los casos sobre validez del consentimiento del incapacitado parcialmente.

A título de ejemplo y como resumen de la citada doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14^a, de 26/junio/2012, describe los términos generales del problema:

"En cuanto a la capacidad se refiere, es cierto que el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, pues no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la razón natural, siendo el negocio realizado radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial. Sin embargo, al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente, pues de lo contrario hay que entender que gozaba de plena capacidad de obrar al tiempo de celebrar el contrato (artículo 322 del Código Civil). La capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (STS de 19 de febrero de 1996, 28 de junio de 1990, y 19 de noviembre de 2004, entre otras muchas), no siendo posible que dicha presunción legal pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas "de hombre" o "presunciones judiciales" según la dicción del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, para que se aprecie incapacidad para el consentimiento por enfermedad mental, es necesario que la afección sea grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos".

2- AUTONOMÍA FRENTE A LA INCAPACITACIÓN COMO ESTADO CIVIL.

El primer problema que se plantea es el de enmarcar el supuesto dentro de las reglas legales sobre el consentimiento. Y así, pudiera pensarse que el supuesto de hecho en principio sería el mismo previsto en el art. 200 del Código Civil, esto es, la presencia de "enfermedades o deficiencias

persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Dicho de otro modo, serían susceptibles de impugnación los actos del incapacitado y los del incapacitable. Respecto de éste debería de hacerse una suerte de juicio hipotético con la siguiente factura: la persona X, no estando incapacitada, ha emitido una declaración de voluntad para la cual no estaba capacitada por cuanto su situación hubiera sido hábil para declarar su incapacitación. En el ámbito positivo ambos casos estarían recogidos en el art. 1263.2º del Código Civil que abarcaría tanto a las restricciones de capacidad derivadas del estado civil de incapacitación como las derivadas de la incapacidad natural.

Ya en la doctrina se observan opiniones discrepantes. Y así, según el criterio de LACRUZ BERDEJO el art. 1263.2º del Código solo se refiere a la incapacidad natural y no a la incapacitación como estado civil. Ello nos pone en la pista de algo evidente, y es que no debe equipararse el supuesto de hecho que da lugar a la incapacitación con la falta de capacidad puntual para prestar el consentimiento. Se trata de un supuesto de hecho de más amplitud que recogería ciertamente al "incapaz no incapacitado", pero también a quien no dispusiera de "capacidad natural". Desde este punto de vista ni es preciso, por mucho que ello pudiera ser lo habitual, que se tratara de personas afectadas por enfermedades persistentes, ni que necesariamente estuvieran imposibilitadas, total o relativamente, para gobernar su persona y bienes, sino que simplemente carecieran de las condiciones necesarias para emitir válidamente su consentimiento.

Lo explica todo ello bien la sentencia del Tribunal Supremo de 19/noviembre/2004, reiteradamente citada en éste ámbito, conforme a la cual:

"se debe partir de la distinción entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. Los artículos 199 y siguientes del Código Civil se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida que en cada caso se determine (artículo 210 del Código Civil) por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (artículos 199 y 200 del Código Civil), mediante una Sentencia judicial que la declare (artículo 199 del Código Civil) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado. Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (artículos 1263.2 y 1301 del Código).

Es cierto que el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la Sentencia de 4 de abril de 1984 precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Pero claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente. En ese sentido la jurisprudencia (Sentencias de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1967 y 10 de abril de 1987)".

3- DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD NATURAL.

Se suele hablar de "incapacidad natural" cuando la persona se halla en una situación psíquica en la que no le es posible entender y querer el acto que realiza. De los pronunciamientos jurisprudenciales disponibles puede concluirse que se trata simplemente de verificar la presencia de una suerte de capacidad natural, que requiere la presencia de capacidades cognoscitivas suficientes para al menos entender el contenido de las prestaciones que mutuamente se ofrecen y su trascendencia personal y económica en la esfera patrimonial del sujeto en cuestión y, además, que sus capacidades volitivas no estén limitadas, disponiendo de suficiente libertad para conformar su criterio.

La capacidad de obrar de las personas físicas es un atributo de la propia condición de persona, es, por tanto, un derecho de la personalidad. Se dice que es "*un atributo normal del ser humano*" (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 25/abril/1959, 13/ octubre/1990 y 4/mayo/1998), de aquí que deba presumirse siempre la capacidad mental mientras no quede demostrado lo contrario.

Su importancia para el Derecho, es decir, la concurrencia del consentimiento en la conclusión de cualquier negocio jurídico es evidente y aparenta no necesitar explicación. Con todo, no estará de más indicar que, dado el fundamento consensualista de nuestra tradición jurídica, heredado del Derecho Romano y reforzado por el Derecho Canónico, todo el edificio de la responsabilidad contractual se construye sobre la base de la voluntad o consentimiento; sobre la base del dogma de la autonomía de la voluntad. Pero ese consentimiento debe ser libre, no viciado, consciente, basado en la razón y en la comprensión. No importa que la decisión sea imprudente o inadecuada; la seguridad del tráfico no permite defraudar las expectativas del tercero. Pero, al menos, el sujeto debe entender lo que está haciendo pues, en otro caso, añadían los autores clásicos, si le falta el uso de razón, no puede decirse propiamente que quiera nada, no habrá llegado a prestar verdadero consentimiento y, sin él, no hay contrato ni obligación válida. Es por ello que se entiende que estos casos no se sustentan en las restricciones del art. 1263 del Código Civil, sino que su asiento legal estaría en el propio art. 1261 del Código Civil, que, recordemoslo, considera que "*no hay contrato*" si no concurre el consentimiento de los contratantes.

Digamos ya que la jurisprudencia, a falta de normas positivas, considera que existe capacidad cuando el sujeto dispone de aptitudes intelectivas y volitivas suficientes. No siempre ha sido así. Encontramos abordajes muy curiosos en la materia. Y así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11/octubre/1929 habla de la modificación de la capacidad jurídica de las personas y entre sus causas "*se halla la enfermedad, por la natural alteración que algunas veces produce sobre la inteligencia del enfermo, privándole de la normalidad en el ejercicio de las potencias del alma*". La expresión "*potencias del alma*" u otras similares siguen mencionándose acríticamente por nuestros tribunales, así, entre las más recientes en la sentencia del Tribunal Supremo de 27/noviembre/1995 bien que referida a las "*las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección*".

Es frecuente también apelar a la "razón natural" cuya falta elimina la posibilidad de prestar válidamente el consentimiento, como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

29/noviembre/2004: “no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual, cuando falte en el declarante la razón natural”. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20^a, de 21/noviembre/2008, se alude a que “la capacidad para contratar equivale a capacidad o aptitud natural para celebrar negocios jurídicos”.

Con más moderno y mejor criterio, el Tribunal Supremo viene declarando que el estado mental originador de una disminución de la aptitud volitiva e intelectiva para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz puede dar lugar a considerar que no se ha prestado un consentimiento válido, debiendo estarse siempre a las circunstancias del supuesto concreto y a las posibles interferencias que la enfermedad haya podido causar en el proceso intelectivo y volitivo previo a la formación del contrato y al tiempo de su formalización (así desde las sentencias del Tribunal Supremo de 10/noviembre/1969, 24/mayo/1996, entre otras).

De forma explícita el Tribunal Supremo se viene refiriendo de ordinario a las citadas aptitudes para conformar la capacidad exigible para prestar el consentimiento: “el estado mental originador de una disminución de la aptitud volitiva e intelectiva para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz, puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1263 número 2.^º del Código Civil” (sentencia del Tribunal Supremo 1/febrero/1986). Son múltiples las referencias a que el concreto negocio se realice “con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue”, de manera que la falta de capacidad supone que el sujeto que la sufre se encuentre privado de sus facultades cognoscitivas, las que les posibilitan entender la realidad y trascendencia del acto jurídico: “para comprender los actos complejos de nuestra sociedad y determinados formulismos legales, y en particular, las normas legales y jurídicas” (sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4^a, 10/noviembre/2009).

4- PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES ACERCA DE LA INCAPACIDAD NATURAL.

Del máximo interés puede ser conocer cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando la institución que nos ocupa, dándole sus rasgos característicos que nos facilitarán apreciar su concurrencia. Citemos los más relevantes:

a) La incapacidad o afectación mental ha de ser grave. Quizás no hasta el extremo de “hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien lo padece” que es la expresión reiteradamente empleada por el Tribunal Supremo, pero sí de suficiente entidad como para eliminar cualquier sospecha respecto de su concurrencia más allá de cualquier duda razonable.

En todo caso, “no basta apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas” (sentencias del Tribunal Supremo 27/enero/1998, 12/mayo/1998, 27/junio/2005).

De aquí que, entre otros casos, no pueda contemplarse como invalidante un defecto acaecido en el proceso de socialización, como en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2^a, de 28/abril/2008 que resuelve la reclamación de una editorial contra la compradora de unos cursos de inglés:

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

"Se fundamenta esa alegación de falta de capacidad para consentir, para valorar las consecuencias del contrato, en su condición "de extranjera de nacionalidad ecuatoriana, de mínima cultura y formación", que, a su juicio, evidencia "el trabajo que desempeña como empleada de hogar, cuidando niños, y el hecho de que tres de las personas que con ella conviven, su madre y sus dos hermanos, padezcan graves minusvalías físicas" (la madre discapacitada, y sus hermanos menores sordomudos).

Es obvio que son datos absolutamente irrelevantes para valorar la capacidad para contratar de la demandada las minusvalías físicas o síquicas que puedan tener sus parientes, por próximos que sean. De igual manera es obvio, también, que del solo hecho de que sea extranjera de nacionalidad ecuatoriana no se puede inferir que su cultura sea mínima, ni desde luego carezca de la capacidad suficiente para no entender que la compraventa consistía en la compra de material didáctico para el aprendizaje de inglés. Del hecho de que trabaje "cuidando niños" cabría inferir, contrariamente a lo alegado, que su capacidad y formación es suficiente para poder entender la compraventa celebrada".

b) Es irrelevante la calificación médica de la enfermedad, ya que lo relevante no es la inclusión en una determinada categoría nosológica, sino la real afectación del sujeto. Con todo, no faltan pronunciamientos en que refieren la incapacidad natural a concretas situaciones patológicas: no faltan sentencias que identifican la incapacidad con procesos patológicos graves como las esquizofrenias con alteración de la personalidad o con las demencias avanzadas, resaltándose desde antiguo sin embargo en otras que más que la enfermedad mental, lo primordial es la incidencia de la misma en su capacidad de entender y de querer; así las sentencias del Tribunal Supremo de 25/abril/1959 y 11/diciembre/1962.

c) La edad por sí sola no es motivo para considerar que falta la capacidad natural. Gráficamente lo explicaba la sentencia del Tribunal Supremo de 25/octubre/1928: "*La edad avanzada, por sí sola, no es causa de incapacidad; la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico*".

Son frecuentes los pronunciamientos al respecto, como el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6^a, de 10/enero/2012, al descartar la invalidez por "*el hecho de tratarse de un anciano con achaques, pues no es inherente a la ancianidad un estado de incapacidad mental*".

d) No es determinante de la falta de capacidad la concurrencia de incapacidades físicas. Pese a que ello no deja de constituir una obviedad, no faltan indicaciones al respecto. Como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 12/mayo/1988 ("*tampoco el hecho de que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos*").

Citemos al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14^a, de 17/junio/2009:

"la presunción iuris tantum de la capacidad plena de la que gozaba el actor al otorgar el negocio jurídico de cesión de propiedad a cambio de renta vitalicia, presunción que no ha sido desvirtuada pues el perito Dr. Luciano (aportado por la demandada pero que no ha resultado controvertido de adverso), que ha examinado los documentos aportados por la actora, afirma que el Sr. Cristóbal no

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

tiene enfermedades mentales, constatándose en todos los informes aportados por la actora trastornos de movilidad pero no cognoscitivos".

O la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20^a, de 21/noviembre/2008:

"En primer lugar, los informes médicos acompañados con la demanda (documentos 10 a 13 de la demanda) no evidencian trastorno mental alguno en D. Juan Pablo. Las minusvalías a las que se refiere el primero de ello son de naturaleza física y sensorial (folio 101). Los informes elaborados por facultativos del Hospital Gregorio Marañón en diciembre de 2005, tampoco evidencian ningún tipo de disminución de las facultades mentales de D. Juan Pablo salvo la desorientación producida al parecer por una insuficiencia renal aguda".

e) La falta de capacidad natural no viene determinada por los pronunciamientos administrativos sobre capacidad laboral o minusvalía, aunque en algún caso puedan ser indicativos de ella. En todo caso, nunca podrá predicarse un automatismo, como se infiere, por ejemplo, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1^a, de 13/mayo/2003: "Por lo demás, aunque el demandado esté declarado incapaz para su profesión habitual, no ha sido incapacitado judicialmente, por lo que debe presumirse su capacidad; la correspondiente resolución administrativa, que data de hace casi treinta años, no permite deducir tampoco tal incapacidad; no se ha aportado ninguna prueba médica ni extraprocesal ni dentro del proceso".

f) La capacidad deberá ser siempre presumida. Es principio general el de que la capacidad de las personas se presume siempre (principio *pro capacitate*, derivado del de *favor testamenti* y del de conservación del contrato), de forma que toda persona se reputa con capacidad por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo.

Los pronunciamientos jurisprudenciales son numerosísimos. Citemos, por todos, los contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 24/septiembre/1997 según el cual "*en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad*", y el de la 14/febrero/2006: "*Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia*".

g) La intervención notarial añade certidumbre y vigor a la presunción de capacidad, pero no llega a ser determinante de su existencia. La intervención notarial en los negocios que se lleven a cabo ante él implica que el notario se asegure de la capacidad de los intervenientes a través del correspondiente juicio de capacidad, regulado en el art. 167 del Reglamento Notarial ("*El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate*").

Así las cosas, la neutral intervención del notario y su reconocida cualificación profesional hacen que su declaración respecto de la capacidad del otorgante adquiera una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una energética presunción *iuris tantum* de actitud, que solo puede

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario, como una copiosísima jurisprudencia ha venido indicando (entre ellas, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 21/febrero/1986, seguida de otras muchas, por ejemplo, las de 26/abril/1995 o 18/mayo/1998). No obstante ello, es de indicar que por vigorosa que sea, es una mera presunción, por cuanto el alcance de la fe pública notarial es limitado; alcanza al hecho que motiva el otorgamiento y a su fecha, no a la verdadera capacidad del otorgante (así sentencia del Tribunal Supremo de 10/noviembre/1969).

Todo ello queda bien explicado en la sentencia del Tribunal Supremo de 24/mayo/1990, en la que con referencia en este supuesto a la capacidad para otorgar testamento, actuación igualmente de la que da fe el notario, se dice lo que sigue:

“la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (en el mismo sentido Sentencias Tribunal Supremo 26 de septiembre de 1988 y 13 de octubre de 1990, entre otras). Si bien es obvio que la fe pública notarial no ampara la realidad de la capacidad mental de los contratantes o del testador, en su caso, en la medida en que la aseveración del notario constituye una apreciación subjetiva basada en su impresión personal (Sentencias de 21 junio 1969, 26 septiembre 1988, 13 octubre 1990, 26 abril 1995 y 4 mayo 1998)”.

Algun autor, como GÓMEZ GARZAS, va a más y sugiere la conveniencia de generalizar algún tipo de exámenes o test que sirvieran para comprobar la capacidad de obrar de las personas. Dice el citado autor que “*Desde nuestro particular punto de vista no debería resultar extraño a nuestro sistema de garantías establecer la necesidad de una evaluación neuropsicológica previa para poder realizar determinados actos jurídicos –donaciones, testamentos, matrimonio...– a partir de una edad en la que se sospecha puede existir un deterioro cognitivo –85 o 90 años– La edad es el más importante factor de riesgo de las demencias, máxime al producirse en una población determinada el llamado envejecimiento del envejecimiento*”. Cita incluso lo que sucede con los permisos para conducir y cómo el Reglamento General de Conductores va reduciendo paulatinamente la duración de los permisos para conducir conforme se avanza en edad.

En todo caso, “*no existe norma alguna que prescriba la observancia de un procedimiento o de unos requisitos determinados para la formación ni para la formulación de tal parecer*”, esto es, para adverar preventivamente de manera segura la presencia de capacidad suficiente, tal y como mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1^a, de 26/abril/2004.

h) Como consecuencia de la presunción de capacidad, la carga de acreditar su inexistencia incumbe a quien la alega, siendo ello, por lo demás, una simple aplicación de las normas que rigen la distribución de la carga de la prueba (art. 217. 2 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De nuevo es reiteradísima la jurisprudencia que se pronuncia en tal sentido; en el apartado siguiente desarrollaremos con algo más de profundidad el régimen procesal de la acción que pretenda una invalidez por falta de capacidad natural.

i) La determinación de la capacidad mental del sujeto en cuestión queda referida al momento de otorgamiento del consentimiento cuya validez es discutida. Lo relevante y decisorio para que el negocio sea ineficaz por falta de capacidad es que ésta falte al momento justo y preciso en que

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

sea prestado el consentimiento. Es lo que exige el Código Civil para el testamento en el art. 666: *"Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento"*. La prueba enderezada a enervar la presunción de capacidad ha de ir dirigida a ello, esto es, a verificar cuál fuera la situación mental del contratante en aquél instante.

Todo ello, como a continuación veremos, tiene importantes reflejos en el régimen procesal de la acción de impugnación y en el contenido de los informes periciales que se emitan sobre el particular. Sin desconocer que estamos ante procesos que evolucionan en el tiempo, es importante –por elementales razones de seguridad jurídica- referirse al tan citado momento para emitir cualquier juicio sobre la capacidad.

La falta de linealidad provoca efectos diferentes. Y así, ni debe desconocerse la posibilidad de que preste válidamente su consentimiento una persona afectada por alguna enfermedad mental en los intervalos lúcidos, tal y como sucede con el testamento (art. 665 Código Civil), ni la presencia de una enfermedad que evolucione por brotes impide que quien la padezca no pueda prestar su consentimiento fuera de aquellos períodos. Este último es el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4^a, de 12/enero/2007: *"Pero, olvida laapelante que son eso, crisis concretas, puntuales y, además, constan desde los 4 meses de edad (la última hace un año), y que en los períodos inter-crisis, naturalmente, no cabe sostener el argumento [de la incapacidad]"*.

j) La incapacitación posterior carece de efecto alguno sobre la validez de los negocios llevados a cabo con anterioridad. Como consecuencia de la anterior afirmación, una incapacidad declarada a posteriori no tiene virtualidad suficiente para acreditar que el contratante carecía de capacidad al momento de prestar su consentimiento. Las sentencias de incapacitación son constitutivas, en el sentido del art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, sin perjuicio de las medidas cautelares que se hubieran podido adoptar, solo producen efectos desde su firmeza, sin posibilidad de retrae sus efectos automáticamente a una fecha anterior (sentencias del Tribunal Supremo de 13/octubre/1990, 27/enero/1998 y las que en esta se citan).

En desarrollo del art. 664 del Código Civil, conforme al cual *"el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido"*, ha recaído una amplia jurisprudencia en tal sentido, debiéndose recordar que desde las lejanas sentencias de 7/abril/2003 y 27/febrero/1914 se mantiene la doctrina de que la sentencia de incapacidad no tiene efectos retroactivos, ni bastará por si sola para considerar nulos los actos anteriores a ella, aunque dichos actos podrán también ser atacados probando la incapacidad de su autor al tiempo de celebrarlos. Que ello indudablemente sea así, no quita para que la incapacitación posterior sea un potente indicio –cuando más próxima, de mayor entidad- para acreditar que el contratante carecía de capacidad al tiempo de prestar su consentimiento (así, sentencias del Tribunal Supremo de 13/octubre/1990 y 22/junio/1992).

5-RÉGIMEN PROCESAL DE LAS ACCIONES EN QUE SE PRETENDE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO POR FALTA DE CAPACIDAD.

Trataremos de identificar en este apartado aquellos aspectos más relevantes de las acciones que se puedan interponer en demanda de la invalidez del consentimiento prestado por quien carecía de capacidad para ello.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Ya se ha dicho que la premisa fundamental de cualquier intento en tal sentido es que, al presumirse la capacidad mental mientras no se destruya por prueba concluyente en contrario, incumbe la prueba de la falta de capacidad a quien la alega y ello sobre las bases procesales que, a continuación, detallamos:

a) Existe una tendencia jurisprudencial a extremar el rigor en la apreciación de la prueba de la falta de capacidad. Estamos ante una nueva consecuencia de la presunción general de existencia de capacidad, de forma que la prueba –cualquiera que sea esta- que se despliegue para acreditarla ha de ser en términos de probática una prueba plena, es decir, “*cumplida y convincente, sin dejar margen racional a la duda*” (sentencias del Tribunal Supremo de 24/julio/1995 y 19/septiembre/1998).

Más recientemente, puede ser citada la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a, de 30/noviembre/2012, en la que se exigen certezas, no dudas, que siempre es posible encontrarlas en los casos límite a los que se enfrentan habitualmente los tribunales:

“El problema es que no bastan con dudas por fundadas que sean, que en este caso son evidentes, sino que para destruir la presunción de capacidad se necesita algo más que las dudas, la razonable certeza de la incapacidad intelectiva de Dña. Joaquina, y esa certeza, aunque fuera mitigada en su contundencia, no la ha adquirido el Tribunal, que ha examinado con todo detalle las pruebas practicadas”.

Con todo, en la práctica forense aparecen casos justamente de lo contrario: demandas aparentemente infundadas que no ofrecen indicios suficientes de la falta de capacidad y a cuyo través solo se pretende eludir el cumplimiento por parte del contratante supuestamente incapaz de las obligaciones previamente adquiridas. A título de ejemplo, sin tan curioso como revelador de lo antes dicho, puede mencionarse el intento de declaración de la incapacidad natural de una persona que había reconocido ante notario la existencia de una deuda de cierta trascendencia derivada de relaciones habidas con su acreedor, cuando al tiempo era el alcalde del municipio de Calonge, población catalana de más de 10.000 (sentencia del Tribunal Supremo de 11/mayo/2007).

b) Es precisa que la prueba sea directa. Se precisan medios de prueba que pongan en contacto directamente al tribunal con la realidad que debe ser comprobada. Dicho de otra manera, al requerirse una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (sentencias del Tribunal Supremo de 10/abril/87 y 20/febrero/89, entre muchas otras), no es posible que la presunción general de capacidad pueda ser destruida mediante otra presunción. No es viable, por tanto, la apreciación de la falta de capacidad únicamente a través de la llamada prueba de presunciones, regulada en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) El objeto de la prueba es justamente la existencia de una enfermedad o anomalía psíquica que priva al sujeto de la capacidad para consentir. Llamamos la atención acerca del objeto de la prueba de las demandas que en este ámbito de interpongan, frente a las acciones para instar la invalidez de los actos de los ya declarados como incapaces. Mientras que en el caso de éstos bastará acreditar tal situación, cuando se trate de impugnar actos de los no incapacitados deberá acreditarse por quien lo inste como hecho constitutivo de su pretensión que sobre la persona en cuestión pesaba una enfermedad o deficiencia de las antes descritas. Lo justifica así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14^a, de 26/junio/2012:

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

"En cuanto a los incapaces, no se efectúa distinción respecto de si han sido o no judicialmente incapacitados, lo que incide en materia de carga probatoria: si han sido previamente incapacitados por resolución judicial, pueden ser impugnados sin otro fundamento que la incapacitación; en otro caso, es necesario probar, por quien impugna, la falta de consentimiento"

Todo ello se complica porque, por otra parte, también es claro que el enfermo no incapacitado podría actuar válidamente en los intervalos de lucidez o, en su caso, cuando su enfermedad estuviera latente y no tuviera manifestaciones invalidantes, hecho que en principio no sucedería en el caso del incapacitado, aunque también el grado de incapacitación podría originar similares conflictos a la hora de apreciar la exacta situación que existiera al prestar el consentimiento.

d) La prueba ha de estar referida al momento de la prestación del consentimiento discutido, no a estados diferentes de la enfermedad o anomalía psíquica. Aunque la idea ya ha sido más arriba expuesta, se ha de insistir en que lo que ha de probarse es la puntual situación del sujeto al concreto momento de prestar su consentimiento. Y es obvio que ello dificulta la prueba, al no disponerse a menudo de concretos datos sobre ese estado, sino sobre la posterior evolución, pero ello debe tenerse como un nuevo tributo a la presunción general de capacidad.

Son numerosos los reflejos jurisprudenciales de cuanto venimos diciendo. Fijemos en primer lugar nuestra atención en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6^a, de 11/julio/2000:

"En segundo lugar, las pruebas en que se apoya la demanda son indirectas y la más importante consiste fundamentalmente en un certificado médico adjuntado por fotocopia a la demanda, en el que a la fecha 31 de agosto de 1.993, es decir, aproximadamente un año más tarde a haberse celebrado la referida compraventa (22-10-92) se afirma que el vendedor: "Padece un proceso de deterioro mental de origen arteriosclerótico con episodios esporádicos de demencia senil, que unido a la situación de soledad con carencias afectivas y físicas en que vive, con una debilidad mental manifiesta y una personalidad fácilmente influenciable, le producen una situación de clara indefensión psico-física que le puede hacer presa fácil de personas ambiciosas y sin escrúpulos". Existen otras pruebas, tales como el historial clínico del citado remitido por el "Hospital C." de Jarrio, el propio proceso instado por las hoy actoras junto a la posterior sentencia de incapacidad y, por último, la testifical del cura párroco de Canero.

Pues bien, la prueba testifical con la que se pretendía adverar el contenido del informe médico fue practicada fuera del periodo probatorio, por lo que carece de todo valor probatorio según lo impone el art. 577 LEC. En todo caso y al margen de dicha inoperancia, un análisis detenido del mismo tampoco permite deducir que en la fecha en que tuvo lugar la compraventa existiera un estado de deterioro mental suficiente o en grado tal que impidiera al fallecido conocer el verdadero alcance del contenido del acto y anulara su voluntad con la misma intensidad, pues además de moverse en un plano de generalidad y en una fecha casi un año posterior a la celebración del contrato, alude a una "debilidad" (no enajenación) mental y a una personalidad "fácilmente" (no definitiva) influenciable, que le "puede" (como algo simplemente posible) hacer presa fácil de personas ambiciosas y sin escrúpulos. Con este último comentario más parece un informe "ad hoc" o "a posteriori" que un estudio en profundidad de la real situación que pudiera corresponder al hoy fallecido en el momento

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

verdaderamente decisivo para su análisis, cual el de la fecha en que tuvo lugar el negocio jurídico tachado de nulidad por imposibilidad de poder prestar su consentimiento”.

En similares términos se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26/septiembre/2001:

“La enfermedad que dio lugar a la incapacidad de Dª Esperanza es una demencia senil, perfectamente constatada y acreditada por el Juez de Instancia que declaró tal incapacidad, en base a la exploración personal de la enferma y a los informes médicos unidos a las actuaciones y en especial al dictamen del médico forense. Sabido es que toda demencia senil presenta un carácter progresivo que hace suponer que en momentos anteriores a la declaración de incapacidad e incluso a la presentación de la demanda ya se padecía esa enfermedad en un grado importante que aconsejaba la adopción de esa medida. Por lo tanto se podría admitir que desde la fecha de la demanda y más aun desde la fecha de los informes médicos unidos al procedimiento de incapacidad Dª Esperanza tenía alterada su capacidad de querer y entender dada su desorientación temporespacial, su pérdida de memoria de fijación la confusión de objetos y personas, etc. Así aparece recogido en el certificado expedido por la Dra. Dª Alicia el 29/05/1998 y así se recoge también en el informe del forense del 12 de noviembre del mismo año. Es cierto que la Dra. antes citada emite un nuevo informe médico en el que reconoce que el proceso de demencia senil puede iniciarse en los años 1993 ó 1994 y que el Dr. R. que dice haberla tratado desde el año 1.997- 98 también informa de un proceso de demencia senil ya iniciado en esas fechas. El Dr. D., antiguo médico que la trataba dice que hace 3 ó 4 años la veía con su hermana en la calle y que en los últimos 2 ó 3 años no salía.

Sin embargo ninguno de los dos médicos citados precisa, tal vez por cautela y por la dificultad de hacerlo, el grado de demencia senil que Dª Esperanza padecía en agosto 1997 y mucho menos, por no ser su competencia, entran en valoraciones sobre su capacidad en aquellas fechas. Así las cosas se hace difícil el destruir la presunción de capacidad y la apreciación que acerca de la misma emite el Notario autorizante de la escritura que goza de plena eficacia en virtud del principio de conservación de los actos y de seguridad jurídica”.

Y concluyamos con la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4^a, de 12/enero/2007:

“Sin embargo, y dados los términos expuestos, no es aventurado deducir que, fechado el informe a final de junio de 2005, y suscrito el contrato de apertura de cuenta de ahorro en 26-10-98, siendo en la actualidad moderado del déficit, en la época en que se concertó el contrato, o era leve o, incluso, no existía, pues es muy sintomático que diga no saber firmar y luego al final del juicio firme el acta con una rúbrica sustancialmente idéntica a la que obra en el contrato”.

e) Son admisibles todos los medios de prueba directos. Hecha la matización relativa a la prohibición del empleo exclusivo de la prueba de presunciones, cualquier otro medio es apto para acreditar la falta de capacidad. No hace falta indicar que la prueba de más relevancia será la prueba pericial, en la que más adelante intentaremos profundizar, pero la jurisprudencia admite y valora la práctica de otros medios probatorios.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Y así, “*la falta de aptitud o capacidad mental jurídicamente no está excluida de poder ser acreditada mediante prueba testifical*”, según refiere la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8/junio/1994.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 22/abril/2010, se destaca el valor privilegiado que tienen los testimonios de las personas que se relacionan directamente con la persona supuestamente carente de capacidad, a su vez, hábiles para apreciar situaciones que sean patentes:

“Para apreciar, al menos del modo más elemental, el posible estado de desorientación u obnubilación de una persona, o cierto deterioro mental nadie mejor que aquellos que están en contacto con ella de forma permanente, es decir su entorno (padres, amigos y cuidadoras) más inmediato, y no hace falta poseer conocimientos peritos o científicos para apreciar un estado físico-psíquico deteriorado, al menos en sus manifestaciones más groseras, dejando para la ciencia médica y sus interpretes la determinación del grado o intensidad de perturbación mental y su incidencia en las facultades cognitivas y volitivas del afectado por lo que, en definitiva, tales testimonios anteriormente referidos no pueden ser obviados”.

Tampoco conviene olvidar las limitaciones que tiene la prueba personal, ya porque la estrecha vinculación con el contratante les prive de su credibilidad subjetiva, ya porque la mera referencia a anomalías en la ejecución de actos ordinarios de la vida no se erige en acreditación suficiente de la falta de capacidad para consentir, como es de ver en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26/septiembre/2001:

“La prueba testifical practicada tampoco contribuye a aclarar demasiado la situación. Los testigos, vecinos de Dª Esperanza y de su hermana se limitan a afirmar que Dª Cristina estaba algo más alborotada y nerviosa desde el año 1.996, pero su hermana no, aunque estuviese un poco sorda por las voces que daba, que Dª Esperanza era más callada que Dª Cristina y que algunas noches a horas intempestivas sacaban y metían cosas en los armarios, se oían ruidos, trasteaban, Dª Cristina solía olvidarse de las llaves, consideran que el deterioro mental era el de toda persona mayor, aunque Dª Esperanza era más reservada que Dª Cristina, en ocasiones perdían las llaves (mayo del 1996) y que Dª Cristina creía que la habían robado, y como antes de tener asistentas se buscaban dentro de la casa. De estas manifestaciones difícilmente se puede afirmar más que un cierto grado de deterioro o demencia, tal vez el propio de la edad, pero que en ningún caso permite concluir que en la fecha del otorgamiento de escritura no tuviese capacidad suficiente para decidir por sí misma la venta de una finca al sobrino que precisamente se estaba haciendo cargo de sus intereses”.

f) Es relevante para valorar la falta de capacidad el concreto contenido del negocio cuya validez se impugna. Aparentemente la ineffectividad del acto o negocio en que haya participado una persona carente de capacidad es un juicio que se realiza a partir de su situación mental, es decir, abstracción hecha de su contenido. A nadie escapa, sin embargo, que tanto el control preventivo a cargo de los notarios en los casos en que ellos intervengan, como la decisión judicial posterior al momento de la impugnación, será tanto más benigna, es decir, proclive a dar validez al negocio, cuanto su contenido se adapte más a cánones de normalidad en la vida jurídica.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Es por ello que sea también objeto de los pleitos que nos ocupan la anormalidad del negocio realizado en relación a la concreta situación patrimonial del contratante.

6- DICTÁMENES PERICIALES MÉDICOS.

Antes de concluir el estudio de los negocios jurídicos llevados a efecto por quien carece de capacidad para ello, puede ser de interés detenernos en los informes periciales. Y ello porque la prueba pericial es a menudo determinante en el enjuiciamiento de los casos en que se duda de la presencia de la tan citada capacidad.

Cuanto se pueda decir con carácter general de la prueba pericial es obviamente de aplicación a los informes periciales que versen sobre la capacidad para consentir. Sin perjuicio de ello, citaremos algunos pronunciamientos de nuestros tribunales en que se analizan particulares detalles de la prueba pericial en éste ámbito, a tener en cuenta si se pretende la acreditación de la falta de capacidad.

a) Ante el peligro de la interversión de roles, esto es, que el perito se convierta en juez y éste en perito, conviene situar a cada interviniente en el proceso en el lugar donde institucionalmente le corresponde. Los informes periciales, máxime en éste ámbito, han de revestir el carácter auxiliar que les asigna la Ley (arts. 335.1 y 348 Ley de Enjuiciamiento Civil), de modo que ni el juez puede hurtar a las partes en sus resoluciones la explicación de su decisión por la apelación al argumento de autoridad que proporcionan los informes periciales, ni pueden prescindir de ellos haciendo gala de inciertos conocimientos médico-psiquiátricos a modo de simples máximas de experiencia.

b) En el informe no se ha de razonar la presencia de una determinada enfermedad sino sus concretos efectos sobre la persona enferma. Se trata de una idea muy repetida en el tratamiento de la protección jurídica del discapacitado, pero que quizás aquí adquiere una particular relevancia: no basta la acreditación de una anomalía o enfermedad, sino que lo determinante es cómo se ven afectadas las facultades intelectivas o volitivas de la persona en cuestión.

Con absoluta claridad lo expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11^a, de 14/noviembre/2002:

“Se ha demostrado en autos la enfermedad de D^a Dolores, pero en modo alguno se ha arrojado luz sobre la falta de capacidad en el momento de prestar el consentimiento en la compraventa, por lo que ha de prevalecer la presunción de capacidad de la que da fe la intervención notarial en el acto traslaticio”.

Por ello, lo correcto será facilitar a través del correspondiente informe pericial que el tribunal llegue a hacer razonamientos como el contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4^a, de 10/noviembre/2009:

“En el caso de autos, de la prueba practicada, consistente en informe pericial emitido por el DR. Segundo debidamente ratificado en el acto del juicio oral, se desprende que D^a Marisa tiene sus facultades cognitivas afectadas, con un nivel intelectual de la explorada en los límites de una

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

inteligencia normal y convencional e insuficiente para comprender los actos complejos de nuestra sociedad y determinados formulismos legales, y en particular, las normas legales y jurídicas".

En definitiva, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6^a, de 11/julio/2000, "la acreditación de la enfermedad ha de referirse tanto a su naturaleza y alcance cuanto al concreto momento en que se llevó a cabo el negocio que se pretende impugnar, demostrando, además, que su intensidad era tal que impedía conocer el alcance de lo que hacía (...) Téngase en cuenta que incluso el enajenado puede actuar válidamente en derecho dentro de los llamados intervalos lúcidos, hasta el punto que en el actual estado de la Psiquiatría puede sostenerse que no toda enfermedad mental conlleva necesariamente una ausencia de incapacidad, sino que ello sólo se produce respecto de concretas enfermedades y no siempre en todo caso".

c) El informe pericial debe contener razones y explicaciones suficientes como para desvirtuar la presunción general de capacidad. Debemos también poner el informe pericial en contacto con las ideas del rigor probatorio que existe en los litigios que versan sobre capacidad, de modo que a través de ellos, pero también apreciando de manera conjunta toda la prueba que al respecto se pueda proponer, se pueda llegar a la conclusión de que aquella no era suficiente. En un asunto sobre oligofrenia resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia se lee lo que sigue:

"en ninguno de ambos casos se acredita de forma fehaciente que dicha condición de minusvalía impidiera a D^a Carmen prestar libre y válido consentimiento al tiempo de otorgar la escritura de compraventa. Es decir; la documental presentada hace prueba a favor de la consideración de enferma con oligofrenia de la fallecida, pero para poder desvirtuar la presunción de capacidad, corroborada mediante la fe notarial antes referida, sería necesario que se hubiesen emitido informes médicos detallados sobre su condición y sobre la progresión de su capacidad"

d) En general, que no siempre, son preferidos los informes asertivos y no probabilísticos. Si bien hay ocasiones en que parece más adecuado a la técnica pericial mostrar las dudas y posibilidades que el caso presente, si en éste ámbito así fuera presentado un informe pericial, las posibilidades de que la demanda que apoya prospere serían muy escasas como es de ver en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6^a, de 10/enero/2012:

"Esas conclusiones no pueden sobreponerse al criterio contrario manifestado por los peritos que informaron en la primera instancia, pues su sentido meramente probabilístico abre la puerta a la posibilidad de que la capacidad de obrar del actor no estuviera alterada, y en derecho, conforme a la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto, se presume la capacidad de las personas adultas, salvo que una prueba plena e incontrovertible acredite lo contrario, y no basta un juicio de probabilidad para declarar la falta de capacidad de obrar de una persona, y anular los actos jurídicos otorgados por ésta".

e) El valor probatorio mayor que tienen los informes emitidos por especialistas en psiquiatría en ocasiones se compensa con los que tienen su origen en facultativos no especialistas pero que estuvieron en contacto directo con el discapacitado. Como queda dicho, a la hora de valorar la autoridad de los informes periciales, una jurisprudencia muy apegada al caso concreto que resuelve, tan pronto muestra su preferencia por los informes de los psychiatras (sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 4^a, de 15/marzo/2002: "Es un principio general indiscutido

que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo y en el caso y siguiendo las conclusiones del Juez de instancia, tal prueba no se logró realizar, y a tal fin no puede servir el informe de quien es el médico del ejecutado, que no es especialista en psiquiatría y que sólo refiere un cuadro depresivo, diciendo vagamente que puede interferir en su objetividad, sin ser complementado con otros medios probatorios que avalaran la tesis del recurrente"), como se atribuye mayor valor a los informes dilatados en el tiempo del médico de cabecera (así en sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4^a, de 22/abril/2010).

f) Existe una constante línea jurisprudencial que priva de valor al simple diagnóstico retrospectivo. Para apreciar la capacidad es frecuentísimo, y casi obligado en la mayoría de los casos, hacer uso de informes periciales elaborados a posteriori en los que, de manera retrospectiva, se aprecia la capacidad tiempo después de prestado el consentimiento cuya validez se discute. Ya hemos dicho que tal es el momento en que debe apreciarse la capacidad y que la prueba ha de estar enderezada a ese concreto objeto. Pero dicho lo anterior lo que la doctrina jurisprudencial rechaza es que para declarar la incapacidad, tanto si se trata de la valoración de actos *inter vivos o mortis causa* realizados por la persona cuya capacidad se cuestiona, se acuda en exclusividad a informes retrospectivos; adviértase que incluso cuando han sido emitidos por un médico que atendió a la paciente (sentencia del Tribunal Supremo 23/abril/2010). Así se desprende del criterio, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 3/marzo/2004: "Esta doctrina se mantiene en forma reiterada desde antiguas sentencias de 25-4-1959, 7-10-1982, 26-9-1988) precisando la de 20-2-1975, que tratándose de diagnóstico psiquiátrico retrospectivo, no es suficiente para acreditar la incapacidad de la testadora de referencia. Las sentencias más recientes se mantienen en la misma línea doctrinal (10-2 y 8-6-1994, 26-4- 1995, 27-11-1995, 27-1-1998 y 19-9-1998)".

Una aplicación práctica de la anterior doctrina la encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4^a, de 29/enero/2010:

"Y es lo cierto que, en el caso sometido a nuestra consideración, el Sr. Camilo no ha logrado acreditar que al momento de suscripción del convenio regulador de su separación tuviera sus facultades mentales tan mermadas que le impidieran e inhabilitaran la prestación de un consentimiento válido y eficaz. Antes al contrario, si se examina la documentación médica aportada se observa que toda ella es posterior a la fecha de la sentencia de separación y desde luego, a la de suscripción del convenio regulador de la misma, y de la misma no cabe deducir por vía presuntiva que el ahora apelante tuviera mermada la capacidad volitiva e intelectiva en el momento de suscripción del pacto. Es más, el propio informe del Dr. José Ignacio, de 17-4-06, señala que los datos que en el mismo se contienen, "hacen referencia a una situación actual y concreta...y no deben extenderse, generalizarse ni utilizarse... en otros procedimientos o momentos diferentes del actual".

g) No debe descartarse el valor y relevancia en alguna ocasión de las historias clínicas. Sin perjuicio de lo anteriormente dicho y dentro del casuismo jurisprudencial al que antes nos hemos referido, adquiere en ocasiones todo su valor la aportación de la historia clínica en la medida en que documenta la evolución del enfermo y es indicaria de la presencia de una incapacidad derivada del padecimiento de alguna enfermedad. Pero de ordinario no será suficiente para adverar la situación de

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

discapacidad, como puede comprobarse en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del año 2002:

"En cuanto al historial clínico, menos todavía puede deducirse la existencia de un estado mental de naturaleza tal que impidiera o condicionara esencialmente sus facultades volitivas e intelectivas, y no sólo porque los primeros datos clínicos de que se nutre dicho historial comienzan a finales del año 1.996 (mes de noviembre), es decir, muy posterior a la fecha de la compraventa, sin que con anterioridad se conociera padecimiento alguno en el citado, sino además porque las conclusiones que de su contenido pueden deducirse, al carecerse de todo refrendo pericial al respecto, es que al tiempo del ingreso tuvo episodios de confusión transitoria, posiblemente incapacitantes en ese momento, pero sin que ello pueda trasladarse a aquella otra época".

7- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE CAPACIDAD.

Para la adecuada comprensión del problema, se antoja necesario introducir una breve explicación sobre las distintas categorías de ineficacia de los negocios jurídicos. Lo haremos de la mano de la sentencia del Tribunal Supremo de 14/octubre/1983, conforme a la cual: "*entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad radical o absoluta, según que al contrato le falte alguno o algunos de sus elementos esenciales, señalados en el art. 1261 CC o que haya sido celebrado, aun reuniendo esos elementos esenciales, en oposición a leyes imperativas cuya infracción da lugar a la ineficacia; situaciones jurídicas distintas de aquella otra en que la ineficacia deviene a consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad o falta de capacidad de obrar en uno de los contratantes o falsedad de la causa, casos de la denominada nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura 4 años y sólo puede ser ejercitada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los arts. 1301 y 1302 del citado Cuerpo legal, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical, la acción es imprescriptible y puede ejercitárla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar -STS 29 octubre 1949 - que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos".*

Pues bien, en principio el efecto de la declaración de voluntad emitida por un sujeto que carezca de la tan citada capacidad natural será que el correspondiente negocio jurídico sea anulable (arts. 1265 y 1300 Código Civil) si bien en la doctrina existen opiniones favorables a la nulidad. Tal es la posición ordinaria del Tribunal Supremo (sentencias 28/mayo/1974, 4/abril/1984 y 1/febrero/1986), sin descartar que en ocasiones haya acudido al régimen de la anulabilidad (sentencia del Tribunal Supremo 9/febrero/1949) o haya entendido que se trataba de un negocio no nulo sino inexistente, como puede comprobarse en la citada sentencia de 1/febrero/1986.

Así las cosas, para decretar la nulidad absoluta por falta de consentimiento no es suficiente que este se encuentre viciado, sino que es preciso que de ningún modo se haya consentido. De estimarse, el efecto será deshacer el intercambio de prestaciones, volviendo las cosas al ser y estado anterior (lógicamente, con reciprocidad en la restitución, devolviendo las cosas, sus frutos, productos o rentas, y, en su caso, intereses, ex arts. 1303, 1307, 1308 en relación con el 1100 todos ellos del Código Civil). Como excepción de *restitucio in integrum*, cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

de los contratantes, éste no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera (art. 1304), correspondiendo la prueba del enriquecimiento a quien reclama la restitución del incapaz, así las sentencia del Tribunal Supremo de 9/febrero/1949 y 5/diciembre/1992).

DISCORDANCIA ENTRE LO QUERIDO Y LO MANIFESTADO.

En segundo lugar, el siguiente criterio para adverar la validez del consentimiento tiene que ver con la expresión del mismo. El Derecho admite diferentes formas de exteriorización de la voluntad negocial: lo normal en el tráfico jurídico es que la voluntad se manifieste de forma expresa, pero también otorga valor a otras formas de manifestación tácita de la voluntad e incluso a la inactividad o al silencio en casos muy determinados. En todo caso en lo que ahora interesa es presupuesto indispensable de validez que el consentimiento expresado se corresponda con la voluntad interna del sujeto: debe haber una coincidencia entre lo querido y lo declarado.

Puede ocurrir, sin embargo que exista discordancia entre la voluntad interna y la declarada, pudiendo ser esta divergencia conocida o ignorada por el declarante. A tal esquema responden las siguientes figuras.

1- ERROR OBSTATIVO.

El error obstativo es un supuesto de divergencia entre la voluntad y la declaración no provocada conscientemente por el contratante. Puesta de manifiesta su existencia desde SAVIGNY como error impropio, que lo diferencia del error propio como típico supuesto de vicio del consentimiento, no deja de ser una patología del sistema que, como tal, carece de regulación legal. El Tribunal Supremo lo admite y reconoce; citemos a título de ejemplo la sentencia de 10/abril/2001, según la cual, con él “se designa [a] la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales”.

JORDANO FRAGA sistematiza sus clases conforme al siguiente esquema: (i) aquellos errores que se producen en el acto de la declaración, es decir, todas las situaciones en las que la equivocación radica en la ejecución material del acto declarativo, así, por ejemplo, el típico *lapsus lingue*; (ii) los errores que afectan al contenido de la declaración o a su significación, pues aunque el declarante emplea las palabras o expresiones que desea, sin embargo, atribuye a dichos términos o a su propia conducta un significado diferente del que realmente tienen; y (iii) los errores que afectan a la transmisión de la voluntad del sujeto, donde encajan los casos en los que la divergencia entre la voluntad y la declaración se debe a una anomalía producida en el proceso de transmisión de la voluntad negocial, así en aquellas casos en los que el declarante se sirve de un representante o cuando el error lo comete la persona que recoge por escrito la declaración de voluntad. Según se sigue de la sentencia del Tribunal Supremo de 13/julio/2012 en el error obstativo hay una falta de voluntad, bien porque no se quería declarar y se hizo, bien porque se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Sus efectos son discutidos y muy apegados al caso concreto. En razón de la protección de la contraparte, del principio de la buena fe y de la propia apariencia, su relevancia estará condicionada a que sea esencial y excusable. Como es obvio, la institución tiene un cierto margen de actuación en la protección de las personas con defectos de capacidad, si bien el propio defecto de capacidad será de ordinario motivo suficiente para instar la ineffectuación del correspondiente negocio.

2- RESERVA MENTAL.

Es un supuesto de discordancia entre lo querido y declarado, pero diametralmente diferente al anterior por cuanto en este caso estamos ante una discrepancia consciente y voluntaria del declarante, que, deliberadamente, crea frente al destinatario de la declaración una apariencia de voluntad negocial cierta al expresar intencionadamente algo que realmente no quiere.

Así las cosas, la voluntad interna ocultada por el declarante carece de relevancia jurídica. Carece también de regulación legal, pero es comúnmente entendido que la protección de la seguridad del tráfico jurídico y de la confianza razonable creada en quien de buena fe cree en la aparente voluntad negocial, hace que el contrato deba tenerse por válido, prevaleciendo, por tanto, lo declarado sobre lo querido. La única excepción se daría cuando la contraparte conociera la reserva mental, en cuyo caso habría de prevalecer la voluntad interna mutuamente aceptada, lo que en el fondo no es más que un caso de simulación y así es tratado en el Código Civil portugués.

Resulta poco imaginable su aplicación al ámbito que nos ocupa y que un contratante con la capacidad disminuida ideara un negocio de este tipo.

3- SIMULACIÓN.

Para WINDSCHEID, la simulación es “*la declaración de una voluntad no verdadera que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico*”. Siguiendo con el esquema de las anteriores instituciones, en síntesis la simulación responde de nuevo a una discordancia entre lo querido y lo manifestado, pero de manera consciente y en virtud de un acuerdo entre los interesados. Según FERRARA sus elementos son: (i) una divergencia querida y deliberadamente producida entre la voluntad y su manifestación; (ii) un acuerdo simulatorio entre las partes; y (iii) un fin de engaño a los terceros ajenos al negocio, aunque su fin pueda ser lícito.

Tiene como propósito apparentar la perfección de un contrato cuando no se quiere convenir ninguno, o bien, tiene por objeto fingir que se perfecciona un contrato, cuando los contratantes desean que se produzcan los efectos jurídicos de otro. En la primera hipótesis, denominada simulación absoluta, las declaraciones de voluntad no encubren nada, únicamente apparentan la perfección de un contrato; en la segunda, llamada simulación relativa, la voluntad declarada encubre otro contrato, lícito o ilícito.

Pues bien, en los supuestos de simulación absoluta no se puede hablar de la existencia de contrato al no concurrir los requisitos del art. 1261 del Código Civil, es decir, no hay acuerdo de voluntades sobre una causa. Por el contrario, cuando se descubre una simulación relativa, prevalece, *inter partes y erga omnes*, la realidad sobre la apariencia, quedando al descubierto el contrato disimulado que surtirá efectos si reúne los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para ese concreto molde contractual. Con todo, en los supuestos de simulación relativa, han de quedar siempre a salvo los

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

derechos de los terceros de buena fe a título oneroso, que adquieren confiando en la apariencia y, por otra parte, su formalización no evitará, en ningún caso, que se produzcan los efectos que las partes quisieron eludir cuando el negocio simulado se realice en fraude de ley.

Del análisis de la jurisprudencia recaída en supuestos de impugnación de negocios concertados por personas con falta de capacidad natural se concluye que es muy frecuente que junto a tal defecto de capacidad se alegue acumuladamente la nulidad del negocio, de ordinario compraventas, por tratarse de negocios simulados. Más en concreto se alega con alguna frecuencia que la supuesta compraventa no era tal a la vista de lo irrisorio del precio concertado o incluso de que éste nunca llegó a satisfacerse en los términos que se habían concertado. Nótese que se trataría de una simulación relativa que encubriría a una donación, pero ésta, a su vez, sería a menudo ineficaz (como se sigue del criterio adoptado por la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 11/enero/2007). Tal forma de enfocar las cosas no suele tener éxito. Y ello porque en nuestro Derecho no es condición de la compraventa que el precio sea justo, siendo así que su escasa entidad solo es indicativa de la inexistencia o simulación de la compraventa.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Para completar la descripción de circunstancias que el Derecho tiene en cuenta para verificar la validez del consentimiento, también hay que atender a lo que ocurre en la tercera de las fases antes descritas, cuando la voluntad expresada por una de las partes tiene que encontrar un espacio de coincidencia con la de otros sujetos o con la previsión legal de la que puede nacer algún efecto jurídico

En este momento, el negocio jurídico, puede verse afectado por anomalías en el consentimiento, realidad a la que la tradición jurídica ha dado el nombre de vicios del consentimiento, que aparecen, bien, cuando alguno o algunos de los contratantes no forma su voluntad de manera totalmente consciente, en los supuestos de existencia de error vicio o de dolo, o bien, cuando no exteriorizan su voluntad de forma plenamente libre por verse impulsados a efectuar la declaración ante situaciones de violencia o intimidación. Estas anomalías o irregularidades pueden dar lugar a la impugnación del contrato mediante las correspondientes acciones que permiten su invalidación ex art. 1265 del Código Civil.

1- ERROR VICIO.

Se trata de una institución no exenta de problemas, que nacen ya la hora de configurarla. En derecho positivo, el art. 1266 no distingue en materia de error, sin embargo ya hemos puesto de manifiesto cómo existe un error que impide al sujeto exteriorizar aquello que realmente quiere, que hemos denominado error obstáutivo, que es distinto y diferente del que ahora nos ocupa, denominado "error vicio", que es aquél que impide al sujeto forjarse una correcta representación mental o un acertado conocimiento de la realidad. A diferencia de los otros vicios del consentimiento, no es originado por acto ilícito, no interviene la otra parte contratante ni un tercero, se produce por el desconocimiento o equivocación del propio sujeto que yerra.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Con todo, cualquier desconocimiento o inexacta representación mental de la realidad no invalida el consentimiento. Y así el referido art. 1266 del Código Civil establece diferentes parámetros para la consideración del error jurídicamente relevante: (i) para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo: el error, ya sea *in substantia* ya *in qualitate*, ha de ser determinante para la consumación del negocio, es decir, que si el sujeto no hubiera errado, no habría efectuado esa declaración de voluntad y no habría contratado; (ii) el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa esencial del contrato, precepto en el que se recoge el denominado *error in persona*, susceptible de anular el contrato cuando el convenio se ha llevado a cabo en consideración a la persona del otro contratante o de sus cualidades personales; y (iii) el error de cuenta que sólo dará lugar a su corrección.

En la misma línea apuntada al analizar los defectos de capacidad, la jurisprudencia suele ser muy restrictiva a la hora de tomar en consideración el error como causa de la invalidez de los negocios jurídicos en aras de la seguridad en el tráfico jurídico. En ese sentido, además del criterio legal de la esencialidad, se reclama la concurrencia de otro requisito como es el de la excusabilidad: no tendrá relevancia jurídica el error que puede ser imputable a quien lo padece, al haberse podido evitar de haber actuado el contratante con la diligencia del buen padre de familia.

Se trata de un error íntimamente ligado a los problemas de capacidad, por más que en la práctica forense su alegación sea a menudo subsidiaria o complementaria a la de la propia falta de capacidad. Y es que en estos casos, el sujeto perfecciona un negocio jurídico a través de un consentimiento que está viciado: se declara aquello que realmente se quiere, a diferencia de lo que ocurre con el error obstativo, si bien en el proceso de formación de la voluntad aparece un defectuoso conocimiento de la realidad o una equivocada creencia o representación mental. No obstante, habrá que reconocer que en los supuestos típicos de falta de capacidad quizás falte cualquier conocimiento de la realidad a la que afecta el negocio.

2- DOLO.

Según el art. 1269 del Código Civil “*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”. A diferencia de lo que ocurre con el error, este vicio del consentimiento se funda en el ilícito comportamiento del contratante que no lo padece, quien engaña al otro sujeto negocial para que éste forme y exteriorice una voluntad que no hubiera existido sin dicha conducta ilícita. A su vez, la semejanza se encuentra en que el engaño también provoca un error, aunque en este caso esté conscientemente originado por el otro contratante.

Ahora bien, en la práctica, su presentación admite diversas modalidades, pudiendo ser puede ser incluso omisiva o reticente si concurre como elemento subjetivo el ánimo de engañar, bien descrita en la sentencia del Tribunal Supremo de 28/septiembre/2011, a cuyo tenor:

“la jurisprudencia ha establecido que no sólo manifiestan el dolo la “insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”, y añade la de 11 de diciembre de

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

2006 que también constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico". Por su parte, la de 5 de mayo de 2009 añade que "en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual (sentencias, entre otras, de 29 de marzo y 5 de octubre de 1994; 15 de junio de 1995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1996; 23 de julio de 1998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (sentencias de 11 de mayo de 1993; 11 de junio de 2003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2.009)".

Con todo, no cualquier engaño que provoque algún tipo de error es susceptible de invalidar el contrato, el art. 1270 del Código Civil establece que "*para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes*". Es imprescindible, además, que el dolo haya sido determinante de la voluntad de contratar, pues, como añade el precepto, "*el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*". Por lo demás, el dolo debe haberlo provocado la otra parte contratante pues el que proviene de un tercero originará responsabilidad extracontractual de éste pero no afectará a la relación contractual.

Así pues, de cuanto se ha dicho puede concluirse que la apreciación del dolo como causa para la invalidar los negocios jurídicos exigirá la concurrencia de los siguientes requisitos: (a) el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir en una actuación positiva o en una abstención u omisión; (b) que ello induzca a la parte contraria a realizar el negocio, de forma que de haber conocido con anterioridad la situación real no lo hubiese efectuado; (c) que sea grave; (d) que no haya sido causado por tercero, ni empleado por ambas partes contratantes.

Como en el caso del error, es también argumento usado junto a la falta de capacidad para obtener la ineeficacia de los negocios concluidos por personas discapacitadas. Sin embargo, el rigor en su apreciación hace que no sea fácil la estimación de demandas por esta causa. Veamos algunos ejemplos, comenzando por el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4^a, de 19/diciembre/2012, favorable la invalidez:

"Resulta evidente que el demandante no prestó un consentimiento válido para celebrar el contrato de compraventa que nos ocupa. Sus limitaciones psíquicas y las manipulaciones de terceros le condujeron a la adquisición del vehículo por lo que podríamos hablar no sólo de falta de consentimiento, también de dolo civil una vez que el penal ha sido sancionado por la sentencia de la Audiencia Provincial. Dolo civil en el cuál interviene el concesionario que vende el vehículo a una persona que incluso carece de permiso de conducir y presenta evidentes síntomas de limitación cognitiva y volitiva".

En sentido contrario, esto es, no atribuyendo carácter invalidante al dolo eventualmente usado con la persona discapacitada, se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo de 28/septiembre/2011:

"La Audiencia recurrida fija como única cuestión que debe ser resuelta por el tribunal la relativa a si el consentimiento de la demandante doña Enriqueta en el momento de efectuar las donaciones ya

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

reseñadas estuvo o no viciado con efectos jurídicos, concretamente por el error o el dolo invocados en la demanda; de modo que, según afirma, desecharo el primero en la instancia, únicamente resta examinar si cabe apreciar el dolo afirmado por la actora y negado por los demandados. Tras referirse en el fundamento jurídico cuarto a la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos del dolo para que pueda llegar a invalidar el contrato, destaca cómo el perito doctor Imanol afirma que la actora «es una persona capaz e inteligente, lo suficiente para conocer el contenido de las escrituras de donación que le fueron presentadas a la firma. Pero también [que] se trata de una persona dependiente y que por ello careció en su momento de la voluntad necesaria para hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la donación, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo».

No obstante, la Audiencia afirma que «pese a ello y a las reticencias que entonces pudo tener y la oposición que tardíamente exterioriza, firmó a presencia notarial», y destaca cómo el Notario autorizante declaró en el juicio que, una vez firmadas las escrituras y al día siguiente y en otras varias ocasiones, la donante acudió a la Notaría para interesarse sobre la forma en que podría dejar sin efecto los negocios realizados, lo que ya no consiguió ante la negativa de los donatarios, así como que él mismo preguntó en el momento del otorgamiento si existía algún problema y que, al no indicar nada la donante ni él detectarlo, doña Enriqueta firmó las escrituras.

Finalmente, la sentencia proclama que «no constituye dolo, en el sentido de engaño que moviera a prestar un consentimiento no querido, ni consciente, el que la donante, pese a ser una persona inteligente y entender cabalmente la trascendencia de lo que hacía, sea a la vez de carácter dependiente. Esta característica podría tener alguna trascendencia jurídica si en el momento del otorgamiento de las donaciones cuya nulidad se pretende, la dependencia de la donante se diera respecto del donatario Don Remigio. Sin embargo, lo que dijo el perito fue que Doña Enriqueta dependía inicialmente de su madre, para depender emocionalmente a continuación de su esposo y, tras la incapacidad de éste, de su hija Doña Delfina, que ejerce sobre aquélla una influencia protectora y tutelar, pero nunca invasiva, por lo que no merma la libertad de su madre»; y añade a continuación que la afirmación del perito siquiatra de que en el momento de la firma de las escrituras la donante carecía de la libertad necesaria para ello, ni encaja en el ámbito del dolo, ni tiene trascendencia jurídica que pueda integrar dicho déficit de libertad en el vicio del consentimiento consistente en violencia o intimidación del art.1267 Código Civil».

3- VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN.

Concluimos con estos últimos vicios del consentimiento. La descripción de ambas instituciones está contenida en el art. 1267 del Código Civil. En relación con la violencia sólo nos dice que “*hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*”. Por su parte, la doctrina científica diferencia dos modalidades: (i) la violencia absoluta, que es aquélla que ejercida sobre el contratante provoca la sustitución de su voluntad por la del violentador, en cuyo caso estamos ante ausencia de consentimiento e inexistencia del negocio; y (ii) la violencia relativa, que no anula totalmente la voluntad del sujeto pero si la vicia, si bien para ello ha de ser irresistible.

La intimidación surge “cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge,

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

descendientes o ascendientes". El temor que sufre el sujeto ante el mal le impide emitir un consentimiento libre y válido. Pero cualquier temor o miedo no es susceptible de viciar el consentimiento, es preciso: (a) que el temor que se inspira al contratante -elemento interno de la intimidación-, sea racional y fundado, no hipotético y basado en meras sospechas; (b) que la amenaza –elemento externo de la intimidación- estribe en el anuncio de un mal inminente y grave que el autor de la amenaza está en condiciones de infiligr sobre la persona del contratante o sus bienes, o bien, sobre determinadas personas ligadas con él por estrechos vínculos familiares; y (c) que entre los elementos interno y externo de la intimidación se dé un nexo de causalidad, de tal forma que la amenaza haya provocado en el contratante un temor de intensidad suficiente como para extraerle el consentimiento. Por ello se precisa en el propio art. 1267 que *"para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona"* y, por último que el miedo reverencial no vicia el consentimiento ya que *"el temor de desagradar a personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato"*.

La violencia y la intimidación participan de un régimen jurídico común al disponer el art. 1268 del Código Civil que ambas anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato, quedando a salvo la violencia absoluta que no vicia el consentimiento sino que lo suprime.

Como en los casos anteriores, a menudo se presentan confundidas con los meros defectos de capacidad, a los que pretenden dar mayor vitalidad. Es importante señalar que cada institución dispone de su propio régimen material y procesal, siendo así que deben ser tratadas conforme a las características que le son propias, evitando la confusión de argumentos en una amalgama difícil de desentrañar, no idónea para apreciar la invalidez del correspondiente negocio, como es de ver en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección, 6^a, de 11/julio/2000:

"El primero de los motivos se centra en el art. 1.961.1º del C.C., en relación con sus correlativos arts. 1.263 (lógicamente en su núm. 2º), 1.265, 1.267, 1.269 y 1.270, en cuanto se exige para la existencia del contrato un consentimiento válido, que no puede otorgar quien tiene mermadas sus facultades mentales en un grado tal que además, en el presente caso, anulaba su voluntad, haciéndola influenciable respecto de terceros, con lo que la demanda tanto se fundamenta en la incapacidad mental como en la coacción (intimidación) y engaño (dolo) sufridos por el vendedor. En este primer motivo se incurre en una cierta contradicción, porque una cosa es la enajenación mental o enfermedad de igual naturaleza que impide o limita de forma esencial las facultades volitivas e intelectivas de quien la padece, y otra diferente la posible coacción o intimidación, incluso la posible maquinación, que terceros puedan ejercer sobre el sujeto. Ambos son vicios del consentimiento, pero aparecen ya diferenciados en el Código, pues mientras el primero tiene su origen en el propio individuo, el segundo precisa de la intervención de terceros, que intentan anular o condicionar de forma esencial el consentimiento de una persona mediante una amenaza tan fuerte que obligue a que la voluntad se manifieste en sentido contrario a los intereses del sujeto, tal y como afirma la sentencia del TS. de 11-3-85, entre otras muchas. Por ello, en el presente caso habremos de estar a la primera de las causas invocadas, cual la enfermedad mental, sin perjuicio de que mediante ella se generen las consecuencias de una debilidad de la voluntad (...).

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Si se trata de intimidación moral o psíquica, aunque no sea propiamente el caso según dijimos, diremos igualmente que la misma Jurisprudencia señala que se requiere, para su acogimiento, que se trate de una fuerte coacción moral ejercida sobre el sujeto para que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses (Sts. 22-4 y 16-7-91), presumiéndose la libertad del consentimiento (Sts. 27-2-64, 13-10-67, 21-3-70, 6-12-85, entre otras)".

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA CAPACIDAD PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO.

Para concluir, quizás sea interesante ofrecer alguno de los pronunciamientos jurisprudenciales recientes sobre el problema que venimos abordando. Se trata de quince citas, todas ellas textuales, incluyendo en primer lugar siete casos en los que nuestros tribunales apreciaron que el consentimiento era válido y ocho después en sentido contrario.

A) SUPUESTOS EN QUE SE APRECIA LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO.

1. SAP BARCELONA, SECC. 4^a, 15/marzo/2002: DEPRESIÓN. "Con ser cierto que puede negarse valor al consentimiento prestado por persona que no haya sido declarada incapaz o que lo haya sido con posterioridad al acto, lo cierto es que ello debe ser sobre la base de que la persona se encontrara sin estar en posesión de las facultades mentales e intelectivas necesarias para emitir aquél consentimiento válido, mas como dicen las SS de STS 10-4-1987 o 13 de octubre de 1990, es un principio general indiscutido que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo y en el caso y siguiendo las conclusiones del Juez de instancia, tal prueba no se logró realizar, y a tal fin no puede servir el informe de quien es el médico del ejecutado, que no es especialista en psiquiatría y que sólo refiere un cuadro depresivo, diciendo vagamente que puede interferir en su objetividad, sin ser complementado con otros medios probatorios que avalaran la tesis del recurrente, que por cierto siguió siendo el administrador de las sociedades, hecho que no se corresponde con la situación que se describe, por lo que el primer motivo debe decaer, al igual que la alegación que se hizo de intimidación, pues no puede confundirse la misma, con los motivos que condujeron a su suscripción, legítimos en ambos litigantes, en el ejecutado para pago de nóminas a los trabajadores, cumplimiento de obligación que respalda el que era plenamente consciente de lo que hacía pues con ello evitaba las reclamaciones laborales".

2. SAP VALENCIA, SECC. 11^a, 14/noviembre/2002: OLIGOFRENIA. "... la nulidad de contrato de compraventa que se postula, por padecer una oligofrenia severa, enfermedad que vicia completamente el conocimiento, entendimiento y voluntad para la realización del negocio jurídico traslático. Entiende la apelante que a pesar de no haberse solicitado la declaración judicial de incapacidad de la fallecida, obra en los autos prueba suficiente que corrobora el vicio de consentimiento alegado, puesto que se han aportado certificados administrativos así como informes médicos sobre su incapacidad, además de la testifical del párroco que casó a D^a Dolores, quien en un principio se negó a la celebración del referido matrimonio con base en la enfermedad mental de la contrayente. Por último, la fe notarial a que se hace referencia en la Sentencia recurrida, si bien tiene presunción de veracidad, no obstante puede ser contradicha mediante la prueba practicada, teniendo

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

además en cuenta que el notario no tiene por qué llegar a apreciar la situación de la persona otorgante, que comparece ante su presencia, ya que en la labor cotidiana de una notaría, "apenas se cruzan dos palabras con los otorgantes" (...).

El documento núm. 5 de la demanda es un dictamen técnico facultativo, emitido por D. Rogelio, presidente del equipo de valoración y orientación del centro base de Valencia, integrado en el Instituto Valenciano de Servicios Sociales, por el que se manifiesta que Dª Dolores tenía un grado de minusvalía de 80%, causado por una oligofrenia profunda o severa, obteniendo como consecuencia un grado de discapacidad global de 70%, y siendo declarada minusválida a efectos administrativos. Ciertamente esta documentación revela una minusvalía de Dª Dolores, diagnosticada como oligofrenia severa, si bien en ninguno de ambos casos se acredita de forma fehaciente que dicha condición de minusvalía impidiera a Dª Carmen prestar libre y válido consentimiento al tiempo de otorgar la escritura de compraventa. Es decir; la documental presentada hace prueba a favor de la consideración de enferma con oligofrenia de la fallecida, pero para poder desvirtuar la presunción de capacidad, corroborada mediante la fe notarial antes referida, sería necesario que se hubiesen emitido informes médicos detallados sobre su condición y sobre la progresión de su capacidad, así como sobre la posibilidad de la existencia de intervalos lúcidos suficientes para validar su consentimiento, y sobre los efectos de la enfermedad padecida por Dª Dolores, teniendo en cuenta que no se procedió en ningún momento a la declaración judicial de su incapacidad, y habiendo celebrado actos que favorecen por el contrario la suficiente capacidad mental de la fallecida, tales como su matrimonio, puesto que la declaración del párroco que intervino en la ceremonia no constituye prueba suficiente sobre su capacidad, al no ser experto en la materia, y haber permitido en todo caso la celebración de su matrimonio (...).

Se ha demostrado en autos la enfermedad de Dª Dolores, pero en modo alguno se ha arrojado luz sobre la falta de capacidad en el momento de prestar el consentimiento en la compraventa, por lo que ha de prevalecer la presunción de capacidad de la que da fe la intervención notarial en el acto traslaticio".

3. SAP VALENCIA, SECC. 6ª, 10/enero/2012: BROTES PSICÓTICOS. "La defensa del recurrente pretende que su patrocinado no estaba capacitado para expresar un consentimiento válido al tiempo de otorgar el convenio regulador que acompañó a la demanda de separación, suscrito el 30 de diciembre de 1998, la escritura pública de extinción de condominio otorgada el 28 de marzo de 2000, el convenio regulador que acompañó a la demanda de divorcio de 5 de mayo de 2000, el poder de representación y defensa procesal conferido en escritura pública de 24 de mayo de 2000 a favor de Dª Esperanza y don Francisco, el poder para realizar actos de disposición en el ámbito personal y patrimonial conferido en escritura pública de 24 de mayo de 2000, a favor de Dª Adolfin, y el escrito de ratificación judicial del Convenio regulador del divorcio de 5 de junio de 2000. Por ello solicita la nulidad de todos esos actos jurídicos. Sin embargo, de los informes de los doctores don Romeo (folio 62), don Ignacio (folio 63), don Luis Carlos (folio 64), don Mariano (folios 580 a 609) y de la historia clínica del actor, se desprende que la patología que en ese periodo de tiempo le afectó cursaba con brotes psicóticos agudos, en los cuales podían verse alteradas sus facultades mentales, que eran seguidos de fases asintomáticas, en las cuales conservaba plenamente su capacidad de obrar. Los brotes psicóticos agudos eran perceptibles por personas legas en psiquiatría.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

La prueba pericial practicada en esta alzada por el médico forense don Antonio alcanzó las siguientes conclusiones:

«Primera: Que el presente perito tiene la convicción médica legal que D. Balbino, el día 5 de junio de 2000 presentó fenómenos psicopatológicos de naturaleza e intensidad suficiente para alterar de forma profunda su mundo cognoscitivo y condicionar su voluntad. El informado presentó el comienzo del Trastorno Psicótico agudo en más de 48 horas pero menos de 2 semanas, desde la normalidad a un estado claramente psicótico. Desde el punto de vista médico legal, el presente perito tiene la convicción (certeza médica legal) que el Escrito de Ratificación Judicial del Convenio Regulador de Divorcio fechado el 5 de junio del año 2000 no fue otorgado con compresión y voluntad necesaria para otorgar el libre consentimiento. De hecho durante el periodo desde el 6 de junio al 17 de julio de 2.000 "su capacidad de obrar y decidir se encontraba afectada, hasta el punto de invalidad posiblemente cualquier acto de disposición voluntaria".

Segunda: Es probable que el informado presentará un estado psicopatológico con afectación de las funciones psíquicas (lucidez, compresión, juicio crítico y conocimiento) las dos semanas anteriores al 6 de junio de año 2.000. El Poder de Representación y Defensa Procesal de fecha 24 de mayo de año 2.000 y el Poder para la Realización de Actos de Disposición en el Ámbito Personal y Patrimonial de 24 de mayo del año 2.000, probablemente no fueron otorgados con libre consentimiento por parte del informado.

Tercera: Respecto a los demás actos de disposición realizados por el informado en diferentes fechas y dado su historial médico durante esa época (1999 al 2000):Trastorno Adaptativo con alteración mixta de las emociones y del comportamiento; Trastorno Psicótico agudo; Trastorno Depresivo Moderado / Grave y Consumo de Alcohol, razonablemente se puede inferir que el informado presentó una disminución de sus facultades de adaptación, de su capacidad de obrar y entender, así como de su capacidad de independencia personal y social.»

Esas conclusiones no pueden sobreponerse al criterio contrario manifestado por los peritos que informaron en la primera instancia, pues su sentido meramente probabilístico abre la puerta a la posibilidad de que la capacidad de obrar del actor no estuviera alterada, y en derecho, conforme a la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto, se presume la capacidad de las personas adultas, salvo que una prueba plena e incontrovertible acredite lo contrario, y no basta un juicio de probabilidad para declarar la falta de capacidad de obrar de una persona, y anular los actos jurídicos otorgados por ésta”.

4. SAP BARCELONA, SECC. 14^a, 26/junio/2012: ALZHEIMER. "... padecía una demencia instaurada, memoria reciente nula, que le impedía realizar cualquier acto de trascendencia patrimonial, es decir, padecía una anosognosia muy grave estando en el nivel GDS-4 con anomias. También mantiene que no era consciente de los cuantiosos gastos que generaba la enfermedad de alzhéimer, puesto que carecía absolutamente de capacidades para el cálculo.

A pesar de ello se da validez a donación: en primer lugar, cabe cuestionarse si concurre nulidad del contrato de donación y compraventa por falta de capacidad de la Sra. Eva o anulabilidad, en su caso, por error en el consentimiento al firmar dicha escritura desconociendo las consecuencias de los que firmaba, es decir, desconociendo que perdía su vivienda.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Pues bien, como acertada, prolja y ajustadamente razona el Juzgador de instancia, no solo a la vista de las periciales de D. Cirilo y Luisa, sino principalmente de la declaración de la Sra. Eva en el sede de medidas cautelares, la Sra. Eva tenía muy claro su ánimo de liberalidad hacia los demandado respecto de esa vivienda, es decir, con sus palabras, "el pis li va donar a la canalla" (refiriéndose a los demandados) y además era consciente de que tenía otra vivienda diciendo que a Sant Antoni de Vilamajor "tinc una casa molt gran i allà estic com una reina". En definitiva, lo que el Juzgador "a quo" aprecia y esta Sala tras la visualización de la declaración de la Sra. Eva, ratifica, es que a pesar de que la misma padecía una enfermedad degenerativa, lo cierto es que sus palabras fueron muy claras y contundentes en el sentido de que su voluntad era que la vivienda en la que los demandados habían vivido toda su vida, fuera para ellos (diciendo "era el lloc on havien viscut de petits"). Y en efecto, como afirma el recurrente, las pruebas objetivas y los peritos propuestos por la actora que depusieron en el acto de la vista ratifican la demencia que padecía le impedía conocer actos de trascendencia patrimonial. No obstante lo cual, en este caso para Doña Eva no era un acto de trascendencia patrimonial sino de pura liberalidad.

Por tanto, no cabe entender que existió nulidad por falta de capacidad de la Sra. Eva porque como aludió Doña Luisa, lo cierto es que la Sra. Eva si bien no tenía capacidad para entender la compraventa de sus bienes a un tercero, sí que tenía claro cómo quería disponer de sus bienes, manteniendo que la vivienda de Sant Antoni de Vilamajor sería para su familia, y la de Barcelona para los demandados, los hijos de su marido. Mantuvo la referida Doctora, en el acto de la vista, que si bien tenía afectada su capacidad para manejar dígitos, la capacidad para verbalizar vínculos emocionales se mantenía intacta.

Tampoco cabe entender que existió error en el consentimiento. Ello por cuanto a pesar de que D. Cirilo afirmó que aunque sabía lo que era una casa, no sabía el valor que tenía, lo cierto es que la voluntad de la Sra. Eva era donar simplemente (ella misma reconoció en su declaración que no había recibido ninguna contraprestación) esa vivienda a los demandados, los cuales decidieron libremente que la Sra. Eva tuviera algún tipo de contraprestación, que fue esa cuarta parte del valor de la vivienda a que se refiere la demandada(por ese de repartirla entre la Sra. Eva y los tres demandados)".

5. SAP MADRID, SECC. 21^a, 30/noviembre/2012: ALZHEIMER. "La donante Joaquina es diagnosticada de enfermedad de alzhéimer en el mes de diciembre de 2005 en el Centro de Salud Reina Sofía, y el Doctor D. Adolfo , que la trató como médico de cabecera desde el mes de mayo de 1998 hasta el mes de diciembre de 2005, declara al testificar que ya en el año 1998 presentaba problemas de conducta, aunque realizados a Dña. Joaquina test psicométricos, el primero efectuado en el año 2002 resultó normal, y así se mantuvieron hasta el mes de septiembre de 2005 en el que comenzaron a resultar alterados. Entiende este médico que la paciente presentaba una situación delicada, con un trastorno cognitivo importante, pero en lo que va a ser una constante de las declaraciones testificales de los médicos no se pronuncia si con un diagnóstico de alzhéimer leve se pueden tomar decisiones intelectivas, afirmando que depende de cada caso, aunque a su criterio ya en esta fase los enfermos están incapacitados.

En ese mismo mes de diciembre de 2005, el día 2, se da de alta a Dña. Joaquina en el Servicio de Geriatría del Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela de Madrid. El hecho y el

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

informe de alta que se emite es importante por confeccionarse por el Servicio de Geriatría del Hospital. Dña. Joaquina es diagnosticada de deterioro cognitivo leve secundario a probable enfermedad de alzhéimer incipiente, y en la exploración se la encuentra consciente, orientada en espacio y persona, con parcial desorientación en tiempo y claras alteraciones de memoria reciente, pero tanto de la declaración testifical del Doctor Sr. Fidel , que trató a la paciente y realiza el informe del Hospital, como del Doctor Sr. Landelino , responsable del servicio de Geriatría, se desprende que a aquella fecha Dña. Joaquina no tenía alteradas sus facultades cognitivas en la medida suficiente para ser considerada incapaz. Insisten los dos médicos en que se trata de una enfermedad compleja, larga y con fases, con comportamientos muy individualizados en cada enfermo, degenerativa e irreversible, sin que ninguno de ellos pudiera determinar médicaamente la afectación de la capacidad cognoscitiva un año y medio después del informe de diciembre de 2005.

El uno de septiembre de 2006 Dña. Joaquina ingresa en la residencia del Instituto Pontificio Claune, que es un centro de régimen abierto. Presenta actitud violenta con crisis de ansiedad frecuente, negándose al aseo personal diario, limpieza de su habitación y lavado de ropa.

El 25 de enero de 2007, ingresa en la Residencia Riosalud. En un primer informe de la Doctora Sra. Yolanda se indica que Dña. Joaquina ingresó con un deterioro cognitivo en fase leve, secundario a enfermedad de alzhéimer, precisando cuidados continuados y supervisión para las actividades de autocuidado. El 25 de mayo de 2007 consta otro informe, muy escueto, de la Doctora Doña. Yolanda, que relata antecedentes personales, tratamiento habitual, situación basal y evolución, y en el que se indica que presenta deterioro cognitivo moderado y que precisa ayuda y/o supervisión en las actividades básicas de la vida diaria. Y el 29 de diciembre de 2007 consta un informe del terapeuta ocupacional (recordemos que la escritura de donación se otorga el 19 de julio de 2007) en el que se indica que presenta leve desorientación temporo-espacial con la consecuente afectación en sus actividades de la vida diaria, manteniendo escritura, lectura y cálculo, observándose una alteración importante de la memoria a corto plazo, mostrándose conservada la memoria a largo plazo, aunque al reconocer a familiares confunda parentescos; no presenta problemas de atención/concentración importantes, entiende órdenes, tanto complejas como simples, aunque según este informe no es capaz de reconocer la finalidad de la orden a causa de su estado cognitivo, por lo que podía ser susceptible de manipulación, pero para la valoración de este informe debe señalarse que el Terapeuta ocupacional no es un médico y que no se le ha traído al proceso a testificar como tampoco a la Doctora Doña. Yolanda.

Por resolución de 5 de agosto de 2008 de la Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid se reconoce a Dña. Joaquina un grado de minusvalía psíquica del 75% desde el 7 de noviembre de 2007, constando en el dictamen técnico facultativo que al reconocimiento presentaba trastorno cognitivo por demencia en enfermedad de alzhéimer.

Lo que no cabe duda es que cuando el Médico Forense del Juzgado de Primera Instancia nº 94 de Madrid realiza su informe el 17 de marzo de 2009 (casi dos años después de otorgamiento de la escritura de donación), Dña. Joaquina presentaba un deterioro cognitivo que determinaba su incapacidad, dictaminando el Sr. Médico Forense en su informe que padecía un deterioro cognitivo moderado, en una demencia diagnosticada como alzhéimer, que incapacitaba a la enferma.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

El Juzgado de Primera Instancia nº 94 de Madrid dictó sentencia el 8 de junio 2009 declarando la incapacidad plena de Dña. Joaquina para regir su persona y bienes, con sometimiento al régimen de tutela (...).

En una enfermedad compleja, larga y con fases, con comportamientos muy individualizados, degenerativa e irreversible, diagnosticada en el mes de diciembre de 2005 como deterioro cognitivo leve secundario a probable enfermedad de alzhéimer incipiente, ¿podemos tener por adecuadamente demostrado que cuando se otorga la escritura de donación el 19 de julio de 2007 la donante tenía alteradas sus facultades cognitivas en la medida suficiente para considerarla incapaz?

El problema es que no bastan con dudas por fundadas que sean, que en este caso son evidentes, sino que para destruir la presunción de capacidad se necesita algo más que las dudas, la razonable certeza de la incapacidad intelectiva de Dña. Joaquina, y esa certeza, aunque fuera mitigada en su contundencia, no la ha adquirido el Tribunal, que ha examinado con todo detalle las pruebas practicadas".

6. SAP BALEARES, SECC. 3^a, 26/marzo/2013: SÍNDROME ANSIOSO DEPRESIVO, TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO. "Obra en autos una escueta nota clínica de la Dra. Doña Carmela, al folio 66, de fecha 8 de abril de 2010, expresiva de que la Sra. Hortensia, con diagnóstico de depresión con agobio desde noviembre de 2008, es tratada con cipralex y alprazolan. Dicha nota no ha sido ratificada por su autora a presencia judicial. Se ha aportado igualmente una nota clínica emitida por la Dra. Doña Macarena, expresiva de que atiende a la Sra. Hortensia desde el 28 de octubre de 2008 por sintomatología ansioso depresiva de unos tres meses de evolución.

Refiere la Dra. Macarena en su declaración judicial que trabaja en el centro de Salud como médico de familia y que no es especialista en psiquiatría. No recuerda la Sra. Macarena las veces que ha atendido a Doña Hortensia, pero reconoce que no han sido muchas, y manifiesta que dedica una media de unos siete minutos a cada paciente. También ha manifestado que no hizo pruebas a la Sra. Hortensia para evaluar la gravedad del trastorno y reconoce que no puede precisar si dicha paciente, al tiempo de otorgarse la escritura que aquí se impugna, tenía afectada su capacidad cognitiva.

La psicóloga Doña Ariadna refiere que prestó tratamiento psicológico a la Sra. Hortensia. Señala en su informe, fechado el 16 de septiembre de 2010, que en fecha 23 de febrero de 2010 llevó a cabo la evaluación psicológica de Doña Hortensia con el siguiente resultado: La escala de gravedad de síntomas del trastorno de estrés posttraumático arrojó una puntuación de 24 sobre 51, esto es, presencia de sintomatología moderada con síntomas de evitación y ansiedad somática. La escala para la medición de depresión dio un resultado de 29 sobre 63, lo que indica, según ha precisado la Sra. Ariadna en el acto del juicio, un trastorno leve-moderado. También ha reconocido, la expresada perito, que no puede determinar que la Sra. Hortensia estuviera privada de capacidad el 28 de abril de 2009.

Se ha aportado igualmente un informe pericial realizado por el psiquiatra Dr. Darío el 1 de mayo de 2011, expresivo de que: Doña Hortensia padecía una depresión con ansiedad cuando firmó los documentos de donación de su marido. La Sra. Hortensia era portadora de un síndrome de estar quemada (burnout). La paciente tenía una dependencia enfermiza de su ex marido, una mezcla de miedo excesivo y respeto, que le llevó a disminuir o anular su capacidad de juicio y su voluntad. Doña

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Hortensia tenía por tanto una grave limitación de sus facultades cognoscitivas y volitivas para comprender el alcance y la trascendencia del acto de firmar las donaciones.

Este informe, realizado dos años después de la firma de la escritura de donación, con base en las notas clínicas de las doctoras Frida y Carmela y en las manifestaciones de la Sra. Hortensia y su Letrado, es totalmente insuficiente para acreditar la falta de capacidad de la demandante, en el riguroso sentido expuesto en el anterior Fundamento de Derecho.

Pero es que, además, dichas conclusiones chocan frontalmente:

- Con el testimonio de D. Carlos Jiménez Gallego, Notario autorizante de la escritura de donación de 28 de abril de 2009, quién en su declaración judicial ha manifestado que no tuvo ninguna duda de la capacidad de Doña Hortensia para otorgar la escritura de donación, y que caso de haber dudado no hubiese permitido su otorgamiento. Es cierto que este juicio notarial no conforma una presunción iuris et de iure, sino iuris tantum, y que a la hora de autorizar una escritura de donación no se impone al notario un deber específico de indagar la capacidad de obrar que ha de tener la poderdante a fin de intervenir de manera eficaz en ese concreto negocio jurídico, como ocurre cuando autoriza un testamento y que en el caso que nos ocupa el juicio de capacidad que ha de emitir el notario es el general de toda escritura pública, contemplado en el artículo 167 del Reglamento Notarial; pero ello no significa que éste juicio, en principio, no esté asistido de relevancia y de certidumbre, dado el prestigio y la confianza social que merecen, en general, dichos profesionales.
- Con las manifestaciones de la psicóloga Doña Vanesa, quién actuó de perito designado por ambas partes litigantes en el procedimiento de disolución por razón de divorcio de su matrimonio, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Palma. Señala la Sra. Vanesa que evaluó tanto al Sr. Bienvenido como a la Sra. Hortensia referente al tema de la custodia de sus dos hijos menores, que vio a Doña Hortensia triste y abatida, pero en modo alguno incapacitada, como lo demuestra el hecho de recomendar la custodia compartida por ambos progenitores.
- De hecho, en la sentencia de divorcio de 7 de junio de 2011 se estableció un régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas por el Sr. Bienvenido y la Sra. Hortensia, solución que difícilmente se hubiera producido si durante el procedimiento, que se inició por demanda de D. Bienvenido presentada el 30 de octubre de 2009, y en el que intervinieron hasta tres peritos para evaluar la aptitud de ambos progenitores para el cuidado de sus hijos menores, se hubiese dudado de la capacidad de Doña Hortensia.
- Consta igualmente acreditado en autos que la Sra. Hortensia es licenciada en informática, y al tiempo de otorgar la escritura de donación que aquí se impugna trabajaba de profesora interina de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, sin que conste baja alguna -documental de los folio 382 y siguientes-.
- Pero es que, además, el 24 de febrero de 2009, la Sra. Hortensia otorgó ante el Notario D. Carlos Jiménez Gallego poder general a favor de D. Bienvenido "con plenitud de facultades y libertad para establecer, sin limitación alguna, pactos y disposiciones, aunque al actuar incurra en conflicto de intereses, múltiple representación o autocontrato" -documental de los folios 73 y siguientes-.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

- En la misma fecha, 24 de febrero de 2009, ante el mismo Notario Sr. Jiménez Gallego, la Sra. Hortensia otorgó junto con el Sr. Bienvenido escritura de reducción de capital y nombramiento de administrador de la sociedad Roca y Bujosa SL, al objeto de que la entidad deviniera unipersonal, pasando a ostentar el Sr. Bienvenido la titularidad de todas las participaciones y la condición de administrador único.

Dichas actuaciones negociales de Doña Hortensia, contemporáneas con la donación litigiosa y de gran trascendencia patrimonial, no han sido impugnadas por causa de falta de capacidad para consentir de la Sra. Hortensia y lo cierto es que si Doña Hortensia adolecía del defecto mental que la privaba de la capacidad para regir sus bienes con ocasión de la donación de día 28 de abril de 2009, no puede sostenerse con un mínimo de coherencia que sí lo estaba para estos otros dos actos de disposición patrimoniales coetáneos".

7. SAP BARCELONA, SECC. 13^a, 11/abril/2013: TRASTORNO DEPENDIENTE DE LA PERSONALIDAD. "En el fundamento de derecho segundo de la recurrida se analiza correctamente la prueba practicada en autos. Así de los informes médicos aportados por la recurrente se extrae que si bien es cierto que la Sra. Rafaela está en tratamiento psiquiátrico desde hace 7 años por trastorno dependiente de la personalidad y trastorno de ansiedad, no lo es menos que en ninguno de ellos se menciona limitación alguna de la capacidad volitiva e intelectiva de la misma y menos respecto del momento de la prestación de su consentimiento, por lo que no habiendo sido declarada incapaz y presumiéndose la capacidad, el primer motivo ha de ser desestimado".

B) SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE APRECIA QUE EL CONSENTIMIENTO HUBIERA SIDO VÁLIDAMENTE EMITIDO.

8. SAP BARCELONA, SECC. 11^a, 23/abril/99: ALCOHOLISMO CRÓNICO. "La prueba pericial, se estima determinante para apreciar que la patología que sufría el Sr. M., derivada del alcoholismo crónico, le ocasionaba una importante alteración de sus facultades intelectivas que excluyen la posibilidad de prestar consentimiento válido a la hora de otorgar el testamento de fecha 18 de Junio de 1993. Los testigos que conocían en su vida diaria al Sr. M. manifiestan las evidentes alteraciones mentales que apreciaban en él, y los médicos que lo trataron de sus múltiples dolencias ratifican los informes que obran en autos en los que se pone de manifiesto la enfermedad del Sr. M. y sus trastornos de conducta, que incluso motivaron meses antes de otorgar el testamento que se impugna, su ingreso en centro psiquiátrico, por orden judicial.

El juicio que se formasen el Notario y los testigos, sobre la capacidad mental del testador, no impide que el Tribunal pueda declarar la capacidad de aquél ya que como se señala en la Sentencia del T.S. de 27 de Noviembre de 1995, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el Notario y los testigos sobre la capacidad del testador 3 en el acto del otorgamiento. En el presente supuesto la prueba practicada, se estima concluyente acerca de la incapacidad del Sr. M. para otorgar testamento, en Junio de 1993, esto es cuando otorgó el que se impugna en la demanda por los trastornos psíquicos que le ocasionaba su dependencia al alcohol".

9. SAP BARCELONA, SECC. 4^a, 29/marzo/2000: ENCEFALOPATÍA. "Y en el caso tal demostración se logró, pues aun cuando por el centro médico no se remitiera el historial médico del paciente,

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

constan acompañados a la demanda sendos docs. (núm. 2 y 13) emitidos por el Centro Médico, con detalle de estancias y padecimientos, el certificado de defunción, acaecida en día siguiente 18, a las nueve y media, y la esclarecedora testifical del Jefe de Servicio; en quien ningún ánimo se vislumbra, ni insinúa, para que faltara a la verdad, (folios 493, 572, 576 y 577), quien ratificó los precitados docs., manifestando que el estado síquico se deterioró en las últimas 48 horas, sin que estuviera con facultades para adoptar decisiones conscientes, estando afecto de una encefalopatía metabólica por hipercapnia, la que le provocó en las últimas horas y en concreto, en las 24 precedentes, un deterioro del estado de conciencia y capacidad volitiva, creando un estado de confusión que ya advirtió el doctor, minutos antes de la visita del director de la Oficina de la "Caja de Ahorros B.", y ya su estado era muy precario; ante lo cual no puede menos que confirmarse la sentencia, cuyos razonamientos al respecto se asumen en evitación de inútiles repeticiones, máxime cuando los recurrentes no realizaron prueba alguna que cuestionase las conclusiones del Jefe del servicio que lo atendió hasta el fallecimiento en el Centro Médico S.".

10. SAP MADRID, SECC. 19^a, 9/febrero/2006: TRASTORNO LÍMITE DE LA PERSONALIDAD. "El demandado, ahora apelante, D. Luis Manuel, compró el 6.11.2001, al Centro de Estudios CEAC S.L. un curso de instalador electricista por importe de 1.434,28 euros. Iniciado por el procedimiento monitorio, se opuso el demandado que oponía no encontrarse psíquicamente capacitado para seguir dicho curso, no negando la realidad del contrato ni la recepción de la mercancía. La documentación que presenta y en aras a justificar su afirmación, se concreta en un ingreso voluntario el 18.3.2002 y alta el 25.3.2002 que refiere una baja laboral de 5 meses por trastorno afectivo recurrente, nuevo informe de ingreso el 15.5.2002 y alta el 20.5.2002, que refiere trastorno de la personalidad sin especificar, haciendo alusión al ingreso anterior tras gesto autolítico, otro ingreso el 7.11.2002 y alta el 15.11.2002. En autos consta informe de la Dra. Amelia fechado el 20.4.2005 que pone de relieve que el demandado se trata de un paciente en tratamiento en el Servicio de Salud Mental desde febrero del 2000, con dos intentos autolíticos y múltiples ingresos, diagnosticado como trastorno límite de la personalidad con predominio de síntomas de vacío afectivo, y que presenta dificultades para su integración en el mundo laboral (...).

Ningún obstáculo concurre en consecuencia para poder ser tratada la aludida nulidad del contrato, debatida en el procedimiento y plenamente justificada a la luz de los numerosos informes periciales, que ponen de relieve el estado del apelante en época inmediata, anterior y posterior a la firma del contrato, su incompatibilidad con el desarrollo de cualquier trabajo y en consecuencia la concurrencia de causa de nulidad.

La estimación de la nulidad ha de comportar que el demandado, restituya de estar en su poder los efectos recibidos en cumplimiento del contrato".

11. SAP ALMERÍA, SECC. 3^a, 14/noviembre/2006: ICTUS. "Pues bien, coincidiendo con el Juzgador "a quo", entendemos que esa prueba se ha logrado, habiendo quedado acreditada la incapacidad del vendedor en el negocio de autos. La documental aportada por la demandada pone de manifiesto que el citado vendedor ingresó en el Hospital "Torrecárdenas" el 4 de mayo de 2002 (f. 175) por un ictus isquémico que afectaba a la arteria cerebral media (ACM) izquierda, presentando dificultad para la expresión del lenguaje, siendo trasladado el 17 de mayo de 2002 a la Cruz Roja, continuando a fecha 11 de octubre de 2002 (f. 178) con hemiplejia derecha, por irreversibilidad del ictus en ACM izquierda.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Esta situación de la parte vendedora desde el 4 de mayo al 11 de octubre de 2002 ha sido analizada por la testigo perito, médico-neurólogo, propuesta igualmente por la demandada; testigo quien, ratificando en el informe emitido (f. 176) ha indicado que el territorio afectado por ese ictus comprende no sólo el lenguaje sino también la comprensión, siendo su situación irreversible desde el momento en que se instaura ese cuadro clínico (el 4 de mayo de 2002), hallándose desde entonces en unas condiciones psíquicas y físicas de incapacidad total".

12. SAP CANTABRIA, SECC. 4º, 11/enero/2008: ALZHEIMER. "Constan informes médicos acreditativos de que en D. Carlos fue diagnosticado de enfermedad de Alzheimer en el año 1991, en el año 1992 se dice que existe un deterioro progresivo de las funciones superiores pero comprende las órdenes y se expresa con fluidez, aunque presenta conductas extravagantes, en el informe del año 1993 que desde la revisión del año anterior no hay empeoramiento manifiesto, la enfermedad está estacionaria, sus limitaciones afectan al lenguaje, memoria y orientación y a la comprensión de cuestiones complejas, es plenamente autónomo en lo personal. El Neurólogo Sr. Agustín, a la vista de los informes, considera que D. Armando desde el diagnóstico de la enfermedad, en el año 1991, hasta febrero de 1994 sufrió un progresivo deterioro de sus funciones que puede calificarse de moderado, en enero de 1994 presentaba un nivel 1 y 2 dentro de la enfermedad diagnosticada, lo que equivale a una demencia leve a moderada. Dichas pruebas documentales no acreditan de forma clara y precisa que D. Armando careciese del discernimiento necesario para otorgar poder en enero de 1994.

El Notario ante quien se otorga dicho poder, Dª Julia, da fe de que tiene la capacidad necesaria para otorgar poder. En marzo del año 1993, ante el Notario Sr. Arístides González Quijano otorga testamento D. Carlos, dando fe dicho Notario de la capacidad del otorgante. Testamento que consideran válido los actores y, por tanto, a D. Carlos con capacidad de discernimiento suficiente para otorgar testamento diez meses antes de otorgar el poder, cuya nulidad se insta. En agosto de 1994, ante el Notario Sr. González Quijano vuelve a comparecer para elevar a públicos determinados acuerdos, y el Notario vuelve a dar fe de la capacidad. Debe concluirse, como hace el juzgador a quo, que no existe prueba suficiente para acreditar que el día 26 de enero de 1994 D. Armando no pudo dar su consentimiento de forma válida y eficaz, al poder o mandato a favor de Dª Elena y Dª Amanda, por carecer del discernimiento necesario para dicho acto jurídico. Dicho poder se considera válido y eficaz.

La única prueba acreditativa de un estado de absoluta incapacidad por falta total de discernimiento es la prueba pericial judicial, pero la Doctora no examinó nunca al paciente y ha emitido su informe a la vista de los distintos informes médicos obrantes en autos. Prueba pericial contradictoria con las distintas escrituras públicas o documentos públicos en que intervino D. Carlos, en dichas fechas, y donde dos Notarios distintos dan fe de su capacidad. A ello debe unirse que su hermana Dª Amanda con la que vivía D. Carlos no sólo no instó nunca la incapacidad de D. Carlos, pese a ser persona legitimada para ello, sino que aceptó el poder que le otorgaba D. Carlos en enero de 1994. Si Dª Amanda hubiese considerado que su hermano carecía del discernimiento necesario para realizar cualquier acto jurídico, nunca hubiese aceptado el poder otorgado por una persona incapaz totalmente ni hubiese utilizado dicho poder, como lo hizo en el año 1995".

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

13. SAP BALEARES, SECC. 3^a, 9/febrero/2008: DEMENCIA SENIL. "En fecha 1 de julio de 2004, D^a Edurne y D. Cesáreo, suscribieron un contrato que denominaron de arrendamiento, por el que la primera cedía en arrendamiento al segundo la vivienda descrita por un periodo de 29 años que finalizaba el 30 de junio de 2033, prorrogable por el arrendatario por plazos anuales, por una renta mensual de 90 euros mensuales, reservándose la arrendadora el derecho de cohabitar en la vivienda y el arrendatario asumía cuidar de ella, hacerle la comida y procurara que no le faltara nada durante los siete u ocho meses que el arrendatario residía en la vivienda, salvo que la arrendadora, por motivos de salud, debiera ingresar en un hospital, siendo a su cargo todos los gastos de sostenimiento del inmueble, electricidad, agua, gas, IBI y Tasa de Incineración de Basuras, sin constancia en autos de la consumación de dicho contrato.

El valor del alquiler de la vivienda arrendada ascendía en el mercado inmobiliario a la cantidad de 1.132 euros mensuales, y mientras tuvo alquilada una habitación el hotel para ocuparla su empleado abonaba durante siete meses la cantidad media de 1.110 euros (...).

Pues bien, en justa aplicación de la doctrina legal citada al caso que se enjuicia y en relación a los hechos declarados probados, este tribunal llega a la conclusión que la arrendadora Doña. Edurne carecía de la capacidad necesaria para prestar válidamente el consentimiento debido a la enfermedad cerebral que padecía desde el año 2004 en que le fue diagnosticada, y que se agravó considerablemente a partir del mes de febrero de 2005, causándole un deterioro cognitivo severo que le impedía comprender y aceptar el contenido del contrato que en nada la beneficiaba y que cualquier persona en su cabal juicio no lo hubiera aceptado, según se desprende del informe y declaración de su médico de cabecera que la atendió durante sus diez últimos años de vida que no duda en afirmar que padecía demencia senil que le impedía comprender el contenido contractual, lo que viene corroborado por la enfermera que la atendía en el PAC y una vecina próxima, pruebas directas y más próximas a la paciente que acreditan su falta de capacidad mental por dicha enfermedad, sin que ello sea óbice que pudiera tenerla para otorgar testamento en fecha 8 de septiembre de 2004, que superan los informes del Hospital de Manacor y testifical de las personas más próximas del demandado, el subdirector del Hotel Rocamarina y su directora, lógicamente interesadas en la validez del contrato en tanto les libraba del pago del alquiler de la habitación durante la temporada turística".

14. SAP LAS PALMAS, SECC. 4^a, 22/abril/2010: DEMENCIA SENIL. "En la historia clínica de la Sra. Marisol aperturada el 8 de febrero de 1989, se hace constar que no oye por el oído derecho y ve muy poco. Que el 17 de marzo de 2000 se realizó por el propio médico de cabecera D. Marco Antonio un cuestionario para la valoración funcional de las personas de la tercera edad, el test de Pfeiffer y la escala Laghton and Brody, y reseña el informe del Policlínico Santa Barbara, de 21 de noviembre de 2000 y el informe del Servicio de Urgencias de la Clínica San Roque de 22 de mayo de 2003, TAC craneal, con informe de 22 de mayo de 2005 y el dictamen pericial D. Ángel concluyendo los recurrentes que el órgano judicial a quo, a la vista de todas estas pruebas practicadas en la litis, debió tener por probado que la demandada D^a Jacinta llevó a su madre D^a Marisol el 6 de junio de 2003 en silla de ruedas a la notaría de Playa de Arinaga y vendió a esta hija sus 35 acciones de la empresa familiar Ronandez, SA, por un precio de 30.000 euros, siendo que el valor de las mismas era de casi 4 millones de euros.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Que D^a Marisol era al menos desde marzo de 2000 una persona totalmente dependiente de terceros para las más básicas funciones y actos de su vida cotidiana, y ello resulta confirmado por el informe de la Clínica Santa Bárbara de 21 de noviembre de 2000 detectándose ya síntomas de demencia senil. Que a partir de enero de 2003 entró en fase terminal. El 22 de mayo de 2003 ingresó de urgencias en el Clínica San Roque con diagnóstico de obnubilación, bloqueo de primer grado, síndrome confusional y el TAC practicado reveló atrofia córtico-subcortical, con enfermedad de pequeño vaso, demencia vascular compatible con demencia tipo alzhéimer. Que los peritos médicos declararon que a fecha de celebración del contrato de 6 de junio de 2003, en que se firma la escritura de compraventa, ya tenía anuladas sus facultades volitivas, y en ello coincidieron los peritos médicos Ángel, D. Marco Antonio y D. Fabio".

15. SAP DE BARCELONA, SECC. 13^a, 13/octubre/2011: ALZHEIMER. "A los autos tuvo acceso copia del informe pericial del Dr. Urbano, especialista en psiquiatría (f. 362 y ss, en relación con su declaración en juicio sujeto a contradicción), sobre la capacidad mental de la actora a 23.11.1998 (...) y tras las consideraciones médicas, concluye con que la actora "tenía mermada la capacidad de decidir sobre su patrimonio en 23.11.1998...la presencia de síntomas iniciales de la enfermedad de Alzheimer (demencia degenerativa del tejido nervioso que evoluciona de manera progresiva, con un curso general lento y variable, entre 3 y 20 años) distorsionó su capacidad de razonar y decidir sobre su patrimonio", añadiendo en el juicio que el estado de la actora ya marcaba una merma de sus facultades para poder decidir libremente en mayo de 1998 (declaración ante la policía judicial), así como que sobre los años 1996-1997 es cuando se empiezan a producir cambios en el estado de D^a Rafaela que van avanzando progresivamente en el tiempo (coincidiendo con los referidos movimientos bancarios, desapariciones de dinero no justificadas de la cuenta de D^a Amanda, préstamos, constitución de hipotecas sobre su vivienda -por un valor sobre los 14.500.00 pts.- que contrata con desconocidos y que le suponían una cuota mensual de 1.100.000 pts., la proximidad, mayo-noviembre de 1998 respecto de la disposición de local y vivienda propia, la falta de constancia de cualquier ingreso a favor de la actora...en definitiva un progresivo empobrecimiento).

Conforme a los informes médicos y sociales: ha iniciado un proceso de deterioro cognoscitivo, "deteriorament cognitiu no filiat" (f. 90 y ss); y según exploración por el Juzgado de 1^a Instancia 40 en julio de 2007 (f. 98): "...aspekte deteriorat. No sap l'edad que té... Nula capacitat de raonament abstracte...discurso incoherent...no compren moltes coses que li diuen. No relaciona conceptes...no es capaç d'explicar de què ha treballat...musita coses inintel.ligibles...totalment desubicada...".

Informe forense de julio 2007, en el mismo sentido, concluyendo con que "pateix deteriorament cognitiu sever y transtor persistent i progresiu que determina pèrdua d'autonomia personal i pèdia de la seva capacitat comercial" (f. 100).

En ese contexto, ha de valorarse la testifical, sin que ninguno de los testigos fuera tachado, todos fueron sometidos a contradicción y no existen méritos para dudar de sus testimonios: a) la Sra. Fermina, directora de la residencia donde estaba ingresada Amanda desde 1997, quien manifiesta haber notado un deterioro en la actora al cabo de un año o año y pico, dejando de acudir a visitar a su hermana con la frecuencia inicial porque decía que "tenía reuniones con su abogado", que estaba como fuera de la realidad, con ausencias y conversaciones poco coherentes. b) la Sra. Tania, vecina de D^a Rafaela y propietaria de un Restaurante al que aquella acudía, que estando su hermana

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

ingresada explicaba cosas inconcretas sobre que no le llegaba la pensión, iba frecuentemente acompañada por el Sr. Abilio. c) la Sra. Emma, prima de la actora, quien refiere las entrevistas con la trabajadora social, las disposiciones de la actora que éste le decía que había "prestado", que en 1998 la actora ya no podía regir en lo económico, que telefónicamente le decía cosas "tontas" como que le habían ingresado una cantidad tan importante de dinero que el Banco no la había podido contar, que el Sr. Abilio se aprovechaba de su prima gastándose el dinero de ésta. d) la Sra. Remedios, quien vivió con Rafaela entre 2005 y 2007, sin pagar alquiler a cambio de cuidar a la actora, que al principio aparecía como descuidada, le faltaban cosas como una lavadora, que decía que tenía cosas y las vendía y que todo lo manejaba su abogado, Sr. Abilio, que tuvo que llamar a los servicios Sociales, porque la actora estaba mal y su abogado solo aparecía cuando tenía que cobrar la pensión.

Todos cuyos datos constatan un proceso de deterioro cognitivo (en cuyo inicio es evidente el presunto abuso económico por parte del Sr. Abilio), con inicio entre 1996 y 1997, y por ello, afectado su consentimiento (con síntomas de Alzheimer) al otorgar ambas escrituras públicas, considerándose suficientemente desvirtuada la presunción de su capacidad de obrar, procediendo en consecuencia la nulidad de las referidas escrituras y, en base a la misma, la nulidad de la celebrada entre las codemandadas; de otro lado no consta acreditado que el precio de las dos compraventas celebradas por la actora haya supuesto un enriquecimiento para la vendedora incapaz, ni siquiera que haya ingresado en su patrimonio".

**Sustitución de la voluntad del enfermo psíquico en diferentes actos médicos:
tratamientos, abortos, esterilización, etc.**

VÍCTOR MANUEL ESCUDERO RUBIO

INTRODUCCIÓN

En virtud del instinto de conservación, la historia de la Medicina discurre de forma paralela y coetánea a la del ser humano. Desde el origen de la humanidad, el hombre tuvo que acudir a distintos remedios que intentaran proteger su salud en un medio particularmente hostil. En los albores de la historia, la medicina se asociaba a la brujería y la religión. Quien sanaba era el brujo o el sacerdote, por su vinculación con la divinidad. De ahí que la voluntad del paciente jugara un papel muy secundario, pues la persona tenía una individualidad muy difuminada, disolviéndose la voluntad individual en la divina. Las concepciones religiosas fueron evolucionando hacia posiciones más individualistas, pero la falta de una importancia real de la voluntad del paciente se mantuvo en la Medicina mucho tiempo después, de manera que hasta hace relativamente poco tiempo nos encontramos con una Medicina fundamental paternalista. La voluntad del paciente como factor decisivo del acto médico tiene escasa antigüedad.

La doctrina del consentimiento informado comenzó a desarrollarse en el Tribunal Supremo de Estados Unidos y se atribuye al Juez Cardozo en la sentencia de 1914 en el caso Schloendorff versus Society of New York Hospital. En España, dejando al margen precedentes puntuales, como el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 7 de julio de 1972 o el Real Decreto 2082/1978, la Constitución de 1978 supone un punto de inflexión en esta materia, consagrando en el art. 10 la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social, y en el art. 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Como desarrollo de los principios constitucionalmente consagrados, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad consagró ya la doctrina del consentimiento informado, materia reglada hoy en Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP). Esta norma contiene una referencia expresa en materia de discapacidad, al indicar la Disposición Adicional 4^a que “el Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en esta Ley”.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

El objeto esencial de esta ponencia es el consentimiento informado por representación, pero no debemos olvidar que el consentimiento por representación es también consentimiento informado, con la particularidad de que, en lugar de emitirlo el paciente, lo hace un tercero, en virtud de una imposibilidad de aquél. De ahí, la necesidad de analizar, antes del consentimiento por representación, el consentimiento informado, análisis que debe extenderse también a las denominadas instrucciones previas, puesto que en este caso la voluntad del paciente impedito para prestar su consentimiento justo antes del acto médico, se suple no con la decisión de un tercero, sino con el criterio del propio paciente, expresado con anterioridad.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia sanitaria resulta compleja. Según el art. 148.1.21 de la Constitución, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de sanidad. De hecho, dicha asunción se ha realizado y algunas de ellas han regulado materias contempladas en la LAP. Por otra parte, el art. 149.1.16 CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, así como sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

En virtud de este marco referencial, la Disposición Adicional 1^a de la LAP atribuye a dicha norma la “condición de básica”, por lo que, como señala el Tribunal Constitucional al analizar el concepto de norma básica (STC nº 197/2012, de 6-11-2012), debe ser “respetada en su desarrollo” por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que, como dispone la propia Disposición Adicional 1^a, tanto el Estado como los entes autonómicos adopten “las medidas necesarias para la efectividad de esta ley”, regulando con mayor detalle determinados aspectos, pero respetando siempre las bases fijadas con la LAP.

Junto a la normativa estatal y autonómica, reviste un carácter particularmente relevante el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los Derechos Humanos a la Biomedicina del Consejo de Europa, conocido como Convenio de Oviedo. El documento fue abierto a la firma en Oviedo el 4 de abril de 1997 y aprobada su ratificación, por unanimidad, en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados celebrado el día 29 de abril de 1999, entrando en vigor en España el 1 de enero del 2000.

Respecto del valor normativo del Convenio de Oviedo, deben hacerse dos consideraciones.

Por un lado, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo directamente aplicable y, dentro del sistema de fuentes, tiene un valor superior a la ley interna (art. 96.1 CE), que debe ajustarse y respetar las disposiciones de ésta. La propia exposición de motivos de la LAP reconoce como una de sus finalidades incorporar y desarrollar derechos e instituciones contemplados en el Convenio de Oviedo. Por eso, puede resultar difícil la aplicación directa del Convenio, en cuanto que la propia ley nacional ha recogido y desarrollado de forma pormenorizada materias reguladas en aquél.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Por otro lado, constituye un importantísimo elemento interpretativo de la legislación nacional. El art. 10.2 CE dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El consentimiento informado afecta, como luego señalaremos, a determinados derechos y libertades reconocidos por la CE: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad de conciencia (art.16) o el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18). De este modo, para la interpretación de la LAP y de la normativa autonómica de desarrollo, debe tenerse como pauta interpretativa los principios y la regulación contenida en el Convenio de Oviedo.

Con un carácter eminentemente didáctico, la LAP define el consentimiento informado (art. 3) como “la 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”. Así, podemos entenderlo como la declaración de voluntad efectuada por el paciente (y en su defecto, por las personas legalmente habilitadas para ello) mediante la que, tras una información suficiente, decide prestar su conformidad a un determinado acto médico.

En virtud de la anterior definición, y desde el punto de vista jurídico, el consentimiento informado constituye un negocio jurídico, integrado por una declaración de voluntad a la que el ordenamiento le atribuye determinados efectos.

El consentimiento informado encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad, concepto este que DIEZ-PICAZO y GULLÓN definen como el poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses¹. Tal autonomía se configura un derecho fundamental de la persona. El TEDH ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, considerando que la imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado que puede poner en cuestión los derechos protegidos por el art. 8.1 CEDH (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63). Igualmente, nuestro Tribunal Constitucional lo considera inherente al derecho a la integridad física y moral, afirmando la STC de 28 de marzo de 2011, nº37/2011 (EDJ 2011/18185), que señala que “*la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral*”. El Tribunal Supremo sigue, como no podía ser de otra forma, esta doctrina, afirmando la STS de 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010) que “*el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”.

¹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. 4^a edición. Madrid. 1983. Pág. 377.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

De los propios términos del concepto resulta que éste se compone de dos elementos: información y consentimiento, o mejor dicho, consentimiento precedido de información.

La LAP regula, con carácter general, la información asistencial en el art. 4, conteniéndose normas específicas relativas a los supuestos de incapacidad en el art. 5.

Según el art. 4 LAP, la información debe darse en “cualquier actuación” en el “ámbito de salud” de la persona sometida a aquélla. La terminología utilizada no puede ser más general, por lo que cualquier persona tiene derecho a ser informada de todo acto en ese ámbito, por nimio que pudiera considerarse. Se trata de un derecho del paciente, si bien es un derecho renunciable, puesto que el mismo artículo 4.1 dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”.

Como todo derecho, puede ser objeto de limitación en los términos legalmente previstos. La LAP contempla específicamente el denominado privilegio terapéutico en el art. 5.4, afirmando “el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”. El supuesto de hecho del que parte la norma para limitar la información es únicamente que dicho conocimiento pueda perjudicar gravemente la salud del paciente. No obstante, algunos autores, como SANCHO GARGALLO², consideran que no debe hacerse una lectura superficial del precepto, sino que debe conectarse con el 10.1 y 8.2 de citada norma, de forma que tal limitación de información no operaría cuando se trate de los supuestos comprendidos en este último artículo, es decir, aquéllas actuaciones médicas que pueden suponer un mayor riesgo para la salud del paciente y que, por tal motivo, exigen que el paciente preste su consentimiento por escrito. Según dicho autor, si en tales casos se limitara la información, nos encontraríamos ante un consentimiento ineficaz, al haberse tomado sin conocimiento de causa, de lo que deduce que para que opere el denominado privilegio terapéutico debe concurrir no solo una situación de necesidad, derivada del riesgo inminente y grave para la integridad del paciente, y al mismo tiempo que la situación en que se encuentra en ese momento el paciente le impida asumirla y tomar la decisión.

El suministro de la información por el personal sanitario forma parte de su *lex artis ad hoc* [SAP de Madrid, Secc. 12^a, de 16 de mayo de 2005 (EDJ 2005/87012) o SAP de Asturias, Secc. 4^a, de 2 de febrero de 2006 (EDJ 2006/35855)] y su contenido viene determinado por el art. 4 y 10.1 LAP. En esencia, como señala LACHICA LÓPEZ³, debe ser suficiente para que el paciente pueda tomar una decisión responsable, debiendo incluir de manera clara, veraz y sencilla todo lo concerniente a los posibles beneficios, riesgos, alternativas, efectos secundarios, etc. Cuanto más sea el riesgo, más

² SANCHO GARGALLO, I, Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. WP 209. Barcelona 2004. Pág. 18. Disponible en http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf.

³ LACHICA LÓPEZ, E. Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario: información y consentimiento. *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 20. Consejo General del Poder Judicial. 2005. Pág. 108.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

pormenorizada debe ser más la información, deber que se intensifica también en los supuestos de la denominada “medicina voluntaria”.

La LAP (art. 4.1) prevé que la información, como regla general, se proporcionará verbalmente, debiendo dejarse constancia en la historia clínica. Desde el punto de vista legal, ello es así. No obstante, las consecuencias de la omisión, a las que luego nos referiremos, hacen aconsejable que, al menos en los actos médicos que pueden generar algún riesgo relevante, se documente por escrito. Si se produce un resultado lesivo para el paciente, la falta de información al mismo puede determinar una responsabilidad civil para el personal sanitario. En el proceso en el que se le exija tal responsabilidad, la carga de la prueba de que se ha suministrado información al paciente y que esta es suficiente recae sobre el personal sanitario demandado [STS 2 de julio de 2002 (RJ 2002/5514)]. De ahí, la conveniencia de que conste por escrito toda la información que se suministra al paciente.

La falta de información o el suministro de una información deficiente determinan, en caso de un resultado perjudicial, la responsabilidad del facultativo. Así, lo viene entendiendo una copiosísima jurisprudencia, de la que es un mero ejemplo la STS de 18 de junio de 2013 (LA LEY 83500/2013), que afirma que *“no se ignora que la actividad médica no está desprovista de riesgo y los criterios de objetivación de la responsabilidad profesional sanitaria están vedados por la jurisprudencia, pero lo que no puede el médico es incrementar de forma innecesaria e inadecuada los riesgos que ya en sí mismo tiene el acto médico y hacer partícipe de los mismos a la paciente sin una previa y detallada información y consentimiento expreso de esta, cuando era posible hacerlo”*. En la STS de 26 de septiembre de 2000 (LA LEY 1690/2001), se habla específicamente de “consentimiento desinformado”. No obstante, el Tribunal Supremo ha moderado el cuantum indemnizatorio en los supuestos de falta de información en relación a otros de mala praxis [STS de 16 de enero de 2012 (LA LEY 3558/2012)].

El otro elemento que integra el consentimiento informado es el consentimiento en sí, la declaración de voluntad, necesario en “cualquier actuación” en el “ámbito de salud”.

Según el art. 8.2 LAP, el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. El precepto presenta alguna dificultad a la hora de interpretar alguno de los conceptos utilizados. Por “procedimiento quirúrgico” puede entenderse aquél acto médico que se realiza en un local que tiene, a los efectos legales, la consideración de quirófano. Más problemas plantea el término “procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores”, siendo, quizás, lo más lógico identificarlos con aquéllos que implican mayores riesgos y que previsiblemente pueden tener una repercusión negativa sobre la salud del paciente. En cualquier caso, resulta predicable lo dicho con anterioridad sobre la información, puesto que los riesgos de la falta de acreditación para el facultativo son los mismos.

La LAP no regula el tiempo que debe mediar entre que el paciente recibe la información y presta el consentimiento. Parece lógico que la información se facilite con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente sobre el acto médico que consiente, tal y como prevé el art. 11.2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, que establece un plazo mínimo de veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. Igualmente, la Ley 3/2001 de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes dispone que “la información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente”.

La necesidad del consentimiento del paciente es una regla que admite excepciones. En unos casos, se dispensa el consentimiento; en otros, éste es prestado por personas vinculadas al paciente; y en otros, la decisión se atribuye a los tribunales.

El art. 9.2 LAP regula los supuestos en los que no es necesario el consentimiento del paciente:

1.- Cuando exista riesgo para la salud pública, remitiéndose a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Del art. 2 de esta norma se infiere que se podrá prescindir del consentimiento “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”.

2.- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Se trata de una situación de estado de necesidad, que requiere un riesgo inminente de un perjuicio grave para la salud y la imposibilidad de obtener de forma urgente el consentimiento del paciente o el denominado consentimiento por representación del art. 9.3 LAP.

Fuera de la LAP, existe también un supuesto en el que se dispensa el consentimiento del paciente: el art. 106.1 k) del Código Penal, que contempla que la libertad vigilada puede consistir en la obligación del condenado de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

En otros casos, ante la negativa del paciente, la decisión se encomienda al Juez. El art. 21 LAP prevé el supuesto de que el paciente no acepte el tratamiento prescrito. En este caso, se propondrá al paciente la firma del alta voluntaria. Si ésta tampoco es aceptada, la dirección del centro podrá acordar el alta forzosa, poniéndolo “en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión”.

El consentimiento informado es, por esencia, revocable y puede serlo en cualquier momento, resultando llamativo que el art. 8.5 LAP exija que la revocación se haga por escrito, cuando la regla general es que el consentimiento se preste verbalmente.

En cuanto a los efectos del consentimiento informado, SANCHO GARGALLO⁴ señala que aquél trae consigo la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la

⁴ SANCHO GARGALLO, I, Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. WP 209. Barcelona 2004. Pág. 15. Disponible en http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

intervención autorizada, pero no excluye la responsabilidad médica por daños imputables a una actuación negligente del facultativo o al mal funcionamiento del centro o servicio médico.

LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

La LAP define las instrucciones previas en su artículo 11.1, al afirmar que “por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

La relación entre las instrucciones previas y el consentimiento por representación resulta evidente, ya que aquéllas se otorgan precisamente en previsión de que, en su día, el paciente no esté en condiciones de prestar su consentimiento.

La primera cuestión que surge sobre las instrucciones previas se refiere a los requisitos subjetivos para su otorgamiento. El art. 11.1 LAP se refiere a una persona “mayor de edad y capaz”. Por tanto, conforme a la legislación estatal no pueden otorgarlas los menores de edad. Algunas normas autonómicas permiten su otorgamiento a los menores emancipados, pudiendo citarse el art. 4.1 de la Ley 5/2003 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada. En cuanto a los incapacitados, habrá de estarse al contenido de la sentencia de incapacidad, si bien el art. 4.2 de la Ley 5/2003 de Andalucía prevé que “los incapacitados judicialmente podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacidad. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacidad ya establecida”. Para otorgarlas no basta con el requisito de la edad y la falta de incapacidad, sino que el otorgante debe tener capacidad natural, es decir, que tenga la inteligencia suficiente para comprender la actuación de que se trate y voluntad, lo que obliga a realizar un juicio de capacidad, que tendrán que llevar a cabo el notario, testigo o funcionario ante el que, según la normativa aplicable al caso, se formaliza.

En cuanto a la forma, la LAP solo exige que se realicen por escrito. Las distintas normativas autonómicas han desarrollado más este punto, exigiendo determinados requisitos formales.

La Ley 21/2000 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (art. 8.2) establece dos opciones: a) Ante notario. En este supuesto, no es precisa la presencia de testigos; b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante. Este modelo es seguido, entre otras, por la Comunidad

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Autónoma de Navarra, que contempla también la opción de que se otorgue ante funcionario o empleado público encargado del Registro de Voluntades Anticipadas de Navarra, de conformidad con las previsiones reglamentarias (art. 55.1.c Ley 17/2010), al igual que el País Vasco (art. 3.2 Ley 7/2002). Por su parte, la ley andaluza (art. 5 Ley 5/2003) exige que conste por escrito y que se inscriba en un registro público constituido al efecto. En cualquier caso, y para garantizar la eficacia de dichas instrucciones previas, éstas deben incorporarse a la historia clínica del paciente.

Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, la LAP (art. 11.5) preveía la creación de un registro nacional de instrucciones previas, institución que vio la luz mediante el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, y Orden SCO/2823/207, de 14 de septiembre.

La LAP (art. 11.3) contempla una serie de límites a las instrucciones previas, al afirmar que se aplicarán cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico o a la «lex artis», pues debe tenerse en cuenta que hay supuestos que podrían, incluso, encajar en ilícitos penales, como la cooperación al suicidio, prevista en el art. 143.4 del Código Penal.

En cuanto al contenido de las instrucciones previas, el art. 11.1 LAP, ya citado, se refiere a una manifestación anticipada de “su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (...). El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. En virtud de ese tenor literal, podría pensarse que dichas instrucciones previas deben contener necesariamente la voluntad del interesado sobre una actuación médica futura, pudiendo aquél (el precepto utiliza la expresión “puede designar además”) nombrar una persona que tendría como función procurar el cumplimiento de las instrucciones, a modo de “albacea”. Esta es la interpretación que hace SANCHO GARGALLO⁵, que sostiene que dicho interlocutor “no puede llegar a ser un fiduciario, no puede suplir la voluntad del otorgante, pues nadie puede ceder la facultad de decidir sobre estos derechos personalísimos –la integridad física y la atención sanitaria- a un tercero. Su función no es decidir en vez del otorgante, sino cerciorarse de que las instrucciones emitidas de forma fehaciente por el paciente se tienen en cuenta”. En términos similares a la ley estatal se pronuncia el art. 5.1 de la Ley 3/2001 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Este criterio se difumina en alguna normativa autonómica, donde parece que la persona designada es algo más que un albacea del paciente, pudiendo ser el nombrado el que emita el consentimiento con mayor o menor amplitud. En este sentido, el art. 8.1 de la Ley 21/2000 de la Comunidad Autónoma de Cataluña establece que en el documento de voluntades anticipadas la persona puede también designar a un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que le “sustituya” en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. Más

⁵ SANCHO GARGALLO, I. Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas. *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 10. Consejo General del Poder Judicial. 2004. Pág. 224.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

clara resulta la normativa andaluza, disponiendo el art. 3.2 de la Ley 5/2003 que en la declaración el autor podrá manifestar la designación de un “representante”, que será quien le “sustituya” en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que éste proceda. Del mismo modo, la 1/2003 de la Comunidad Autónoma Valenciana (art. 17.1) dispone que la persona otorgante podrá también designar a un “representante” que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario para que, caso de no poder expresar por si misma su voluntad, la “sustituya”. Por último, la Ley 7/2002 del País Vasco, en su art. 2.3, prevé la posibilidad de designar uno o varios representantes para que sean los “interlocutores válidos del médico o del equipo sanitario y facultarles para interpretar sus valores e instrucciones”, atribuyéndole, como vemos, facultades meramente interpretativas.

De la normativa estatal se deduce que el designado puede ser una persona física o jurídica, no existiendo inconveniente alguno para que éstas últimas puedan asumir esa función. Las personas jurídicas actuarán a través de los órganos que legalmente las representen. No se establecen los requisitos de capacidad del designado, debiendo aplicarse las normas generales: mayor de edad no incapacitado y que en el momento de su actuación tenga una capacidad natural suficiente. No obstante, la Ley 7/2002 del País Vasco establece en su art. 2.3.a) una serie de inhabilidades (el notario, el funcionario o empleado público encargado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas, los testigos ante los que se formalice el documento, el personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas, etc.).

Las instrucciones previas son revocables, exigiendo la LAP que la revocación se haga por escrito. Los principios generales, y en particular el de seguridad jurídica, determinan que la revocación se realice con sujeción a los requisitos formales exigidos por las distintas normativas autonómicas para que se tengan por válidamente emitidas.

Desde el punto de vista de la eficacia de las instrucciones previas, el principal problema que se plantea es el grado de vinculación de las mismas, es decir, si deben ser aplicadas directamente por los médicos o solo deben ser tenidos en cuenta, como apunta el art. 9 del Convenio de Oviedo. A favor de esta última tesis se aportar ciertos argumentos: la evolución de la ciencia médica, lo que determina que las pautas de actuación sanitaria contemplen supuestos que no existían al tiempo del otorgamiento de la instrucción, o que la instrucción no es equiparable al consentimiento informado, puesto que en aquélla no consta que se haya cumplido el requisito de la información.

La eficacia de las instrucciones previas plantea un problema específico respecto del enfermo mental: ¿Qué ocurre si el paciente indica en las instrucciones previas que no desea ser tratado en caso de trastorno mental? Tal instrucción no tendría eficacia jurídica, al ser contraria a lo dispuesto en el art. 11.3 LAP, debiendo recordarse que la utilización de medios coercitivos tiene como finalidad proteger no solo al paciente, sino también a la sociedad.

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Como se ha desarrollado hasta ahora, el acto médico exige el consentimiento del paciente. Por eso, el problema se plantea cuando aquél no tiene capacidad para consentir. En estos casos, y como no

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

puede prescindirse del consentimiento, el ordenamiento jurídico prevé que la aceptación del acto médico sea realizado por terceras personas vinculadas al usuario del servicio. Este sistema se esboza en el art. 6 del Convenio de Oviedo y es desarrollado por el art. 9.3 de la LAP, que dispone “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

La primera cuestión que surge es de orden terminológico. El art. 9.3 LAP utiliza el término consentimiento por “representación” al referirse a estos supuestos, como el art. 6.3 de la Ley 2/2002 de la Comunidad de La Rioja. Algunas normas autonómicas utilizan el concepto consentimiento por “sustitución”, como la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (art. 9), la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia (art. 6), o la Ley 21/2000 de la Comunidad de Cataluña (art. 7.2). La cuestión terminológica no es baladí, puesto que, desde el punto de vista jurídico, existen determinados supuestos en los que no cabe representación: los derechos de la personalidad, al tratarse de actos personalísimos. Por eso, ROMEO MALANDA⁶ considera que es más correcta la expresión “sustitución”, tal y como se preveía en la Proposición de Ley, modificada en este punto durante su tramitación parlamentaria. No obstante, hay que tener en cuenta que este concepto de los derechos de la personalidad está sometido a cambios desde el punto de vista jurisprudencial.

En este sentido, debe tenerse en cuenta la STC de 18 de diciembre de 2000 (BDB TC 43870/2000), que estimó el amparo ante una sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, que apreció la falta de legitimación activa de la tutora para interponer una demanda de separación matrimonial en nombre de su hija incapacitada, entendiendo que se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad de los cónyuges y reconociendo legitimación procesal a la tutora.

Según la LAP, existen tres supuestos de consentimiento por representación:

⁶ ROMEO MALANDA, S. Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. Diario La Ley, nº 5703, Sección Doctrina, 23 de enero de 2003. Año XXIII, Editorial LA LEY. Pág. 10.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

1.- MENORES.

A efectos de prestación del consentimiento informado, la mayoría de edad se establece, con carácter general, en los 16 años. A partir de las cero horas del día en que el menor cumple los 16 años, el menor decide autónomamente en el ámbito sanitario con carácter general. Pero antes de los 16 años, también se admite que el menor pueda tomar sus propias decisiones si tiene capacidad para comprender el alcance de la intervención, lo que da lugar a la figura del "menor maduro", debiendo ser el médico que va a realizar la actuación quien decide acerca de la madurez del menor. No es necesario tampoco el consentimiento por representación en los casos de menores emancipados, pues éstos también deciden por sí. Los supuestos de emancipación son menos relevantes en el ámbito sanitario, ya que la emancipación solo puede producirse, con carácter general, a partir de los 16 años, edad en la que ya no opera la figura del consentimiento por representación. El único caso donde se produciría una emancipación anterior a esa edad sería en los supuestos de matrimonio. Éste produce de derecho la emancipación (art. 316 CC). Para poder contraerlo no es necesario ser mayor de edad o estar emancipado, siendo posible el matrimonio a partir de los 14 años si se obtiene una dispensa judicial. Por tanto, el casado menor de 16 años también tiene plena autonomía en el ámbito sanitario, salvo las excepciones legalmente previstas. En todo caso, el menor debe ser oído si tiene 12 años.

Por los menores que no pueden consentir, deciden sus representantes legales: padres o tutor. En caso de desacuerdo entre los padres, la decisión corresponde al juez (art. 156.2 CC).

El principal problema que puede plantearse en estos supuestos se produce cuando la decisión del menor o de sus representantes legales implica un riesgo grave para la salud de aquél. En la práctica, se produce tales casos, siendo paradigmática la negativa de los testigos de Jehová a someterse a transfusiones de sangre. Los bienes en conflicto serán de un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión y religiosa, en determinados casos, sea indirectamente ejercida a través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros. Estas situaciones excepcionales de máximo conflicto por la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos en juego, han de superarse priorizando el interés superior del menor y paciente sobre la voluntad expresada por el mismo o, en su caso, por sus representantes legales. Ello se infiere de la interpretación de determinadas normas. El principio del "interés del paciente" viene consagrado en los arts. 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. Igualmente, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor dispone que "en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Ahora bien, ¿cuál es el interés del paciente o del menor en tales casos? Del análisis de la STS 31 de Julio del 2009 (ROJ: STS 5817/2009) se deduce que la salud constituye uno de los elementos esenciales que integran el interés del menor.

El problema de los testigos de Jehová ha sido analizado específicamente por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 154/2002, de 18 de julio (LA LEY 6237/2002), que sigue la pauta antes expuesta, afirmando que "*el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora*

contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable (...) En todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales", ya que la vida, "en su dimensión objetiva, es 'un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional' y 'supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible' (...) "Es inconscuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional...Además, es oportuno señalar que...el derecho fundamental a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte". En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser."

En relación a esta problemática, la Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustutivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, sistematiza los distintos casos que pueden producirse:

- a) El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma. En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del art. 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.
- b) El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión. En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- c) El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen. En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
- d) Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud. El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, en situaciones urgentes

puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

2.- INCAPACITADOS.

En los supuestos en los que una persona haya sido declarada incapaz, habrá de estarse al contenido de la sentencia de incapacidad, que determinará la extensión y los límites de ésta. En consecuencia, será dicha sentencia la que determine aquéllos actos médicos sobre los que puede consentir el propio incapaz y cuáles no, siendo el representante legal el que emita la correspondiente declaración de voluntad, bien el tutor, bien los padres del incapaz en los casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 170 CC).

Una de las cuestiones más controvertidas en estos casos es la relativa a la posibilidad o no de que el paciente incapacitado consienta por sí mismo si el médico considera que tiene capacidad natural para hacerlo. SANCHO GARGALLO⁷ considera que la dicción literal del art. 9.3.b) LAP no admite matizaciones y que, en todo caso, si la persona ha sido incapacitada, el consentimiento tendrá que prestarlo por representación. A ese argumento, el de la literalidad, habría que añadir el contenido del art. 267 CC, según el cual “el tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”. En sentido contrario se manifiesta ROMEO MALANDA⁸, que sostiene que debe primar la voluntad del incapacitado, al referirse el consentimiento a un derecho de la personalidad. El mismo criterio sigue GONZALEZ GRANDA⁹, apoyándose en el art. 5.2 LAP, que al regular el derecho de información del paciente, prevé que “el paciente debe ser informado, incluso en caso de incapacidad, de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión”. En todo caso, queda fuera de duda que si el paciente incapacitado tiene capacidad natural debe ser informado y escuchado, de modo que si el facultativo considera, después de escuchar las razones del incapaz, que aquéllas son atendibles, deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial a fin de que ésta resuelva lo procedente.

Conforme a la legislación nacional, el tutor no necesita autorización judicial para que el incapacitado se someta a un tratamiento médico, siendo precisa aquéllo únicamente para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental (art. 271.1 CC). El derecho catalán (art. 219.1.b de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia) estableció en su día un régimen diferente, exigiendo la previa obtención de autorización judicial por parte del tutor, si la actuación médica implicaba un riesgo grave para la vida o integridad física del incapacitado. Sin embargo, tal exigencia ha sido suprimida por la

⁷ SANCHO GARGALLO, I. Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. WP 209. Barcelona 2004. Pág. 23. Disponible en http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf.

⁸ ROMEO MALANDA, S. Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. Diario La Ley, nº 5703, Sección Doctrina, 23 de enero de 2003. Año XXIII, Editorial LA LEY. Pág. 11 y 12.

⁹ GONZALEZ GRANDA, P. Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas. Diario La Ley nº 6521, Sección Doctrina, 7 de julio de 2006, Ref. D-166, Editorial La Ley. Pág. 12.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, vigente desde el 1 de enero de 2011. En relación a esta cuestión, algunos autores (ROMEO MALANDA¹⁰) consideran que debe admitirse la posibilidad de que el tutor solicite autorización judicial “para cubrirse de una eventual responsabilidad por vulneración de su obligación de actuar en interés del incapacitado”. Tal posibilidad debe ser descartada de plano, puesto que el tutor debe asumir su propia responsabilidad, sin que los órganos judiciales tengan una función consultiva o protectora del tutor en estos casos.

Existe un problema común que puede plantearse en los casos de menores o incapacitados y es que, por las razones que fuera, los padres o representantes legales no se encontraran en disposición de emitir su consentimiento por imposibilidad psicológica o material. En este caso, surgen dos alternativas: entender que ese consentimiento puede ser prestado por las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (art. 9.3.a LAP) o que debe resolver el juez. Optamos por esta última solución. No cabe la aplicación analógica del art. 9.3.a LAP, ya que el supuesto de hecho es diferente, puesto que en los casos de menores o incapacitados existen unos representantes legales ya designados. En dichos casos, la autoridad judicial no deberá limitarse a autorizar ese acto concreto, sino que ante la imposibilidad temporal de ejercicio de la patria potestad o de la tutela, deberá articular un mecanismo de representación interino, no solo en el ámbito sanitario, sino en las demás facetas de la vida.

3.- INCAPACES NO INCAPACITADOS.

Nos encontramos ante personas que no tienen en un momento determinado la aptitud necesaria para comprender su situación médica, valorar las distintas alternativas y tomar la decisión más oportuna. Dentro de este concepto no se incluyen únicamente las personas aquejadas de una enfermedad mental, sino también las que tienen una imposibilidad física, como ocurre con los pacientes en coma o los privados de la facultad de audición o de comunicarse.

Dentro de este grupo heterogéneo de supuestos, hay casos que no presentan dudas. Pero hay otros que pueden considerarse límite. Según indica SANCHEZ CARO¹¹, en el contexto biomédico se suele considerar capaz a una persona si puede comprender un tratamiento o una investigación, razonar sobre los principales riesgos y beneficios y tomar una decisión de acuerdo con sus razonamientos. Para definir en cada caso si concurren estas circunstancias, APPELBAUM y ROTH (1982) establecieron una serie de criterios: 1) Comunicar una decisión; 2) Comprender la información recibida para tomar la decisión sobre el tratamiento; 3) Razonar sobre el riesgo o beneficio que entrañan las diversas opciones; y 4) Apreciar el significado que tiene la información que se le trasmite sobre la enfermedad y los posible tratamientos alternativos. Los tres protocolos más conocidos para evaluar la capacidad son: el protocolo de preguntas de Kaplan y Price (1989), el sistema de historietas de Fitten (1990) y el test de Hosptkins de evaluación de la capacidad (THEC) (1992). De

¹⁰ ROMEO MALANDA, S. Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. Diario La Ley, nº 5703, Sección Doctrina, 23 de enero de 2003. Año XXIII, Editorial LA LEY. Pág. 12.

¹¹ SÁNCHEZ CARO, J Y J. *El consentimiento informado en psiquiatría*. Ediciones Díaz Santos. Madrid. 2003. Pág. 35 a 48.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

todas formas, debe ponerse de manifiesto que se exigirá un mayor grado de capacidad cuantos mayores riesgos presente el acto médico.

Quien debe apreciar esta capacidad es el médico responsable de la asistencia (art. 9.3.a LAP), lo que es también predecible respecto de los menores, a efectos de determinar su grado de madurez, puesto que el artículo 9.3.c LAP no prevé otra instancia para llevar a cabo dicha evaluación.

En supuestos de incapacidad natural del paciente que no tiene representante legal, la LAP (art. 9.3.a) dispone que el consentimiento será prestado por las “personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Se trata de una expresión deliberadamente vaga, que tiene indudables ventajas, puesto que permite que consienta quien el médico entienda que tiene una mayor cercanía afectiva al enfermo, pero que también presenta inconvenientes, puesto que puede generar inseguridad jurídica. Cuando el facultativo tenga dudas al respecto, puede acudir al art. 234 CC, que regula el orden de delación de la tutela, estableciendo el siguiente orden: cónyuge que convive con el tutelado, los padres, descendientes, ascendientes y hermanos, criterio este seguido por SANCHO GARGALLO¹² y LACHICA LÓPEZ¹³. Al cónyuge debe equipararse la pareja de hecho. El art. 6.1.a) de la Ley 3/2001 de la Comunidad Autónoma de Galicia regula específicamente esta situación, indicando que “en caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad”. Igualmente, el art. 9.1 de la Ley 1/2003 de la Comunidad Autónoma de Valencia dispone que “en el caso de los familiares, tendrá preferencia el cónyuge no separado legalmente; en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. Si el paciente hubiera designado previamente una persona, a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia”. Esta última norma introduce un importante matiz, puesto que prevé la posibilidad de que el propio interesado designe un representante que sea el que decida, lo que resulta coherente con el art. 17.1.3 ya analizado.

En cuanto a los criterios que debe tener en cuenta el representante a la hora de decidir, ROMERO PAREJA¹⁴, siguiendo a BARRIO CANTALEJO Y SIMÓN LORDA, hace referencia a tres:

1.- El criterio subjetivo, que trataría de poner en práctica las instrucciones dadas por el paciente en un momento en el que gozaba de sus plenas facultades para la eventualidad ante la que ahora se enfrenta.

¹² SANCHO GARGALLO, I. Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. WP 209. Barcelona 2004. Pág. 23. Disponible en http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf.

¹³ LACHICA LÓPEZ, E. Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario: información y consentimiento. *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 20. Consejo General del Poder Judicial. 2005. Pág. 120.

¹⁴ ROMERO PAREJA, A. Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplante. Diario La Ley, nº 7544, Sección Doctrina, 11 de enero de 2011. Año XXXII, Editorial LA LEY. Pág. 8 y 9.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

2.- El criterio del juicio sustitutivo, según el cual el representante debería de ajustar su decisión a la que hubiera adoptado el paciente, teniendo en cuenta el conocimiento que el representante tiene del representado.

3.- El criterio del mayor beneficio o del mejor interés, en virtud del cual habría de tomarse la decisión para conseguir la mejor calidad de vida y el bienestar del paciente.

El art. 9.5 LAP sigue este último criterio, al afirmar que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.” Por ello, el representante no puede adoptar, en principio, una decisión terapéutica que sea contraria a la lex artis, pues habría que entender que dicha decisión no se adopta “en favor del paciente”. Pero en el Derecho siempre hay matices. Por ejemplo, ¿qué pasaría si el representante válidamente logra demostrar que el paciente es un testigo de Jehová y que, por tanto, su voluntad sería no recibir transfusiones de sangre? No obstante, se trata de un supuesto más teórico que real, pues la prueba de tal circunstancia sería sumamente difícil, salvo que existieran unas instrucciones previas, lo que llevaría el problema al ámbito del art. 11 LAP, debiendo de recordarse que el apartado 3º niega la eficacia a las instrucciones previas que sean contrarias a la lex artis, por lo que si el representado no puede adoptar una decisión en ese sentido ante la hipótesis de un determinado acto médico, difícilmente puede tomarla el representante.

Desde el punto de vista procesal, no existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los supuestos en los que se acude al Juzgado para que resuelva los conflictos que pueden producirse en este ámbito. Salvo que específicamente la ley disponga lo contrario, deben tramitarse como actos de jurisdicción voluntaria. Así se infiere del art. 158 y 216 CC y de la Disposición Adicional Primera de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Dicho criterio es seguido por la Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2012, ya citada, y por distintas resoluciones judiciales, como el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid de 1 de abril de 2008 (LA LEY 17658/2008) o el Auto de la Audiencia Provincial de Álava (Secc. 2ª) de 30 de marzo de 2004 (LA LEY 77660/2004).

En cuanto al órgano competente para conocer del mismo, hay que distinguir según se trate o no de actuaciones urgentes. En este último caso (el más frecuente), la competencia la ostenta el Juzgado de Instrucción de Guardia, según establece el art. 42.5 del Reglamento 1/2005 del Consejo General del Poder Judicial, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. En caso de falta de urgencia, la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, conforme a lo previsto en el art. 85.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En aquéllos partidos judiciales donde existan Juzgados de Primera Instancia con competencias especializadas en materia de incapacidades, a éstos corresponderá el conocimiento de tales asuntos.

EL CONSENTIMIENTO EN LA ESTERILIZACIÓN

En medicina, la esterilización es la acción por la cual se hace infértil y estéril a un ser vivo, evitando su reproducción. Teniendo en cuenta el método empleado, se distinguen dos clases de

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

esterilización: a) orgánica: cuando se produce la modificación o extirpación, quirúrgica o no, de alguno de los órganos indispensables para la procreación; y b) funcional: cuando respetando la integridad de los órganos se impide su normal funcionamiento.

En nuestro ordenamiento jurídico, la esterilización de personas que presentan deficiencias psíquicas se encuentra regulada en el Código Penal, al contemplarse el delito de lesiones. Resulta curioso que una autorización judicial se regule dentro de una norma punitiva, si bien esta técnica legislativa no es extraña a nuestro ordenamiento, puesto que hasta fechas recientes se ha seguido el mismo sistema en cuanto al aborto. El Código Penal castiga el delito de lesiones. El consentimiento del ofendido no excluye su punición con carácter general, aunque el Código le atribuye determinados efectos en ciertos casos: a) estableciendo el art. 155.1 CP. una atenuante genérica, si bien el art. 155.2 niega eficacia alguna en tales casos al consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz; y b) excluyendo la punición (art. 156.1) en los casos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Por tanto, conforme a dichos preceptos, el menor o incapaz no puede consentir por sí mismo la esterilización, ni a través de sus representantes. El mecanismo jurídico que se establece para poder llevar a cabo la esterilización en tales casos es la autorización judicial, disponiendo el art. 156.2 CP que "no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".

Este precepto tiene su precedente en el art. 428.2 del Código Penal de 1973, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989. Dicha norma fue objeto de una cuestión de constitucionalidad, resuelta por la STC 215/1994, de 14 de julio (EDJ 1994/10563), que concluye que la norma no vulnera el art. 15 de la Constitución. Según la sentencia, las distintas garantías que el precepto establece (aplicación casuística, previa declaración de incapacidad, deficiencia psíquica grave, petición del representante legal del incapaz, intervención del Ministerio Fiscal y resolución judicial) *"permite afirmar que tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida. Podrá entenderse que a dichas garantías debieran añadirse otras que, como el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz o que la esterilización se lleve a efecto mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible, garantizasen mejor la grave medida cuya autorización se encomienda a la autoridad judicial, pero lo cierto es que ni el precepto impide que tales circunstancias u otras posibles se tengan en cuenta por el Juez como motivos de su decisión, bien para otorgarla o bien para denegarla; ni corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces"*. Además, el TC considera que la medida está justificada y es proporcional. La justificación se encuentra en el interés del incapaz, interés que ampara la limitación del derecho fundamental a la integridad física y que permite al incapaz *"no estar sometido a una*

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10,1 CE) y a su integridad moral (art. 15,1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39,3 CE) inherentes a tales situaciones”.

Admitida la constitucional del precepto, los requisitos para la adopción de la medida son, siguiendo a LETE DEL RIO¹⁵, los siguientes:

1.- Que se trate de una persona incapacitada por sentencia judicial firme.

Puede tratarse de un mayor de edad o de un menor, puesto que el art. 201 CC dispone que “los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

2.- Que la persona incapacitada adolezca de una grave deficiencia psíquica.

Por tanto, la incapacitación debe fundarse en una deficiencia de este tipo. Según la exposición de motivos del Informe de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, presentado el 22 de junio de 1992, la deficiencia mental se caracteriza por dos elementos: a) un retraso en el desarrollo intelectual, que se encuentra muy por debajo de la media; y b) un manifiesto debilitamiento de la capacidad de adaptación a las exigencias sociales (a la capacidad de desenvolverse en la vida diaria). Esta deficiencia puede calificarse en ligera, media, grave y profunda, según los índices en los que se valora el coeficiente de inteligencia. Pero para la adopción de la medida no basta que el incapacitado sufra una deficiencia mental grave, sino que es necesario que ésta afecte sustancialmente a su comprensión y decisión sobre su sexualidad, el proceso fisiológico de generación y las consecuencias de ésta. En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18^a) de 4 de julio de 2006 (ROJ: B 5266/2006) recuerda que “la deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia “grave”, y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve”.

3.- Que la medida sea solicitada por el representante legal del incapacitado.

El representante legal puede ser el tutor o los padres, en caso de patria potestad rehabilitada o prorrogada. Ello implica que la medida no puede ser solicitada por el Ministerio Fiscal, ni promovida de oficio por el órgano jurisdiccional, lo que plantea un problemático supuesto: el representante legal no insta la autorización para la esterilización y, a la vista de las circunstancias del caso, el Ministerio Fiscal o el Juez que fiscaliza la tutela del incapacitado la consideran manifiestamente imprescindible. Teniendo en cuenta el tenor literal de precepto, la única opción sería, bien remover al órgano de

¹⁵ LETE DEL RIO, J.M. La esterilización del deficiente psíquico (1). Actualidad Civil nº 4, Sección Doctrina, 2002, Ref. VI, pág. 113, tomo 1, Editorial LA LEY.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

representación con carácter general, si se considera que no cumple correctamente sus deberes, bien privarle de las facultades de representación en ese ámbito concreto, si se entiende que cumple adecuadamente el resto de sus deberes, de modo que pudieran ser asumidas temporalmente, incluso, por el Ministerio Fiscal, aplicando el art. 299 bis CC. En todo caso, no puede quedar al capricho del representante legal una medida que puede ser necesaria para el bienestar del incapaz.

Según LETE DEL RIO, en caso de patria potestad prorrogada o rehabilitada, la petición debe ser formulada conjuntamente por ambos progenitores, en virtud del art. 156.1 CC, ya que la esterilización no responde a un uso social, ni tampoco a una situación de urgente necesidad. No sigue ese criterio la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Secc. 2^a) de 19 de Junio del 2009 (ROJ: SAP GI 1253/2009), que concedió la autorización a petición únicamente del padre y con la oposición de la madre, encontrándose los padres divorciados y ostentando la guarda y custodia el padre.

4.- Que la autorización se tramite bien en el mismo proceso de incapacitación o bien posteriormente en expediente de jurisdicción voluntaria.

Según LETE DEL RIO, la referencia al mismo proceso de incapacitación es más teórica que real, puesto que el proceso exige la petición del representante legal y el nombramiento de éste no se produce hasta la sentencia que concluye el proceso de incapacitación. Es cierto que el incapaz puede tener representantes legales antes del proceso de incapacidad: el caso del menor sometido a patria potestad o a tutela. Sin embargo, se trataría del representante legal de un "menor" y no de una persona "incapacitada", por lo que entiende que tampoco sería viable. No obstante, una interpretación sistemática del precepto también permitía que la petición de esterilización se acumule a un proceso de modificación del alcance de la incapacitación (art. 761 LECA). Imaginemos el caso del incapacitado que sufre una agravación de su deficiencia.

En los expedientes de jurisdicción voluntaria no hay, en principio, contradicción entre partes. Sin embargo, es posible que comparezca en el expediente un tercero que se oponga al mismo (por ejemplo, en el caso de que sea un progenitor el que solicite la medida y comparezca el otro oponiéndose). En este caso, el expediente se convierte en contencioso (art. 1.817 LEC de 1881), tramitándose conforme a las normas del juicio verbal (Disposición Derogatoria Única de la LEC de 2000), con las especialidades previstas en los artículos 748 y siguientes de esta última norma.

5.- Que se oiga el dictamen de dos especialistas.

La ley no especifica la cualificación de estos especialistas, por lo que queda en manos de la autoridad judicial, aunque, como es lógico, dichos especialistas deben ser profesionales cualificados para valorar los presupuestos materiales de la autorización, por lo que se tratará de psiquiatras, psicólogos, neurólogos, ginecólogos, etc. Se trata de un número mínimo de especialistas (2), lo que no impide que puedan tomarse más en consideración. Uno de ellos será normalmente el Médico Forense, aunque tampoco es necesario.

6.- Que exista la previa exploración del incapacitado por parte del juez.

La finalidad de este trámite es que el juez pueda tomar conciencia de primera mano del estado del incapaz, llevándose a cabo conforme a lo previsto en el artículo 355 LEC.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

7.- Que sea oído el Ministerio Fiscal.

Como no puede ser de otra forma, dicho dictamen no tiene carácter vinculante, debiendo de tenerse en cuenta las distintas circulares, consultas en instrucciones de la Fiscalía General del Estado sobre esta cuestión, como la Circular 2/1990, de 01 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del código penal o la Consulta 1/1991, de 31 de enero, sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas.

8.- Que el Juez utilice como criterio rector el del mayor interés del incapaz.

Dicho requisito no es más que una plasmación del principio general consagrado en el art. 216 CC, según el cual “las funciones tutelares (...) se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”, lo que también implica que no pueden prevalecer intereses o argumentos de una política social determinada de carácter eugenésico o el mero interés de sus guardadores.

A la hora de resolver, el Juzgador debe tener presente, tal y como se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional comentada, el principio de proporcionalidad, ponderando, por un lado, la limitación que produce en el derecho fundamental del incapaz, y, por otro, los beneficios que le reporta, analizando la posibilidad de reintegración de la capacidad y de otras medidas que puedan obtener los mismos fines con menor limitación del derecho. El principio de proporcionalidad es analizado en diversas resoluciones judiciales, como el auto de la Audiencia Provincial de Gerona (Secc. 2^a) de 11 de mayo de 2005 (ROJ: AAP GI 332/2005), que afirma que *“ante la trascendencia de la autorización solicitada que afecta a derechos personales de la máxima relevancia constitucional, además de la concurrencia de los presupuestos formales, que como se ha expuesto se dan, se requiere un análisis de la situación material, del cual se desprenda la adecuación o no de la medida y la proporcionalidad de la misma (...) La proporcionalidad de la medida de esterilización quirúrgica, ante la posibilidad de métodos de anticoncepción hormonal, bien sea oral o parenteral, es ponderada convenientemente por este Tribunal, ante el hecho de que determinadas alteraciones psíquicas graves suponen un importante obstáculo para la planificación anticonceptiva de la persona afectada, que en el presente caso no mantiene una orientación de tiempo y espacio. A este óbice de control personal de la planificación, se añaden los efectos secundarios de un tratamiento hormonal anticonceptivo, que dada la edad de Dolores, debería mantenerse durante más de veinte años hasta alcanzar la época de infertilidad; estos efectos secundarios que abarcan desde cefaleas y trastornos de peso, a otros menos frecuentes como dolor mamario, acné, alopecia, cambios emocionales...etc., unido a las contraindicaciones de su uso, como trastornos tromboembólicos, tumores hormono-dependientes, alteraciones hepáticas graves...etc., hacen que, ante la perspectiva real de la situación, se considere más adecuada la esterilización quirúrgica, que en la actualidad se puede efectuar por métodos endoscópicos (laparoscopia) con limitado riesgo físico, que no presentan contraindicaciones, ni efectos secundarios, ni requieren controles específicos posteriores a la intervención”*. Teniendo también en cuenta el principio de proporcionalidad, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 1^a) de 14 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/346671) negó la autorización por que la incapacitada no estaba en situación de tener relaciones sexuales.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Por último, la resolución judicial que autorice la esterilización deberá indicar que la misma deberá ser realizada por un facultativo. Esto no es exigido en el art. 156.2 CP, si bien al exigirse para la esterilización voluntaria (art. 156.1 CP), también es aplicable a los supuestos del segundo párrafo. El facultativo debe ser un médico especialista en cirugía o ginecología.

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Tradicionalmente, el aborto voluntario ha estado regulado en los distintos códigos penales, puesto que se consideraba como un delito. En la década de los ochenta, se despenalizó parcialmente el aborto voluntario, estableciendo el Código Penal los supuestos concretos de despenalización. Este sistema legislativo se ha visto modificado en el año 2010, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que regula las condiciones legales del aborto voluntario, castigando el Código Penal (art. 145) la interrupción del embarazo consentida “fuera de los casos permitidos por la ley”.

La LO 2/2010 establece el principio de primacía del consentimiento en esta materia, al afirmar que “todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes”.

En ella, se contemplan dos categorías de interrupción voluntaria del embarazo:

1.- A petición de la mujer embarazada y con su única voluntad (art. 13), siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley; y b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

2.- Por causas médicas (art. 14), en las siguientes circunstancias:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Tanto en una como en otra categoría deben concurrir lo siguientes presupuestos (art. 13):

- 1.- Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.
- 2.- Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.
- 3.- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley.
- 4.- En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. En este caso, al menos uno de los representantes legales de la mujer, salvo que esto le provocara un conflicto grave.

Por lo que se refiere a los menores, la referencia específica a las mujeres comprendidas entre los 16 y 17 años plantea el problema de aquéllas cuya edad oscila entre los 12 y los 15. Pues bien, la interpretación conjunta del art. 13 y del art. 9.3.c) de la LAP (solo prevé el consentimiento por representación “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”) permite inferir que las mujeres comprendidas en esa última franja de edad podrán prestar por sí mismas el consentimiento. Esta tesis se recoge en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder¹⁶ (finalmente no aprobado por el Pleno), siendo sostenida también por ROMEO MALANDA¹⁷, que en estos casos pone de manifiesto que la menor no solo debe tener capacidad para comprender los riesgos y la naturaleza de la interrupción del embarazo sobre su propio cuerpo. El aborto supone también, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril (EDJ 1985/53), la eliminación de la vida del nasciturus, que constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido a través del art. 15 CE, debiendo ponderarse los bienes en conflicto. Por eso, a la menor de 16 años que decide por sí misma interrumpir su embarazo tiene que exigirse un “plus” de madurez que le permita ponderar los bienes en conflicto, asumiendo la responsabilidad que su decisión implica.

¹⁶Disponible www3.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_anteproyecto_de_Ley_Organica_de_salud_sexual_y_reproductiva_y_de_la_interrupcion_voluntaria_del_embarazo.

¹⁷ ROMEO MALANDA, S. La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad. Especial referencia al aborto. En: XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario (Madrid 20 a 22 octubre 2011). Actualización y puesta al día en derecho de información y autonomía de los pacientes: especial referencia al consentimiento informado.

Disponible en: www.aeds.org/XVIIIcongreso/ponencias/SRMalanda.pdf.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

En el aborto, la decisión de la mujer constituye también una manifestación del consentimiento informado, por lo que el suministro de información a aquélla supone un elemento esencial para la formación de dicha voluntad, materia ésta regulada en el art. 17 de la ley y desarrollada por el RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Solo se podrá prescindir del consentimiento expreso en los caso del artículo 9.2.b) LAP, es decir, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Especificamente en relación al consentimiento por representación, la LO 2/2010 se remite a lo “establecido en la Ley 41/2002”, por lo que gran cantidad de las cuestiones analizadas al estudiar aquél resultan de aplicación, debiendo de ponerse de manifiesto la novedad que supone esta cuestión, puesto que en la anterior normativa no se contemplaba. Junto a ello, existen una serie de cuestiones específicas referentes al aborto.

En primer lugar, la referencia específica a la Ley 41/2002 excluye la aplicación de la normativa autonómica sobre la materia. Las dudas que pudieran surgir al respecto se diluyen al analizar los precedentes del texto finalmente aprobado. Así la mención genérica que se hacía en el anteproyecto a la normativa sobre esta materia (autonomía del paciente) se modificó, sustituyéndose por la expresión antes indicada, lo que revela una clara voluntad del legislador en el sentido antes expuesto.

En segundo lugar, si es posible o no el consentimiento por representación en los supuestos del artículo 13, esto es, cuando el aborto se produce por la mera voluntad de la embarazada. Esta cuestión es analizada en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder. La reflexión que se hace en el mismo resulta interesante, en cuanto que el anteproyecto no fue modificado en este punto, disponiendo: “la prestación de consentimiento expreso y por escrito por parte de la embarazada, o, en su caso del representante legal, de conformidad con lo establecido en la normativa legal sobre autonomía del paciente”. La única diferencia, como se ha indicado, es la referencia específica a la Ley 41/2002. En el citado informe, se niega la posibilidad de otorgar el consentimiento por representación en los supuestos del art. 13, siendo únicamente operativo en los del art. 14 (causas médicas).

Pues bien, el citado Informe sostiene la tesis de que no cabe el consentimiento por representación en los supuestos del artículo 13, de modo que el consentimiento solo puede ser prestado por la mujer embarazada y no por sus representantes legales. A tal conclusión llega en virtud de los siguientes argumentos: 1) el objetivo principal de la norma prevista en el art. 14 es configurar la libre determinación de la gestante, no de terceros; 2) el artículo 14 se refiere únicamente a la embarazada; y 3) el art. 14 debe conectarse con el 17, de modo que el consentimiento esté condicionado a la previa petición de la embarazada y a la información que se suministra a ésta. Dicha tesis es sumamente discutible, puesto que puede ser contraria en ocasiones a otros principios de nuestro ordenamiento de protección de personas con discapacidad, disponiendo el art. 49 de la Constitución que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". ¿Qué ocurriría en aquellos casos en los que no concurriendo ninguno de los supuestos del art. 15, la continuación de embarazo suponga un grave perjuicio para el incapacitado? ¿No supondría una discriminación respecto de una persona que no padezca deficiencia psíquica alguna por razón precisamente de ésta? Sobre esta cuestión, ANDREU MARTÍNEZ¹⁸ sostiene, en relación a los menores de 16 años, que si éstos no disponen de la madurez necesaria, el consentimiento será prestado por sus representantes legales, siempre en beneficio del menor y con respecto a su dignidad (art. 9.5 LAP), añadiendo que "no se puede hablar en estos casos de un derecho personalísimo en el sentido de que únicamente pueda ser ejercitado por su titular, de manera que éste no puede ser suplido en el caso de que no disponga de la capacidad suficiente para realizarlo por sí mismo. Una configuración tal en nada beneficiará a la menor, sino que más bien perjudicará sus intereses al tratarse de una intervención que no puede esperar a la mayoría de edad o a la adquisición de la capacidad natural necesaria". En cualquier caso, los conflictos que pudieran producirse tendrán siempre abierta la vía del art. 158 y 216 CC o, incluso, unas medidas cautelares en un proceso de incapacitación.

En tercer lugar, el art. 13 se refiere a "la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal". La existencia de un representante legal implica que nos encontraríamos ante un menor o una persona incapacitada judicialmente, por lo que habría que entender que no cabe el consentimiento por representación en los casos previstos en el art. 9.3.a) LAP (supuestos de falta de capacidad natural no declarada judicialmente).

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO SANITARIO

1-TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Esta materia se encuentra regulada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Este ámbito se caracteriza por que se trata de actuaciones que suelen tener un alto grado de tecnicificación y que, siempre, afectan a parcelas muy sensibles de la vida personal y familiar. Por ello, se aumenta la información que se suministra al usuario de la misma si se compara con otro tipo de actuaciones médicas.

La Ley no contempla en estos casos el consentimiento por representación, debiendo de recordarse que nos encontramos en una medicina de carácter voluntario. Respecto de la donación de gametos y preembriones, el art. 5.6 exige que el donante tenga más de 18 años y plena capacidad de obrar. Igualmente, el art. 6.1 exige que la mujer usuaria de las técnicas reguladas en dicha ley sea mayor de

¹⁸ ANDREU MARTÍNEZ, M.^a. B. Aborto y Menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación? (1). Diario La Ley nº 7868, Sección Tribuna, 29 mayo 2012, Ref. D-221, Editorial LA LEY. Pág. 7.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

18 años y plena capacidad de obrar. En este último caso, si la mujer está casada, es preciso el consentimiento del marido, salvo separación judicial o de hecho que conste fehacientemente.

Lo más interesante, desde el punto de vista del consentimiento, se halla en el art. 9, que contempla un supuesto de voluntades anticipadas, estableciendo que el marido puede prestar su consentimiento para que su material reproductor sea utilizado dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Esa posibilidad puede utilizarse también en caso de varón no unido por vínculo matrimonial. En cuanto a la forma, la ley dispone que el consentimiento podrá prestarse en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas. Como señala GARCÍA LLERENA¹⁹, el consentimiento es presupuesto imprescindible para la utilización del material reproductor del marido, no solo para la determinación de la filiación, de modo que no se podrá utilizar el material reproductor de éste sin su consentimiento anticipado, aunque la filiación no se determine.

Por otra parte, la incapacidad del marido para prestar su consentimiento no impide necesariamente que la mujer pueda ser usuaria de las técnicas, si bien con un donante anónimo, puesto que la situación de incapacidad puede ser asimilada en determinados casos a la separación de hecho prevista en el art. 6.3. Así lo entiende el auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 13 de marzo de 2003 en un supuesto en el que el marido se encontraba en estado de coma²⁰.

Por último, el art. 9 plantea la cuestión relativa a si el requisito de forma lo es ad solemnitatem, es decir, si es imprescindible para la eficacia del consentimiento o puede probarse éste de otra forma. Existen sobre esta cuestión pronunciamientos judiciales diversos. Entiende que no el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18^a) de 12 de julio de 2011 (LA LEY 199454/2011). Por el contrario, el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3^a) de 2 de junio de 2010 (LA LEY 224557) considera que nos encontramos ante un requisito de forma ad solemnitatem.

2-DONACIÓN DE SANGRE.

El art. 6 del Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determina con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la Hemodonación y Bancos de Sangre, establece los siguientes requisitos del donante de sangre:

- 1.- Edad comprendida entre los dieciocho y sesenta y cinco años. En casos excepcionales, y a juicio del médico, podrán donar sangre personas con edad superior al límite establecido.
- 2.- Superar satisfactoriamente el reconocimiento a que se refiere el artículo siguiente.

¹⁹ GARCIA LLERENA, V. La sustitución de la voluntad del incapaz en los actos de naturaleza personalísima Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2003, 7. Pág. 364.

Disponible en: www.ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2239/1/AD-7-18.pdf

²⁰ Dicha resolución se recoge como apéndice en la obra referida en la nota anterior.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Por tanto, los menores de edad no pueden ser donantes. La referencia que hace el art. 6 a los menores de edad no puede extenderse a quienes no tengan una capacidad plena, puesto que la imposibilidad de los menores de 18 años es por razones puramente biológicas y no de capacidad. Ello lo demuestra el hecho de que tampoco se permita, salvo excepciones, a los mayores de 65 años, respecto de los que no se discute su madurez con carácter general. Así, todo mayor de 18 años que tenga capacidad natural para emitir su consentimiento en los términos previstos en la LAP puede ser donante de sangre, aunque tenga alguna deficiencia psíquica. En cuanto a los que no tengan esa capacidad natural, su consentimiento no puede prestarse por representación, puesto que difícilmente puede justificarse un interés para el incapaz, siendo éste el principio fundamental que rige en el consentimiento por representación. Deben dejarse al margen de esta afirmación aquellos supuestos verdaderamente excepcionales en los que el único donante posible sea el incapaz y exista un riesgo grave para la salud de un tercero, en cuyo caso podrían ponderarse judicialmente los intereses el conflicto.

3-TRASPLANTE DE ÓRGANOS.

Según el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, la obtención de órganos de donantes vivos deben reunir los siguientes "requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.
- b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.
- c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.

A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

- d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.
- e) Si el donante fuese una persona con discapacidad que cumpla los requisitos previstos en los apartados anteriores, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad".

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

Dicha norma se encuentra en la actualidad desarrollada por el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, cuyo art. 8.1.d) dispone que “tampoco podrá realizarse la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores”. El apartado 4º del mismo precepto prevé que el donante otorgue su consentimiento expreso ante el Juez de Primera Instancia de la localidad donde ha de realizarse la extracción o el trasplante, a elección del promotor, durante la comparecencia a celebrar en el expediente de Jurisdicción Voluntaria que se tramite, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, el médico responsable del trasplante y la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, conforme al documento de autorización para la extracción de órganos concedida.

En consecuencia, el donante debe ser una persona mayor de edad que tenga capacidad natural para comprender las consecuencias de la donación. Conforme al art. 4.c).2, no podría obtenerse un consentimiento por representación. No obstante, la evolución de la ciencia médica ha dado lugar a supuestos en los que determinadas personas son concebidas, precisamente, con la finalidad de que determinados órganos o tejidos puedan ser utilizados por otras. Igualmente, pueden existir otros supuestos en los que la vida de una persona dependa de la donación de órganos, por ejemplo, de un menor.

Por este motivo, el Convenio de Oviedo, en su artículo 20, después de una norma similar al art. 4.c).2 de la Ley 30/1979, dispone: “de modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- I. si se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento.
- II. si el receptor es hermano o hermana del donante.
- III. si la donación es para preservar la vida del receptor.
- IV. si se ha dado explícitamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente.
- V. si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma”.

Este texto es recogido también en el Protocolo adicional al Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina relativo al trasplante de órganos y de tejidos de origen humano (24-enero-2002).

De este modo, el Convenio de Oviedo abre la puerta a la obtención de órganos de personas que no tienen capacidad natural para hacerlo, aunque sometido a importantes requisitos, debiendo de recordarse que el Convenio de Oviedo forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

4-ENSAYOS CLÍNICOS.

Esta cuestión está regulada en el art. 60 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo apartado 4.2 dispone que “en el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo. Será necesario, además, la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo”.

Dicho precepto admite el consentimiento por representación. La referencia al representante legal alude a un menor o a un incapacitado. En estos casos, será preciso también el consentimiento del menor o del incapacitado si tiene capacidad natural. Por tanto, el menor y el incapacitado que tengan capacidad natural no pueden emitir por sí solos su consentimiento, debiendo obtenerse también el de su representante legal.

5-EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS.

Con carácter general, el art. 4 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, parte del respeto a la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada.

En su apartado 2, se prevé el consentimiento por representación “cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación”. Ello implica que los menores e incapacitados no pueden consentir por sí mismos, sin perjuicio de que éstos participen “en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación”.

La propia ley matiza estas disposiciones generales respecto de determinados tipos de experimentos.

En caso de investigaciones que impliquen procedimientos invasivos en seres humanos, el art. 20 de la Ley dispone:

“1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

- a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.
- b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.
- c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

- d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el art. 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 4 de esta Ley.
2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:
- a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.
 - b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.
 - c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal".

Del consentimiento en caso de análisis genético se ocupa el art. 48 de la ley, mientras que en los supuestos de muestras biológicas, el consentimiento se analiza en el art. 60.

Conclusiones

- 1.- En el concepto de voluntad yace la idea de *acto humano*, que es prácticamente un sinónimo de *acto voluntario*, que a su vez soporta la noción de bien y mal. En consecuencia con ello la voluntad está ligada a la *responsabilidad*.
- 2.- Son características de la voluntad su tardía aparición en el desarrollo ontogenético, su carácter inhibidor de la impulsividad y su extrema vulnerabilidad a las noxas.
- 3.- La acción voluntaria puede ser definida como una acción que procede de un principio intrínseco y está acompañada por el conocimiento formal del fin al que se dirige.
- 4.- La capacidad hace alusión a los recursos y actitudes que tiene un individuo para desempeñar una determinada tarea o cometido.
- 5.- Capacidad y voluntad son elementos claves para la valoración forense de la toma de decisiones.
- 6.- Según Appelbaum y Grisso, las habilidades necesarias para tomar decisiones en libertad son: comprensión de la información relevante para la decisión a tomar, apreciación del grado de importancia de ella, grado de argumentación lógica de lo comprendido y expresión verbal o escrita de la elección decidida.
- 7.- La valoración de las funciones cognitivas, afectivas y de control de la impulsividad son claves en la calificación forense de los actos humanos, para decidir el grado de libertad y de responsabilidad.
- 8.- Por consentimiento debe entenderse, más allá de la acción y efecto de consentir, la conformidad de voluntades entre los contratantes, oferta y aceptación, como principal requisito de los contratos.
- 9.- En el fenómeno del consentimiento, sobre el que no existe suficiente desarrollo legislativo, pueden distinguirse tres fases que lo configuran, requiriendo cada una de ellas de condiciones específicas para dar validez al consentimiento mismo: primera fase, en la que se forma la voluntad interna de cada uno de los intervenientes en el negocio; segunda fase, en la que cada uno de los sujetos declaran dicha voluntad interna; y tercera fase, en la que se alcanza el marco de coincidencia o voluntad común.
- 10.- En relación a la primera fase, debemos resaltar lo siguiente:
 - a) El consentimiento solo será válido si el sujeto que lo presta dispone de capacidad suficiente para conformar sus intereses personales y patrimoniales, enderezando su voluntad conforme a los mismos.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

b) Desde una perspectiva genérica de la capacidad para emitir el consentimiento, es obligado hacerlo desde las personas que lo prestan pudiendo padecer una deficiencia o enfermedad que pudiera eventualmente privarles de capacidad para la emisión del consentimiento, pero que no están formalmente incapacitadas. En este sentido, sobre los sujetos con defectos de capacidad no incapacitados, la tendencia jurisprudencial invariable ha sido la de admitir en su beneficio que sus declaraciones de voluntad sean susceptibles de impugnación, aplicándoles un régimen de ineeficacia similar al de los actos del incapaz. Algunos ejemplos de ámbitos de aplicación del supuesto comentado son: otorgar testamento para el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio; contraer matrimonio cuando un contrayente esté afectado por deficiencias o anomalías psíquicas; otorgar el consentimiento informado cuando el enfermo no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico – psíquico le impida hacerse cargo de su situación; y también en la esfera de la legislación mercantil, en lo referente a la regulación de la validez de los acuerdos de constitución de sociedades de capital.

c) La figura del que no está formalmente incapacitado, pero por deficiencia o enfermedad pudiera estar privado de capacidad para emitir consentimiento, carece de regulación legal general. No obstante lo anterior, nuestra jurisprudencia ha ido generando una cierta tipificación al no ser infrecuente que se planteen en nuestros tribunales problemas sobre la validez del consentimiento prestado.

d) Sentado el principio general de que serían susceptibles de impugnación los actos del incapacitado y los del incapacitable, no debe establecerse equiparación alguna entre el supuesto de hecho que da lugar a la incapacitación y la falta de capacidad puntual para prestar el consentimiento.

e) El concepto de “incapacidad natural” se refiere a la persona que se halla en una situación psíquica en la que no le es posible entender y querer el acto que realiza. Como quiera que la capacidad de obrar de las personas físicas es un atributo de la propia condición de persona, y un derecho de la personalidad, deberá presumirse siempre la capacidad mental mientras no quede demostrado lo contrario. En este mismo sentido y a falta de normas positivas, la jurisprudencia considera que existe capacidad cuando el sujeto dispone de aptitudes intelectivas y volitivas suficientes.

f) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando las características de la “incapacidad natural” en los siguientes términos:

- La incapacidad o afectación mental ha de ser grave; la calificación médica de la enfermedad (entidad nosológica) es irrelevante, ya que lo importante es la real afectación del sujeto.
- La edad del sujeto, por sí sola, no es motivo para considerar que falta la capacidad natural.
- La posible concurrencia de incapacidades físicas no es determinante de la falta de capacidad.
- Los pronunciamientos administrativos sobre capacidad laboral o minusvalía no determinan la falta de capacidad natural, si bien en algún caso pueden ser indicativos de ella.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

- La intervención notarial no es determinante de la existencia de capacidad, aunque añada certidumbre y vigor a la misma.
- La determinación de la capacidad mental del sujeto en cuestión se refiere al momento sincrónico del otorgamiento de consentimiento cuya validez es discutida.
- La incapacitación posterior no causa ningún efecto sobre la validez de los negocios llevados a cabo con anterioridad.
- Como principio general debe prevalecer que la capacidad deberá ser siempre presumida y, en consecuencia, la carga de acreditar su inexistencia recae en quien la alegue.

g) Los aspectos procesalmente más relevantes de las acciones que se puedan interponer en demanda de la invalidez del consentimiento prestado por quien carecía de capacidad para ello, son:

- La tendencia jurisprudencial a extremar el rigor en la apreciación de la prueba de la falta de capacidad.
- La prueba deberá ser directa, siendo admisibles todos los medios de prueba directos.
- El objeto de la prueba es la existencia de una enfermedad o anomalía psíquica que priva al sujeto de la capacidad para consentir.
- La prueba ha de estar referida al momento de la prestación del consentimiento que se discute.
- Para valorar la falta de capacidad es relevante el concreto contenido del negocio que se impugna.

h) Como quiera que la prueba pericial (dictámenes periciales médicos) es a menudo determinante en el enjuiciamiento de los casos en que existen dudas sobre la presencia de capacidad, resulta muy conveniente conocer algunos pronunciamientos de nuestros tribunales a tener en cuenta si se pretende acreditar la falta de capacidad:

- Para evitar que el perito se convierta en juez y éste en perito conviene situar a cada interviniente en el proceso en el lugar donde institucionalmente le corresponde.
- En el informe no debe razonarse la presencia de una determinada enfermedad, sino los efectos que concretamente tiene sobre la persona enferma.
- El informe pericial debe contener razones y explicaciones suficientes como para desvirtuar la presunción general de capacidad.
- De manera general, aunque no como norma de universal aplicación, son preferidos los informes asertivos frente a los probabilísticas, ya que éstos últimos reducen considerablemente la posibilidad de que la demanda prospere.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

- El indudable valor probatorio mayor que tienen los informes emitidos por especialistas en psiquiatría, en ocasiones, son compensados con los practicados por facultativos no especialistas pero que estuvieron en contacto directo con el discapacitado.
- El simple diagnóstico retrospectivo es privado de valor por la jurisprudencia.
- No debe descartarse de manera absoluta el valor y relevancia que en ocasiones pudieran tener las historias clínicas.

i) En el análisis de las consecuencias jurídicas de la falta de capacidad, debe recordarse que para decretar la nulidad absoluta por falta de consentimiento no es suficiente que este se encuentre viciado, sino que es preciso que de ningún modo se haya consentido.

11.- En lo que se refiere a la segunda fase, es presupuesto indispensable de validez que el consentimiento expresado se corresponda con la voluntad interna del sujeto. Por lo tanto, deberá haber una coincidencia entre lo querido y lo declarado. Puede ocurrir que exista una discordancia entre la voluntad interna y la declarada, pudiendo ser esta divergencia conocida o ignorada por el declarante.

A tal esquema corresponden las siguientes tres figuras: el error obstativo; la reserva mental; y la simulación.

a) El error obstativo es un supuesto de divergencia entre la voluntad y la declaración no provocada conscientemente por el contratante. El error obstativo, que carece de regulación legal, se puede producir en:

- Aquellos errores que se producen en el acto de la declaración, incluyendo por tanto todas las situaciones en las que la equivocación radica en la ejecución material del acto declarativo. El ejemplo más claro de esta figura es el *lapsus lingue*.
- Los errores que afectan al contenido o significación de la declaración, pues aunque el declarante emplea las palabras o expresiones que desea, sin embargo, atribuye a dichos términos o a su propia conducta un significado diferente del que realmente tienen.
- Los errores que afectan a la transmisión de la voluntad del sujeto.

b) La reserva mental es un supuesto de discordancia entre lo querido y declarado, pero diametralmente diferente al anterior por cuanto en este caso estamos ante una discrepancia consciente y voluntaria del declarante que, deliberadamente, crea frente al destinatario de la declaración una apariencia de voluntad negocial cierta al expresar intencionalmente algo que realmente no quiere. Careciendo también de regulación legal, resulta poco imaginable su aplicación en el ámbito que nos ocupa, ya que supondría admitir que un contratante con la capacidad disminuida ideara un negocio de este tipo.

c) La simulación responde nuevamente a una discordancia entre lo querido y lo manifestado, pero de manera consciente y en virtud de un acuerdo entre los interesados.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

12.- Si nos centramos en la tercera fase constitutiva del fenómeno del consentimiento, hemos de precisar que en este momento, el negocio jurídico, puede verse afectado por anomalías en el consentimiento que la tradición jurídica denomina vicios del consentimiento. Estas anomalías o irregularidades pueden ser: el error vicio, el dolo; y la violencia e intimidación.

a) El "error vicio", es aquel que impide al sujeto forjarse una correcta representación mental o un acertado conocimiento de la realidad, produciéndose por el desconocimiento o equivocación del propio sujeto que yerra. Se trata de un error íntimamente vinculado a los problemas de capacidad, ya que aun declarándose aquello que se quiere, en el proceso de formación de la voluntad aparece un defectuoso conocimiento de la realidad o una equivocada creencia o representación mental.

b) El dolo es un vicio del consentimiento que se funda en el ilícito comportamiento del contratante que no lo padece, quien engaña al otro sujeto negocial para que éste forme y exteriorice una voluntad que no hubiera existido sin dicha conducta ilícita.

La apreciación del dolo como causa para invalidar los negocios jurídicos exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir en una actuación positiva o en una abstención u omisión.
- Que induzca a la parte contraria a realizar el negocio, de forma que de haber conocido con anterioridad la situación real no lo hubiese efectuado.
- Que sea grave y que no haya sido causado por tercero, ni empleado por ambas partes contratantes.

c) El Código Civil establece que "hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible". Por su parte, la doctrina diferencia dos modalidades: la absoluta, que implica ausencia de conocimiento e inexistencia del negocio; y la relativa, que no anula de manera total la voluntad del sujeto pero si la vicia, teniendo que ser para ello irresistible.

También el Código Civil precisa que la intimidación surge "cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes". Para que el temor o miedo sea susceptible de viciar el consentimiento, es preciso que:

- Sea racional y fundado, no hipotético y basado en meras sospechas.
- Que la amenaza (elemento externo de la intimidación) consista en el anuncio de un mal inminente y grave que el autor de la amenaza está en condiciones de inflictir sobre la persona del contratante o sus bienes, o bien, sobre determinadas personas ligadas con él por estrechos vínculos familiares.

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA EN EL MUNDO ACTUAL

- Que exista un nexo de causalidad entre los elementos interno y externo de la intimidación.

13.- Especial importancia cobra, en el ámbito médico, el consentimiento informado de los incapaces no incapacitados. Personas que no tienen en un momento determinado las capacidades necesarias para la libertad del acto del consentimiento. Quien debe apreciar esta capacidad es el médico que está prestando la asistencia.

14.- En estos casos, el ordenamiento jurídico prevé que la aceptación sea realizada por terceras personas vinculadas al incapaz.

