

TÍTULO

CAPACIDAD Y AUTOGOBIERNO

Fernando Santos Urbaneja
Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

© *Fernando Santos Urbaneja*
2009

fsurbaneja@telefonica.net
<http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/>

Publicado en:
DOCUMENTO SITGES 2009 – Análisis de la capacidad para decidir
durante la evolución de una demencia.

CAPACIDAD Y AUTOGOBIERNO

PLANTEAMIENTO

La causa de la incapacitación está expresada en el Art. 200 del C. Civil que establece:

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma”.

Durante años, para realizar el juicio sobre la incapacidad de una persona, hemos atendido y evaluado sólo la primera parte del Art. 200 del C. Civil

“Padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico”

Este dato, nos lo proporciona un certificado médico que contiene el diagnóstico y características del padecimiento.

Se trata de una información abstracta que toma como base las clasificaciones de enfermedades y trastornos comúnmente aceptadas y publicadas por Instancias Médicas y Organismos Oficiales.

El precepto distingue entre:

ENFERMEDADES O DEFICIENCIAS DE CARÁCTER PSÍQUICO

La fórmula es tan amplia y los términos tan abiertos que puede interpretarse en varias direcciones y en sentido más extenso o más estricto.

En principio resulta claro que están incluidos todos los padecimientos que afectan a la vertiente intelectual, a la facultad de decisión por presentar carencias en la inteligencia teórica.

Esto sucede en la discapacidad intelectual, en los trastornos mentales y en las demencias degenerativas.

Ahora bien, el déficit intelectual puede estar producido por otras muchas causas como la ingesta de tóxicos, el consumo abusivo de alcohol o drogas, traumatismos, etc...

ENFERMEDADES O DEFICIENCIAS DE CARÁCTER FÍSICO

Se refiere claramente el precepto a las minusvalías físicas en cualquiera de sus formas, excluyendo en principio las sensoriales.

Existen también otros padecimientos físicos de otro tipo como los estados vegetativos, las afasias, etc...

PERSISTENTES

Nota común de todos los padecimientos a los que se refiere el Art. 200 del Código Civil es la persistencia o permanencia, excluyéndose los que tras el proceso patológico curan completamente.

El problema se plantea en relación a las denominadas enfermedades cíclicas que cursan alternando periodos de afectación mas o menos severa y periodos de remisión. (Ej: La esquizofrenia)

La solución que los Tribunales han dado a estos casos es considerar que se tratan de enfermedades persistentes puesto que permanecen latentes aunque sus efectos sean variados en un periodo u otro.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de Febrero de 1986 refiriéndose a la esquizofrenia señaló que esta enfermedad

“Tiene la consideración jurídica de persistente..., dado su carácter crónico y no constar cuando la afectada entra en las indicadas fases cíclicas o críticas...”

Pero, para determinar si existe causa de incapacitación es preciso que nos fijemos también y muy especialmente en la segunda parte del enunciado del artículo 200 C.C.

“ Si el padecimiento impide a la persona gobernarse por sí misma”

Hasta ahora ha sido muy común asociar automáticamente “diagnóstico” e “incapacidad civil” y dar por supuesto que toda anomalía psíquica o trastorno mental persistente impide necesariamente a la persona gobernarse por sí misma

Esto, en la mayoría de los casos, no responde la realidad. Es obligado que analicemos si el padecimiento impide a la persona resolver sus asuntos o puede solucionarlos a pesar de padecimiento.

Ello nos lleva examinar la noción de autogobierno

LA NOCIÓN DE AUTOGOBIERNO

Podemos acercarnos al concepto avanzando algunas notas generales:

a) El autogobierno es la capacidad de resolver los propios asuntos, la capacidad de atender las necesidades, alcanzar los objetivos o cumplir los deseos.

b) La noción de autogobierno tiene dos dimensiones:

Externa: Relativa a actos (jurídicos o no) que tienen que ver con terceros (Asociación, compras, ventas, préstamos, demandas, etc...)

Interna: Relativa a actos propios como el autocuidado (vestido, alimentación, desplazamientos, etc..)

c) El autogobierno tiene como primer componente la capacidad de obrar o capacidad para tomar decisiones.

La persona con autogobierno debe contar en primer lugar con la "inteligencia teórica" suficiente para tomar "conciencia" de los elementos de la decisión y de sus consecuencias.

Por tanto, la relación entre capacidad de obrar y autogobierno no es de exclusión, sino de relación entre una parte y el todo.

La capacidad de obrar es una parte, un elemento o requisito del autogobierno.

d) Además de capacidad de decisión, el autogobierno requiere voluntad.

Para que la decisión sea efectiva tiene que llevarse a la práctica, hay que hacer o no hacer lo que se ha decidido y en esta empresa el papel no le corresponde a la inteligencia, sino a la voluntad.

Las crisis de autogobierno que provocan las carencias de voluntad son generalmente más graves que las que provocan las carencias de inteligencia teórica

e) Por fin, es preciso además contar con medios materiales o que no existan obstáculos externos que impidan llevar a la práctica lo decidido (barreras físicas, jurídicas, mentales, etc...)

Por tanto, no tendrá autogobierno o lo tendrá disminuido el que, en relación con lo que necesita o pretenda, presente carencias de conocimiento, voluntad o medios.

f) Hay que tener muy presente que el autogobierno requiere un análisis individual y personalizado.

Debemos analizar a la persona concreta en sus circunstancias particulares porque la incapacidad civil es algo más que un diagnóstico, es fundamentalmente un concepto individual y circunstancial.

No se puede establecer una equivalencia genérica entre diagnóstico y falta de autogobierno pues cada caso es distinto.

Esta falta de sintonía entre diagnóstico y autogobierno es aún mayor en nuestros días en los que el apoyo familiar, el aprendizaje, los avances médicos, el auxilio de medios técnicos, etc... han dotado de habilidades o posibilidades de gobierno a muchas personas que padecen discapacidad o trastornos mentales de modo que, teniendo el mismo diagnóstico, en virtud de estas circunstancias unas personas alcanzan un alto grado de autogobierno y otras no.

Ya están expuestos los trazos generales de la noción de “autogobierno” pero es preciso ahora explicar con mayor precisión algunos aspectos:

LAS FUENTES DEL AUTOGOBIERNO

Son las siguientes:

- a) Capacidad jurídica o capacidad para tener derechos
- b) Capacidad de obrar o capacidad para tomar decisiones
- c) Voluntad para llevar a cabo lo decidido
- d) Posibilidad de hacerlo

De estas variables sólo la primera es segura y sólo cuando respecto de un deseo, problema, necesidad u objetivo concreto, concurren todas, puede decirse que la persona cuenta con autogobierno, esto es, capacidad de resolver su problema, necesidad u objetivo.

Veamos cada uno de estos conceptos:

A.- CAPACIDAD JURÍDICA O CAPACIDAD PARA TENER DERECHOS

En nuestro sistema jurídico, a toda persona, por el mero hecho de serlo y con independencia de su condición, se le atribuyen desde su nacimiento una serie de derechos entre los que destacan los llamados derechos fundamentales o derechos de la personalidad.

En definitiva, todo nacido, ya sea sano o enfermo, rico o pobre, tiene reconocida por exigencia elemental de la dignidad de la persona, la capacidad para tener derechos.

A partir de este momento y a lo largo de toda su vida la persona puede añadir a sus derechos innatos otros que vaya adquiriendo (Ej: propiedad, derecho de uso o habitación, usufructos, etc....) por distintos títulos (compra, donación, herencia, etc....)

B.- CAPACIDAD DE OBRAR O CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES

Cosa muy distinta de la capacidad jurídica o capacidad para tener derechos, es la capacidad para tomar decisiones sobre los mismos.

Para ello es preciso contar con unas dosis suficientes de inteligencia, madurez y un mínimo de voluntad.

Cuando una persona reúne estas condiciones decimos que tiene “capacidad de obrar”, es decir, de tomar decisiones relevantes que tienen como consecuencia la creación, modificación, o extinción de relaciones jurídicas.

Se trata de una atribución abstracta de capacidad que se proyecta hacia el futuro y que abarca en principio todos los actos y negocios previstos en el ordenamiento jurídico.

En nuestro sistema legal se presume que estas condiciones deben estar presentes a la edad de 18 años y que el joven está ya preparado para llevar responsablemente las riendas de su vida.

Dice la Constitución en el Art. 12:

“Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”

Consecuente con lo anterior el Art. 314-1 del Código Civil dispone que:

La emancipación tiene lugar:

1º.- Por la mayor edad.

Y el Art. 322 del Código Civil:

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”

La vida requiere de continuas decisiones: Las personas han de adoptar diariamente decenas de ellas, la mayor parte triviales (voy al cine o al teatro, llamo a mis padres o lo dejo para mañana).

Existe otro tipo de decisiones más relevantes (elección de colegio para los niños, comprar una casa, pedir un préstamo, interponer una denuncia o una demanda, etc....)

Finalmente existe otro grupo de decisiones cruciales (matrimonio, adopción, etc...)

Pero puede ocurrir que personas que han cumplido 18 años, no cuenten realmente (en contra de la presunción legal) con la capacidad para tomar decisiones, por razón de padecer una minusvalía, accidente, enfermedad, etc....

En estos casos la “presunción de capacidad” se torna en “presunción de incapacidad” y el ordenamiento jurídico contempla una amplia serie de medidas para garantizar su protección:

Así:

Despliega sus efectos la institución de la Guarda de Hecho, regulada en los Arts. 302, 303 y 306 del Código Civil.

Los internamientos en Centros adecuados para su asistencia o tratamiento de consideran “involuntarios” y se someten a control judicial (Art. 763 de la LEC)

Se pueden adoptar medidas de protección en base a lo dispuesto en el Art. 216-2 en relación con el Art. 158 del C. Civil o lo dispuesto en el Art. 762 de la LECivil.

Los funcionarios públicos tienen el deber de comunicar esta situación al Ministerio Fiscal (Art. 757-3 LEC) que valorará la conveniencia o no de instar la declaración de incapacidad.

Los familiares pueden instar la declaración de incapacidad (Art. 757-1 LEC) y si éstos no existieran o no la instaren, subsidiariamente puede hacerlo el Ministerio Fiscal (Art. 757-2 LEC)

En caso de que estas personas tengan que comparecer en juicio y no haya nadie que las represente, serán provistas de un Defensor Judicial en los términos previstos en el Art. 8 de la L.E.Civil.

B-1 La capacidad para decidir

La capacidad para decidir es el presupuesto de la decisión.

Es obligado analizar separadamente estos dos conceptos.

La capacidad para decidir implica contar con unas mínimas facultades cognoscitivas o intelectuales que permitan a la persona conocer de modo suficiente los distintos elementos (de hecho, de derecho, etc...) que concurren en la decisión.

Aquella persona de quien se afirma que cuenta con capacidad para decidir, podrá tomar decisiones.

El objetivo fundamental del Documento Sitges es analizar “la capacidad para decidir”, aportando para ello un método de carácter científico que sirva de auxilio o instrumento para a quien cotidianamente recibe órdenes, indicaciones, propuestas de un tercero cuya capacidad aparece cuestionada.

El método propuesto ha de servir para orientar el análisis, pero nunca podrá suplir la impresión extraída del contacto personal y de la evaluación de las circunstancias que concurren en cada caso concreto, abordado desde la predisposición o principio ético de “tratar de atender, tratar de entender”.

B-2 El proceso de la decisión y sus fases

Una vez afirmada la “capacidad para decidir” es preciso reconocer que “la decisión” entraña un proceso complejo que se desarrolla en varias fases (Planteamiento del problema-objetivo-necesidad – Conciencia de los márgenes de decisión – Propuesta/s de solución – Deliberación – Decisión).

B-2-1 Planteamiento de un deseo, problema, necesidad u objetivo

Lógica y cronológicamente el proceso de la decisión comienza con el planteamiento de un problema (no encuentro trabajo); un deseo (me gustaría hacer un viaje); una necesidad (tengo que comprar un piso) o un objetivo (quiero aprender a pintar)

B-2-2 Márgenes de la decisión

Normalmente el campo de decisión se encuentra limitado.

Los límites pueden ser naturales o legales:

***Límites naturales**

No se puede decidir por encima de los límites y condiciones de la naturaleza. Si alguien decide que los embarazos duren dos semanas se enfrentará a un absurdo.

*** Límites legales**

Las disposiciones legales, los derechos de los demás, el perjuicio inaceptable de tercero, etc..., condicionan y limitan el marco de nuestras decisiones. Quien decida que el semáforo en rojo significa “no pare” va a encontrarse con muchos problemas.

En ese orden de ideas creo que el lector habrá caído ya en la cuenta a estas alturas de que en muchas ocasiones, ya sea por condicionamientos naturales o legales nuestro margen de elección es inexistente.

B-2-3 Propuesta/s de solución

A la persona se le ocurre o un tercero le propone la solución o soluciones para su problema, deseo, necesidad u objetivo.

B-2-4 Evaluación y deliberación

En esta fase la persona debe ponderar los márgenes de elección, lo que puede elegir y lo que le viene impuesto y sopesar los “pros” y los “contras” que la decisión conlleva, lo que gana y lo que pierde de acuerdo con su particular sistema de valores y de prioridades. Es este un Código personalísimo que puede presentar con otros amplias zonas comunes (comunidad de sentimientos) o puede ser en su mayor parte “exclusivo”. Es posible que sea tildado de raro o irracional pero, si respeta los derechos ajenos deberá ser respetado.

El derecho a elegir se basa en el derecho a la libertad ideológica (Art. 16 C.E.) y no puede tener más limitaciones que las legalmente previstas.

Resulta a su vez muy ilustrativo el resultado de un pequeño experimento consistente en que cada una de las persona de un grupo elija y ordene según su importancia las cosas que considera más valiosas. Hay quien lo formula de la siguiente manera “Qué tres, cinco o diez cosas te llevarías a una isla desierta”

Examinemos varios ejemplos:

- 1º.- SALUD
- 2º - TRABAJO
- 3º.- FAMILIA
- 4º - AMIGOS
- 5º.- ECOLOGÍA

- 1º.- RELIGIÓN
- 2º.- FAMILIA
- 3º.- AMISTAD
- 4º.- SOLIDARIDAD
- 5º.- TEATRO

- 1º.- PAZ
- 2º.- POLÍTICA
- 3º.- TRABAJO
- 4º.- FAMILIA
- 5º.- AMIGOS

- 1º.- DINERO
- 2º.- TRABAJO
- 3º.- VIAJES
- 4º.- SALUD
- 5º.- PODER

Este “Código particular” juega un papel fundamental a la hora de tomar decisiones pues es el que, a la postre, va a hacer que se incline la balanza de un lado o de otro.

El asunto tiene crucial trascendencia si caemos en la cuenta de que nuestra felicidad depende de que nuestros deseos se hagan realidad y ello no es posible si no nos permiten elegir al respecto.

Me ha parecido muy certera y valiente la definición de que de “autonomía” contiene la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia en su Artículo 2:

“Autonomía: La capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.

B-2-5 La decisión

Es un hecho psíquico e íntimo que supone la determinación de la persona por una de las opciones posibles o quizás por la única posible.

Este es, a mi juicio y expresado de un modo muy elemental, el proceso de la decisión. Quien pretenda hacer un juicio sobre la capacidad para decidir de otra persona deberá tenerlo presente y comprobar la coherencia o no del planteamiento en función del juego de las distintas variables.

EL MÉTODO DE VERIFICACIÓN

Realmente no existe método científico de verificación. Se han formulado varias propuestas al respecto pero hasta el momento no advierto grandes avances en este terreno.

En la práctica, en el día a día, se presume que las personas mayores de edad tienen capacidad para decidir y que saben lo que hacen.

El Notario, el Médico, el Director del Banco califican según su experiencia y su criterio la capacidad de la persona que tienen al otro lado de la mesa y la validez de sus decisiones.

La posición del Juez es diferente pues la evaluación se hace dentro de un procedimiento con unas pruebas mínimas tasadas y libertad para practicar y acordar, incluso de oficio, cuantas estime convenientes.

Dentro de las pruebas imprescindibles se encuentra el informe del Médico Forense y del Fiscal.

Para algunos actos concretos como el otorgar testamento por persona judicialmente incapacitada cuando la sentencia de incapacitación no haya privado expresamente de esta facultad, la ley prevé precauciones especiales. El Notario no otorgará testamento sino cuando dos facultativos afirmen su capacidad (Art. 665 del C. Civil)

En cualquier caso, ya sea el Notario, los responsables de residencias de Mayores o entidades bancarias, Médicos, etc..., en cuanto tengan sospechas de falta de capacidad pueden negarse a dar validez a lo manifestado por la persona cuya capacidad se cuestiona y remitir su examen y evaluación a un procedimiento judicial.

Ahora, para completar el análisis de la decisión, es preciso distinguir entre:

- a) Capacidad genérica y capacidad para decidir sobre actos concretos.
- b) Capacidad para decidir sobre un acto concreto y capacidad para decidir sobre sus consecuencias.

CAPACIDAD GENÉRICA Y CAPACIDAD PARA DECIDIR SOBRE ACTOS CONCRETOS: SIMPLES O COMPLEJOS

Ya he dicho que cuando una persona alcanza la mayoría de edad se atribuye, porque se presume que tiene facultades para ello, la capacidad genérica para decidir por sí misma.

Se trata de una capacidad abstracta e inconcreta pero no se puede olvidar que la decisión es un concepto "relativo", en el sentido de que se decide "algo" o "respecto de algo" y cual sea este "algo" va a ser determinante a la hora de establecer el juicio de valor final sobre si existe o no capacidad de decisión para ese acto concreto.

Cada acto, según su grado de complejidad, requerirá unas mayores o menores dosis de conocimiento y madurez que permitan a la persona representarse el significado del mismo y deliberar teniendo presente las consecuencias que puede acarrear su omisión o realización.

Es fácil caer en la cuenta de que no se requieren las mismas condiciones ni la misma capacidad para decidir sobre si voy al cine o al teatro, si compro un periódico o una revista, si salgo de paseo o me quedo en casa, o sobre si me matriculo en una facultad u otra, si adopto o no a un niño, si invierto o no mi patrimonio en una u otra de las distintas opciones que ofrece el mercado.

En definitiva, más allá de la genérica capacidad para decidir o capacidad de obrar, lo que resulta verdaderamente relevante para afirmar o negar la capacidad es el carácter y contenido del acto al que la decisión se refiere, su carácter simple o complejo.

CAPACIDAD PARA DECIDIR SOBRE UN ACTO CONCRETO Y CAPACIDAD PARA DECIDIR SOBRE SUS CONSECUENCIAS.

Aún debemos hacer una última consideración.

Dado que muchas decisiones provocan situaciones nuevas sobre las que hay que volver a tomar decisiones y así, sucesivamente hasta el final del asunto, es preciso distinguir entre la capacidad para decidir sobre el primer acto y capacidad para decidir sobre las consecuencias del mismo.

Por ejemplo:

Una persona decide aceptar un trabajo en una ciudad alejada del domicilio familiar, lo cual provoca una variada gama de problemas en el seno de la familia, transporte, etc...

Una persona mayor internada en una Residencia decide volver a su casa que se encuentra en un pueblo donde no puede recibir los auxilios médicos que precisa.

El juicio sobre la capacidad debería realizarse en conjunto, en función de la primera decisión y de sus consecuencias.

EL PAPEL DE LA INTELIGENCIA "TEÓRICA"

Es fácil advertir que el proceso de la decisión requiere en mayor medida la presencia de un ingrediente fundamental, la inteligencia teórica, que es la que se ocupa de elaborar las operaciones intelectuales.

También unas dosis mínimas de "voluntad" o "ánimo" pues en algunos casos (Ej: depresión mayor) las personas carecen de un impulso mínimo para plantearse decisiones.

La inteligencia teórica permite tomar conciencia de la realidad, de sus límites, de la complejidad o sencillez del problema, de las hipótesis de solución, de las consecuencias de cada una de las opciones.

Esta clase de inteligencia es la que falta en mayor o menor medida en el discapacitado intelectual, también en el anciano senil y en el enfermo mental en los periodos de agudización del trastorno, Esta minusvalía de tipo intelectual puede provocar, dependiendo del grado de afectación, incapacidad civil, en el sentido de privar de la capacidad para tomar decisiones o algunas decisiones relevantes que la vida conlleva. Afecta por tanto a la capacidad de obrar y esta carencia debe ser subsanada.

El remedio pasa por atribuir a otra persona la facultad de decidir.

Por cotidiano que nos parezca, esta atribución de facultades es sobrecogedora, pues coloca a una persona en manos de otra, generalmente sus familiares o seres queridos que gozan, en principio de una presunción de afecto y se espera que actúen en beneficio y provecho del discapacitado.

Como la experiencia nos ha enseñado que esto no siempre es así y que existen casos en que el representante actúa en beneficio y provecho propio. Por ello las decisiones más relevantes se someten a control judicial.

Conviene ahora que reparemos en una última cosa:

EL IMPACTO DE LAS EMOCIONES Y SUS REMEDIOS

He esbozado un esquema muy rudimentario del proceso de la decisión poniendo especial énfasis en el papel de la inteligencia “teórica”. Pues bien, la mala noticia es que aún estando ésta preservada, el estado emocional de la persona a la hora de tomar la decisión puede tener efectos devastadores sobre la capacidad para decidir.

Existen momentos y situaciones en los que se producen “disparos emocionales” que nublan la inteligencia.

Así todo el mundo comprenderá que no es el mejor lugar ni el mejor momento para evaluar la capacidad de decisión sobre el ingreso en una Residencia para Personas Mayores, el receptor de la Residencia al tiempo de que la Persona Mayor llega a la misma.

Tampoco la Sala de Vistas de un Juzgado es lugar para evaluar capacidades cuestionadas.

Las personas más vulnerables son las más proclives a sufrir desajustes emocionales. Así, la experiencia nos enseña y el refranero nos previene de que “Las personas mayores son del último que llega”. Cuando más acusado es el estado de desvalimiento, mayores son los riesgos de que “lo emocional” eclipse lo “intelectual”.

Conozco el caso de una señora mayor que hizo más de una docena de testamentos: Uno nuevo cada tres meses. La curiosidad me llevó a descubrir que cada tres meses iba a residir a casa de uno de sus cuatro hijos.

La única manera de luchar contra este problema es situar la decisión en circunstancias no proclives a recibir el impacto de las emociones. Esto es muy difícil si no se ha previsto.

Un magnífico remedio lo brindan los documentos de instrucciones previas, autotutela y voluntades anticipadas que permiten al afectado poner de manifiesto su voluntad en las circunstancias de tranquilidad, intimidad o sosiego que desee.

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre de modificación del Código Civil ha introducido figuras muy interesantes a este respecto:

C.- LA VOLUNTAD

En el análisis del proceso que conduce a la decisión, no hemos abandonado el terreno teórico y de la abstracción. Es decir, que una decisión tomada no es más que un hecho psíquico íntimo que no trasciende del individuo que la toma, que no se nota, que es un puro pensamiento si no ha llegado a ser manifestada.

Para que la decisión sea efectiva tiene que llevarse a la práctica, hay que hacer o no hacer lo que se ha decidido y en esta empresa el papel no le corresponde a la inteligencia, sino a la voluntad.

Hay muchas personas que tienen capacidad para elaborar correctamente todo el proceso de la decisión y para adoptar decisiones pero “son incapaces de llevarlas a la práctica”, carecen de la voluntad o de la fuerza para hacerlo.

Todos conocemos decenas de personas que han decidido muy correctamente dejar de fumar pero no lo dejan.

Es frecuente este fenómeno:

a) En las personas que sufren depresiones graves, a la que les falta el aliento vital mínimo para abordar cualquier cuestión relevante.

b) Ocurre en todas las adicciones, ya sea a sustancias (alcohol, drogas, tóxicos, etc...) o a conductas (ludopatía, cleptomanía, anorexia, etc...).

En estos casos la persona que sufre la adicción posee la inteligencia teórica normal para realizar el proceso de decisión y decide corrientemente no volver a jugar, no volver a consumir, dejar de obsesionarse con su aspecto, pero no son capaces de hacerlo, carecen de la voluntad o de la fuerza de voluntad suficiente para lograrlo.

Las crisis de autogobierno que provocan las carencias de voluntad son generalmente más graves que las que provocan la carencia de inteligencia teórica, sin embargo el derecho civil se resiste aún a contemplarlas como causa de incapacitación.

Tan sólo se ocupa el derecho de la prodigalidad y prevé que el pródigo pueda ser sometido a “curatela”

La incapacitación por “carencia de voluntad” que afectaría a ludópatas, toxicómanos, etc..., es una cuestión que está planteada y se presenta difícil de resolver porque en el fondo laten dos concepciones ideológicas sobre la libertad radicalmente distintas.

Para unos, entre los que me encuentro, la libertad requiere como presupuesto la voluntad, de modo que no se puede hablar de libertad si la voluntad falta. Libertad es poder elegir, poder decir sí y poder decir no, llevar las riendas de la propia vida. Considero por ello que el drogadicto que puede decir sí a las drogas no es libre si ya no puede prescindir de ellas; considero que el ludópata que puede decidir jugar no es libre si carece de voluntad para no hacerlo.

Para otros, libre es el que tiene posibilidades de hacer cosas y las hace, con independencia de sus consecuencias o de que llegue un momento en que no pueda dejar de hacerlas. He oído muchas veces decir que los adictos hacen tal o cual cosa “en uso de su libertad”. En cuanto a la voluntad, si se tiene o si se carece es indiferente en este planteamiento.

Desde la primera perspectiva tiene sentido plantear la posibilidad de incapacitación civil en caso de adicciones severas con graves consecuencias para terceros basada en la falta de voluntad-libertad para llevar a cabo las decisiones necesarias.

Desde la segunda perspectiva la incapacitación supondría un gravísimo atentado a la libertad individual.

La cuestión es tan delicada que requeriría un amplio debate social y jurídico sobre el mismo.

D.- LA POSIBILIDAD O LOS MEDIOS

Hay personas que cuentan con capacidad de decisión y una gran voluntad pero les faltan los medios para llevarla a cabo.

Las razones de esta imposibilidad pueden ser de muy distinta índole:

Económicas; Falta de recursos.

Materiales; Barreras arquitectónicas.

Jurídicas; derivadas de las disposiciones legales.

Mentales; tienen que ver con las actitudes que la sociedad adopte respecto de un problema o colectivo

Socio-Familiares; Falta de apoyo familiar o institucional

Estas circunstancias actúan como “barreras” y al final resulta que, por unas u otras razones, las necesidades no pueden atenderse, los deseos u objetivos no pueden alcanzarse y se producen crisis de autogobierno.

En suma, tendrá autogobierno:

a) La persona que reúna las notas de conciencia, voluntad y posibilidad de acuerdo con un estándar medio.

b) Quien consiga resolver sus necesidades o alcanzar sus deseos u objetivos, bien sea ejecutando él mismo las actividades necesarias para ello, bien encomendándolas a terceros (Poderes) o recibiendo su auxilio (Cuidadores informales, Voluntarios, etc...)

LA EVALUACIÓN DEL AUTOGOBIERNO EXIGE UN ANÁLISIS INDIVIDUAL Y CIRCUNSTANCIAL

Es célebre la frase de Ortega y Gasset “Yo soy, yo y mis circunstancias”. Es preciso por tanto, a la hora de decidir sobre el grado de autogobierno de una persona, el colocarse sincerísimamente frente a ella para:

Primero: Determinar qué es lo que la persona necesita ordinariamente hacer.

Segundo: Qué es lo que puede decidir y hacer por sí misma.

Tercero: Qué es lo que puede decidir y procurarse por sí misma”

Lo primero que hay que hacer es analizar a la persona en sus circunstancias concretas y determinar es **LO QUE LA PERSONA NECESITA HACER ORDINARIAMENTE** para atender sus asuntos, para sentirse bien, para autorealizarse, para ser feliz.

Hay personas que cuentan con un abultado patrimonio que hay que gestionar, otras sólo con una pequeña pensión; Unas viven en los pueblos, otras en las ciudades; Algunas viven con la familia, otras viven sólo, etc....

Lo segundo, es determinar **LO QUE PUEDE DECIDIR Y HACER POR SÍ MISMA** para conseguir estos objetivos teniendo en cuenta sus particulares circunstancias. Estas pueden ser:

- a) Personales: (Tipo de padecimiento, edad, conciencia de discapacidad o enfermedad, actitud frente a ella, aprendizaje, grado de inteligencia y voluntad)
- b) Patrimoniales: Ingresos, bienes, derechos, necesidad de administración
- c) Familiares: Apoyo familiar, disponibilidad de tiempo,
- d) Sociales: Inserción social, apoyo institucional, voluntariado, asociación.
- e) Otras: Medio urbano o rural

Es frecuente que en los procedimientos advirtamos situaciones como la que a continuación se relata.

Se instó la incapacitación de una mujer aquejada de un trastorno mental. Pudo apreciarse en el procedimiento que la mujer vivía con sencillez y se desenvolvía en su restringido ámbito de modo satisfactorio.

El informe emitido por el Psiquiatra del Equipo de Salud Mental fue muy elocuente:

“Dolores lleva una vida sencilla y de relativo aislamiento en la cual se maneja satisfactoriamente y, pese a las limitaciones, está capacitada con una mínima ayuda para gobernar su persona, así como para la correcta administración de los modestos bienes que posee (hace buen uso de la pensión mensual que recibe)”

La sentencia fue desestimada pues Dolores podía resolver por sí misma todo lo que ordinariamente necesitaba.

Tenía un trastorno mental pero no le impedía el autogobierno.

Lo tercero que hay que establecer es aquello que la persona, aunque no lo pueda hacer por sí misma, sí PUEDE DECIDIR Y PROCURARSE POR SÍ MISMA acudiendo a terceros a quien se encarga, encomienda o apodera.

Realmente las cosas que las personas denominadas normales podemos hacer por nosotros mismos son muy pocas. Para las cosas que necesitamos y no podemos o no sabemos hacer buscamos quien nos las haga.

El mercado ofrece toda clase de servicios y de profesionales para remediar estas necesidades.

El otorgamiento de poderes es también un instrumento útil para procurarse a través de un tercero la realización de cosas.

Es importante destacar que *“la conciencia de la propia incapacidad es un gran factor de autogobierno y de resolución razonable de las necesidades”*. Las situaciones de riesgo se producen en quien no es consciente de su falta de capacidad.

En definitiva, al objeto de establecer si la persona que padece una anomalía o trastorno mental conserva o no suficiente autogobierno para atender su persona y sus bienes, habría que plantearse

QUÉ NECESITA ORDINARIAMENTE ESTA PERSONA

QUÉ PUEDE DECIDIR Y HACER POR SÍ MISMA QUÉ PUEDE DECIDIR Y PROCURARSE POR SÍ MISMA

Si todo lo que necesita ordinariamente hacer una persona, lo puede resolver por sí misma, tendrá autogobierno y no existirá, en consecuencia, causa de incapacitación.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de fecha 23 de Septiembre de 1997 recoge esta doctrina en los siguientes términos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Impugna el recurrente la sentencia de instancia alegando error en la apreciación de la prueba por el Juzgador de Instancia puesto que, afirma aquél, a la vista de la minusvalía y de la enfermedad que padece la demandada, es evidente que la misma debe ser declarada incapaz.

El motivo debe ser totalmente desestimado y ello por cuanto, como afirma el Ministerio Fiscal, en modo alguno puede equipararse diagnóstico con incapacidad, o lo que es lo mismo, es claro que no puede sin más establecerse una simple relación de causalidad entre el padecimiento de una determinada enfermedad y la consiguiente declaración de incapacidad de la persona que la sufre.

SEGUNDO. Es por ello que debe de partirse, con carácter general a la hora de indagar sobre la incapacidad de la personas, de las siguientes premisas:

a) Que partiendo de la esencial dignidad de toda persona consagrada en el Art. 14 de la Constitución Española, es claro que toda restricción de la capacidad de obrar (concepto éste más amplio que el tradicional de ser titular de derechos y sujeto de deberes), debe ser interpretada de forma restrictiva, por lo que en definitiva, primero, la capacidad se presume, segundo; sólo puede destruirse tal presunción por pruebas concluyentes de contrario y tercero; toda restricción de la capacidad tiene como finalidad primordial la protección del incapaz.

b) En segundo lugar y derivado de lo anterior, es preciso tener presente; Primero, que la enfermedad no puede interesar per se o por su causa, sino por el efecto que produce en la persona; Segundo, que por tanto, la enfermedad sólo puede ser causa de la incapacitación si impide a la persona autogobernarse o, lo que es lo mismo, es esa inaptitud para el gobierno y no la enfermedad en sí la causa de la incapacidad. Tercero; Que la finalidad última de la incapacidad es la protección del presunto incapaz.

TERCERO: En definitiva, es claro que el concepto de incapacidad debe ser circunstancial, puesto que deviene, como resume el Ministerio Fiscal, de dar respuesta a tres cuestiones:

- a) Que es lo que hace ordinariamente el incapaz.
- b) Que es lo que necesita hacer.
- c) Que es lo que no puede hacer por sí mismo.

Además, la prueba debe ser plena y no dejar margen de duda sobre tales extremos.

En el caso que nos ocupa, a la vista de los informes obrantes en autos y del resto de la prueba practicada, se desprende con meridiana claridad; Primero, que D^a. Carmen no tiene afectada de forma importante su capacidad de conocimiento, por lo que es capaz de gobernar su persona y bienes y si a ello unimos que el actor no ha demostrado la necesidad de tener que suplir la capacidad de la misma en alguna concreta y especial faceta de su actividad, es evidente que debe confirmarse íntegramente la resolución de instancia.

En suma; si existe/n alguna/s cosa/s que la persona enferma, discapacitada o senil necesite ordinariamente hacer y no pueda resolver porque no la puede llevar a cabo ella misma ni se la puede proporcionar un tercero a su instancia o por su mandato, esta será su zona de falta de autogobierno, su espacio de incapacidad y de dependencia.