

LA CAPACIDAD DE LA PERSONA PARA DECIDIR POR SÍ MISMA

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

© *Fernando Santos Urbaneja*
2007

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

Publicado en:

Centro de Estudios Jurídicos.
Curso Formación Médicos Forenses – “Las Personas Mayores: Una realidad necesitada de protección”
Madrid 12, 13 y 14 de Marzo de 2007

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. CONCEPTOS BÁSICOS

2.1. CAPACIDAD JURÍDICA O CAPACIDAD PARA TENER DERECHOS

2.2. CAPACIDAD DE OBRAR O CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES

3. EL PROCESO DE LA DECISIÓN

3.1 PRESUPUESTO

3.2. FASES

3.3. MÉTODO DE VERIFICACIÓN

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

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

4. EL PAPEL DE LA INTELIGENCIA TEÓRICA

5.- EL IMPACTO DE LAS EMOCIONES Y SUS REMEDIOS

6.-EL DOCUMENTO SITGES: ANÁLISIS Y REFLEXIONES SOBRE LA CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES DURANTE LA EVOLUCIÓN DE UNA DEMENCIA

7. LA NOCIÓN DE AUTOGOBIERNO: CAPACIDAD PARA DECIDIR + CAPACIDAD PARA RESOLVER

8. LA CAPACIDAD PARA RESOLVER: VOLUNTAD Y POSIBILIDAD

8.1 LA VOLUNTAD

8.2 LA POSIBILIDAD O LOS MEDIOS

9. PRECAUCIONES PARA VALORAR LA CAPACIDAD PARA DECIDIR Y EL AUTOGOBIERNO DE LAS PERSONAS - PROPUESTAS DE FUTURO

9.1 PRECAUCIONES

9.2 PROPUESTAS DE FUTURO

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata sobre la capacidad de las personas para decidir por sí mismas. Parece un tema trivial pero no lo es. Al contrario, su relevancia no puede ser mayor. Su estudio admite varios discursos: neurológico, jurídico y filosófico. Sería aconsejable tender un puente entre todos ellos.

La neurología debería proporcionarnos las bases científicas del proceso de decisión pero, por lo que leo, la cosa está aún “en mantillas”.

El sistema jurídico, basado en buena medida en convenciones, aúna el hecho de alcanzar determinadas edades a la atribución automática de ciertas capacidades y, por fin, la capacidad de obrar plena al cumplir los dieciocho años.

La cuestión tiene, además, un acentuado trasfondo filosófico porque la capacidad para decidir conecta con la libertad y, a la postre con la consecución, en uso de ésta, de la felicidad, aspiración universal de los seres humanos.

Si el estudio de la capacidad para decidir es complejo cuando nos referimos a personas de edad competente (“ni demasiado jóvenes, ni demasiado viejas”), aquél se complica cuando de menores se trata (no hay que olvidar que la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero otorga a los menores capacidad para el ejercicio de una serie de derechos de acuerdo con su grado de madurez y discernimiento) y las dificultades llegan a su cenit al referirlo a las personas que integran los colectivos de la tercera y cuarta edad.

Estimo que este es un tema de gran interés para los Médicos Forenses pues el Juez civil conoce de muchos procedimientos en los que se formulan pretensiones que tienen que ver con el concepto de “capacidad de la persona para decidir por sí misma” (procedimientos de declaración de incapacidad, internamientos involuntarios, autorizaciones a tutores o representantes de personas mayores para llevar a cabo actos relevantes tanto en la esfera personal como patrimonial, procedimientos sobre impugnación de actos debido a la concurrencia de vicios del consentimiento o de la voluntad, etc...)

El juicio de “capacidad o incapacidad” que corresponde realizar al Juez se funda en varios elementos pero, es un hecho que la opinión del Médico Forense es de la máxima relevancia en la configuración de aquél juicio, tanta que rara vez el Juez se aparta de ella.

La intención de este trabajo no es otra que aportar un puñado de reflexiones y propuestas que puedan servir para orientar la búsqueda y determinación de un concepto que no puede ser más importante y, a la vez, más impreciso, sabiendo de antemano que cada cima conquistada no es sino el mirador desde donde se contempla otra mayor.

Por eso desde hace años vengo clamando por un “capacímetro” cuyo uso nos dispense de andar en la cuerda floja en medio de la niebla.

No hace mucho me llegaron noticias esperanzadoras. Alguien se había puesto manos a la obra. El resultado lo llamaron "*Documento Sitges: Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia*".

Se publicó en el año 2005 y, para mi desconsuelo, sus resultados son muy discretos lo cual confirma la tremenda dificultad de la empresa, algo así como "tratar de apuntalar el viento"

Me temo que Jueces, Fiscales y Médicos Forenses en el marco de los procedimientos judiciales y Médicos de las Unidades Hospitalarias, Notarios, Directores de Residencia o de Entidades Bancarias tendremos que seguir llenando el concepto de "capacidad para decidir por sí mismo" empleando grandes dosis de buena voluntad, intuición y experiencia, sobrecogidos al tiempo por el hecho de saber que actos tan importantes como otorgar un poder, testamento, vender propiedades, ingresar o no en una residencia, ser intervenido quirúrgicamente, etc..., van a depender de la opinión que tengamos sobre la capacidad de otra persona para decidir por sí misma.

2. CONCEPTOS BÁSICOS

Una primera aproximación al tema pasa por distinguir claramente entre dos conceptos: “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”.

2.1 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.

Establece el Art. 29-1 del C. Civil que:

“El nacimiento determina la personalidad”

Añade el Art. 30 del Código Civil

“Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”

Llama la atención la pervivencia del requisito de “tener figura humana”, reminiscencia de tiempos pretéritos en los que se admitía la posibilidad de que pudieran nacer de mujer seres no pertenecientes a la especie humana.

A su vez el Art. 29 del C. Civil, en su segundo inciso aclara que:

El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo 30

Lo que interesa ahora destacar es que el cumplimiento en el nacido de estos requisitos marca el comienzo de la persona y de la personalidad, con la atribución inmediata e irrenunciable de los derechos fundamentales y otros muchos de orden inferior que el nacido tiene, fundamentalmente respecto de sus padres y familiares cercanos (alimentos).

Estos derechos le proporcionan un entramado protector frente a terceros e incluso frente al mismo Estado.

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.

2.2. 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.

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...)

Cuando una persona reúne las condiciones para poder decidir por sí misma respecto de sus derechos y obligaciones 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.

La capacidad de obrar es capacidad para tomar decisiones y requiere de unas condiciones que no concurren en todas las personas.

Así, no concurre en los menores de 18 años, dado que esta es la edad mínima que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para presumir que esas condiciones deben estar presentes y que el joven está 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”

Una de estas excepciones es la incapacitación judicial.

Mientras la persona no alcanza la mayoría de edad, las decisiones que le incumben deben adoptarlás sus representantes legales (padres o tutores)

Pero ocurre también que personas que han alcanzado la mayoría de edad, por diversas causas, pueden carecer de las facultades necesarias para tomar decisiones o alguna de ellas.

3. EL PROCESO DE LA DECISIÓN

Creo que va siendo hora de preguntarnos ¿Qué es preciso tener para poder decidir?

No es posible contestar a esta pregunta sin analizar aunque sea brevemente el mecanismo de la decisión, fenómeno éste de una extrema complejidad, olvidado sistemáticamente por los tratados de Derecho Civil que pasan sin detenerse sobre el núcleo del concepto de capacidad de obrar.

Es preciso establecer las bases teóricas tanto de los presupuestos de la decisión, como de las distintas etapas del proceso decisorio y del método de verificación.

Advierto que mi reflexión se realiza desde el campo de “lo jurídico” y, en buena parte, basada en la experiencia. No aludo a consideraciones médicas, propias de la neurología, dado que carezco de formación en este terreno.

Desde la perspectiva anunciada analizaré:

3.1 EL PRESUPUESTO

La decisión requiere que la persona cuente con unas condiciones medias de inteligencia y madurez que le permitan afrontar la resolución de las cuestiones que la vida plantea.

3.2 FASES DEL PROCESO DE DECISIÓN

a) 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) 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.

c) 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.

d) 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:

- 1°.- SALUD
- 2° - TRABAJO
- 3°.- FAMILIA
- 4° - AMIGOS
- 5°.- ECOLOGIA

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

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

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

Cuando de personas mayores se trata las aspiraciones, deseos, objetivos suelen ser mucho más humildes:

- 1°.- SALUD
- 2° - PERMANECER EN MI CASA
- 3°.- VER A MIS NIETOS

- 1°.- MIS PRÁCTICAS RELIGIOSAS
- 2°.- SALUD
- 3°.- AYUDAR A LA FAMILIA

- 1°.- UN POCO DE PAZ
- 2°.- SALUD
- 3°.- LA PARTIDA DE CARTAS

- 1°.- COMPAÑIA
- 2°.- MI PERRITA
- 3°.- OCIO

No me resisto en este punto a transcribir un fragmento de “Las Meditaciones del Quijote” de D. José Ortega y Gasset (1914)

“Cuando hemos llegado a los barrios bajos del pesimismo y no hallamos nada en el universo que nos parezca una afirmación capaz de salvarnos, se vuelven los ojos hacia las menudas cosas del vivir cotidiano....

Vemos entonces, que no son las grandes cosas, los grandes placeres, ni las grandes ambiciones, quienes nos retienen sobre el haz de la vida, sino este minuto de bienestar junto a un hogar en invierno, esta grata sensación de una copa de licor que bebemos, aquella manera de pisar el suelo, cuando camina, de una moza gentil, que no amamos ni conocemos; tal ingeniosidad, que el amigo ingenioso nos dice con su buena voz de costumbre....

Hay aquí un secreto de las bases de vitalidad que, por decencia debe el hombre contemporáneo meditar y comprender.”

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 haban realidad y ello no es posible si no nos permiten elegir al respecto.

e) 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.

3.3 EL MÉTODO DE VERIFICACIÓN

No existe método de verificación. 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.

Un ámbito especialmente delicado es el hospitalario. La ley 41/2002 de 14 de Noviembre de Autonomía del Paciente, decida varias preceptos a esta materia.

Artículo 2. Principios básicos.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

Artículo 3. Las definiciones legales.

A efectos de esta Ley se entiende por:

Consentimiento informado: 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.

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

- 1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.**
- 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.**
- 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.**
- 4. 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. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.**

Artículo 8. Consentimiento informado.

- 1. 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.**
- 2. 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.**
- 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.**

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

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.

Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

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 tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

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.

3.4 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 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.

3.5. 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.

4. 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.

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 les provoca en mayor o menor medida, dependiendo del grado de afectación, incapacidad civil, en el sentido de que carecen de la capacidad para tomar decisiones o algunas decisiones relevantes que la vida conlleva, carecen por tanto de 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, lamentablemente cada vez más frecuentes, en que el representante actúa en beneficio y provecho propio, es por lo que las decisiones más relevantes se someten a control judicial.

Conviene ahora que reparemos en algunas cosas:

5. EL IMPACTO DE LAS EMOCIONES Y SUS REMEDIOS

He esbozado un esquema 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.

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:

Los poderes preventivos

Dispone el Art. 1732 del Código Civil:

“El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevinida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a los dispuesto por éste.”

En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”

El autonombramiento de tutor

El Art. 223-2 del C. Civil dispone

“Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público o notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”

Los documentos públicos a los que se refiere el presente el presente artículo se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de última voluntad a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”

En el ámbito sanitario nos encontramos con las instrucciones previas a las que se refiere el Art. 11 de la Ley de Autonomía del Paciente en los siguientes términos:

1. 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.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. 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, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

6. EL DOCUMENTO SITGES: ANÁLISIS Y REFLEXIONES SOBRE LA CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES DURANTE LA EVOLUCIÓN DE UNA DEMENCIA.

Ya señalé en la introducción que recibí con gran expectación la noticia de este proyecto.

El grupo de estudio se constituyó con 17 expertos con mayoría de neurólogos pero entre los que no faltaban un Geriatra, un Notario, una Trabajadora Social y varios Juristas.

Lo que se pretende es establecer las condiciones neurológicas para una persona sea competente para tomar una decisión. Se trata de un loable esfuerzo pero se enfrenta a un “casi-imposible”.

El documento se publicó en el año 2005.

Voy a extraer a continuación algunos párrafos del mismo que son indicadores de su contenido:

“Valorar la competencia durante la evolución de una demencia es una tarea dinámica (cuyo resultado se modifica con el transcurso del tiempo), que precisa disponer de información adecuada, requiere tiempo de escucha, rigor de interpretación y experiencia profesional para conocer quién era, cómo era y qué hacía la persona cuya competencia se evalúa.

El cometido de este grupo de expertos ha sido proponer qué funciones cognitivas, y en qué medida son necesarias unas u otras, para «medir» la competencia de una persona relacionada con decisiones específicas.

Además, se proponen las condiciones mínimas necesarias para que la exploración de esas funciones ofrezca garantías de certeza y rigor informativo.

En todo caso, debe quedar claro que las propuestas que se vierten en este documento sobre las condiciones neurológicas para que una persona sea competente para tomar una decisión, son el fruto de un debate y un consenso entre un grupo reducido de expertos. Los resultados tendrán que ser validados en la práctica y, posteriormente, ajustados.

El objetivo es abrir un camino que actualmente es escabroso y oscuro, para facilitar la actuación de los profesionales de la salud y del derecho, sin menoscabar ni un ápice todos los derechos de la persona que sufre deterioro cognitivo.

La premisa inicial es que cualquier paciente adulto (o menor maduro) se presupone competente. Además, se debe tener en cuenta el posible carácter transitorio o reversible de algunas situaciones de incompetencia, como sucede, por ejemplo, en ciertos estados psiquiátricos y en la fase aguda de algunos procesos médicos. La cuestión fundamental es valorar si una persona, en una situación concreta y en un momento determinado, es capaz de tomar una decisión que el médico, otro profesional sanitario u otro agente social, puedan respetar sin incurrir en una mala praxis.

Cuando la relación entre riesgos y beneficios potenciales sea difícil de establecer y las consecuencias que se puedan derivar sean importantes, se incrementa la necesidad de valorar con mayor precisión la capacidad para tomar decisiones. Una decisión que comporte claros beneficios con escasos riesgos requiere un estándar de competencia menor que la situación contraria.

En ocasiones, la necesidad de actuar con rapidez impide valorar con suficiente profundidad la capacidad decisoria del paciente. Esto ocurre cotidianamente en los servicios de urgencias, al igual que en las consultas de la Atención Primaria, donde la sobrecarga asistencial es una gran dificultad para la valoración de la competencia, poniendo en situación de riesgo legal y jurídico tanto a profesionales de la atención sanitaria como a los usuarios del sistema sanitario.

...//....

Cuando se plantea la necesidad de evaluar si un individuo tiene la capacidad mental suficiente para tomar decisiones, el clínico se encuentra hasta cierto punto confuso, puesto que no dispone de estándares que lo guíen sobre la exploración que puede considerarse más conveniente y la valoración de sus resultados en relación con la capacidad decisoria.

En 1991 Freedman puso ya de manifiesto que la capacidad para tomar decisiones razonables depende de la integración compleja de varios procesos neurológicos.

(El propio documento reconoce que *“en la actualidad no existen pautas establecidas para la exploración del estado neurológico que condiciona la capacidad para decidir”*)

...//....

Para quien tiene la responsabilidad legal de dictaminar la incapacidad para decidir del paciente, conocer si el trastorno es permanente, progresivo o transitorio, es esencial a la hora de establecer la duración de la privación del derecho a tomar ciertas decisiones.

Abandono en este punto el estudio de “la capacidad para decidir” y emprendo nuevos rumbos

7. LA NOCIÓN DE AUTOGOBIERNO: CAPACIDAD PARA DECIDIR + CAPACIDAD PARA RESOLVER

Si pensábamos que con el análisis de “la inteligencia” y de “las emociones” habíamos acabado el discurso no estábamos en lo cierto pues además de “capacidad para decidir” hay que tener “capacidad para resolver”.

La conjunción de estas dos capacidades se llama “autogobierno”.

Creo además que “las palabras” no están jugando una mala pasada. Realmente lo que el Juez necesita saber no es si la persona tiene capacidad para decidir, sino si tiene “autogobierno”, esto es, capacidad para resolver el problema, objetivo o necesidad que tiene planteado.

La noción de autogobierno sí aparece clara en el Art. 200 del C. Civil que define las causas de incapacitación:

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, **que impidan a la persona gobernarse por sí misma.**

Si hacemos coincidir el concepto de “capacidad para decidir” con el de “autogobierno” estaremos ofreciendo información no real en aquellos casos en que a la capacidad de decisión no se le puede sumar la capacidad para llevar a cabo lo decidido, bien sea por falta de voluntad o por falta de medios.

8. LA CAPADICIDAD PARA RESOLVER: VOLUNTAD Y POSIBILIDAD

8.1. 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.

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 adoptan 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 sería posible plantear la posibilidad de incapacitación civil en caso de adicciones severas con graves consecuencias para terceros basado 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.

8.2. 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:

Físicas: Minusvalías físicas y sensoriales

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

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.

Llevado este discurso al ámbito de las personas mayores, una vez concluido el análisis de la capacidad para decidir, habrá que continuar con el análisis de la capacidad para “resolver”.

¿Es competencia este análisis del Médico Forense?

Creo que sí. Desde luego en lo relativo a la voluntad pues este es un dato que puede estar ligado a una determinada patología (depresión, adicción, etc...).

Puede el Médico Forense, hacer una pequeña indagación, a través de familiares, vecinos o personas cercanas, sobre este extremo y plasmar su opinión en su informe.

Más dudoso es que deba hacer una indagación sobre el criterio “posibilidad” en relación a la presencia o ausencia de medios. Quizás deba el Juez buscar información por otros medios (audiencia de parientes, testigos, documentos, informes sociales, etc...) lo que no quita que el Médico Forense pueda hacer alguna apreciación en este ámbito como existencia de barreras arquitectónicas, ausencia de apoyo familiar o social.

Lo que afirmo es que el Juez debe tener en cuenta este tercer elemento como uno de los integrantes de la noción de autogobierno pues si prescindimos de él podemos dar lugar a ficciones y situaciones absurdas que, a la postre, no van a resolver los problemas ni van a procurar la protección que precisa la persona mayor cuya capacidad de autogobierno aparece cuestionada.

En suma, tendrá autogobierno :

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

9. PRECAUCIONES PARA VALORAR LA CAPACIDAD PARA DECIDIR Y EL AUTOGOBIERNO DE LAS PERSONAS

Quiero terminar señalando algunas propuestas y precauciones que pueden servir para afinar y calibrar mejor estos difíciles conceptos

9.1. PRECAUCIONES

Condiciones de lugar

El mejor lugar para evaluar la capacidad para decidir es aquél que a la persona le resulta más familiar, donde se siente más segura.

Los exámenes en la clínica pueden servir:

Desde luego lo que no es recomendable es el examen a presencia judicial y mucho menos en el marco de la celebración de una vista.

En este orden de ideas estimo que la diligencia de reconocimiento personal por parte del Juez debería hacerse siempre como “prueba anticipada” buscando el marco más propicio. A veces hay que acudir al domicilio. Por lo general se realizará en el despacho del Juez de manera flexible, sin los ritos y formalismos que impone la celebración de una vista oral.

Momento/s de la evaluación

Todos tenemos la experiencia de personas mayores que el lunes dan una gran apariencia de lucidez y el jueves todo lo contrario o viceversa.

Estimo que un solo examen, en supuestos dudosos, es poco científico. Deberían hacer al menos dos reconocimientos con un intervalo de una semana.

Método

Ya he señalado que actualmente no hay método de verificación. “Cada maestrillo tiene su librillo” y evalúa según su criterio y experiencia.

En páginas precedentes he propuesto un esquema simple del proceso de decisión. En cualquier caso lo que me parece obvio:

1º.- Que el examen debe hacerse reservadamente, sin la presencia de familiares u otras personas que puedan interferir en el examen o coartar las manifestaciones de la persona examinada.

2º.- Que la evaluación no puede hacerse en función de meras respuestas, sino de la argumentación de las respuestas.

La persona que consiga hacer un discurso coherente en base a un sistema de preguntas y repreguntas y consiga refutar con solvencia propuestas alternativas, deberemos pensar que cuenta con suficiente capacidad para decidir por sí misma. Si además cuenta con voluntad y medios debemos llegar a la conclusión de que tiene capacidad de autogobierno en relación con el acto cuestionado (permanecer en casa, oponerse a una intervención, vender un bien, hacer una donación, etc...)

A continuación voy a transcribir algún caso de examen de persona mayor ilustrativo de lo que vengo diciendo:

CASO DE DON DIEGO

Dos hijos interponen demanda de incapacitación contra su padre porque no están de acuerdo con la nueva relación que mantiene.

Reproduzco el contenido del acta de examen del presunto incapaz:

A preguntas de S.S^a. D. Diego responde:

Que se levanta a las ocho de la mañana, se viste, desayuna y se va al Hogar del Pensionista que es la actividad que más le gusta.

Que no sabe leer ni escribir.

Que el se viste sólo. Que aunque tiene 92 años, va sólo al médico, al Hogar del Pensionista y a la Farmacia. Que María sólo le ayuda a bañarse.

Que también vota sólo en las elecciones

Que las cuentas las tiene a su nombre y al de María y van juntos a realizar las gestiones de los Bancos.

Que al Banco va voluntariamente con María y no porque ésta le fuerce.

Que es pensionista y tiene en el Banco dos millones de pesetas.

Que actualmente la pensión es de 56.000 pts.

Que le paga a María 90.000 pts. mensuales porque le da la gana.

Que desea continuar con María porque se encuentra convenientemente atendido, incluso en exceso y que se encuentra mejor con ella que con sus propios hijos.

El Juez en la sentencia hace, entre otras, las siguientes consideraciones:

A tenor de la exploración efectuada por el Juzgador, no cabe sino afirmar que la percepción recibida del demandado es de una persona lúcida, que manifiesta sus propias aficiones e intereses, con capacidad para adoptar decisiones como la que ha venido discutiendo el actor en esta litis y con capacidad para establecer sus propias relaciones afectivas en su entorno según su propia voluntad, llegando a afirmar que está muy contento con María , pues le trata como si fuera una hija.

En definitiva, Diego es capaz para regirse y las mermas que padece son propias de su edad y no son obstáculo en su vida ni en sus relaciones con el resto de la sociedad, dentro como es lógico de la edad que tiene.

Así lo ha entendido el Fiscal en su escrito de conclusiones.

CASO DE DON ALFONSO

ACTA DE EXAMEN PERSONAL

A las 13,00 horas se ha constituido S. S^a, con mi asistencia como Secretario Judicial y la asistencia del Médico Forense en el domicilio de D. Alfonso a efectos de realizar el examen acordado en el presente expediente a la persona que se pretende internar.

S.S^a. hace saber al interesado que el objeto del examen es el de resolver sobre la autorización solicitada para su internamiento en establecimiento psiquiátrico para

seguir en el mismo el tratamiento médico adecuado y le pregunta si se muestra conforme o qué razones tiene para oponerse a dicha medida, respondiendo:

Qué a ver que es lo que ha hecho él para que el Juez de Montoro vaya a verlo a su casa y por segunda vez y por qué no se le ha citado en el Juzgado, desconfiando de la identidad del Juez y manifestando que no desea contestar a ninguna de las preguntas que le haga y que haga el favor de no molestarle más y no ir más a su casa.

Al intentar S.S^a. explicarle de nuevo el objeto de su visita, vuelve a reiterarle que se marche y que le deje tranquilo, que si alguien está mal de la cabeza es S.S^a que la tiene más gorda. Asimismo añadió, que le dejase tranquilo, que no le molestase ya más, que no era el Juez de Montoro sino un enviado de por otra persona y que “se fuese a la mierda”, cerrando la puerta con ímpetu y manifestando que le iba a denunciar a la Guardia Civil.

S.S^a. le reitera el motivo de su visita y le dice que en ese momento va a llamar a la Guardia Civil para no desconfíe de su identidad, acto seguido S.S^a. llama a una pareja de la Guardia Civil que se persona en el lugar.

Al observar D. Alfonso la presencia de la Guardia Civil se percata de que S.S^a. es el Juez de Montoro y que lo le engaña, mostrándose colaborador a todas las preguntas que le efectuaron, manifestando que él se encontraba bien y que quería vivir sólo, que es padre de 7 hijos y cada uno de la dado dos nietos, que su esposa vive y no está con él porque se encuentra enferma; que si no tiene más limpia la casa es porque no le da tiempo a limpiarla. Que no sabe nada de dinero porque sus hijos le llevan más comida de la que necesita, contestando con lógica a todas las preguntas que se le efectuaron, si bien S.S^a. observa que se trata de una persona con carácter fuerte e ideas fijas.

AUTO

El Juez, en el RAZONAMIENTO JURIDICO SEGUNDO se expresa del siguiente modo:

“En el presente caso nos encontramos ante una persona de avanzada edad, aunque muy peculiar, que lo único que quiere es hacer su vida y que le dejen tranquilo, que ya ha sido internado en diversas residencias de ancianos y se ha escapado. Que el estar internado en una residencia le causa aflicción, no relacionándose con ningún otro anciano, que le afecta que le llevan la contraria y que le gusta comer a su manera.

Se trata de una persona próxima a los 84 años, que cuida poco su ases personal, que tiene la casa desordenada y que no permite que se la limpien por miedo a que le hurten sus pertenencias.

Por otra parte, el Médico Forense considera que D. Alfonso tiene DEMENCIA SENIL EN GRADO LEVE, así como cierta relajación de las pautas de comportamiento que podrían encuadrarse dentro de un TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD.

Con este bagaje no queda otra opción a este Juzgador, consciente del enorme disgusto y preocupación que tienen las hijas de D. Alfonso por verlo en estas circunstancias que consideran indecorosas y peligrosas para su salud, que manifestar que nos encontramos ante una persona de la tercera edad, con lo que ello conlleva, que no es otra cosa que la situación degenerativa de muchas enfermedades propias de la ancianidad, que determinan la presencia de importantes implicaciones físicas, limitaciones ambulatorias y alteraciones psíquicas, lo cual exige no solo del entorno familiar, sino de la propia sociedad y de la Administración de Justicia la adopción de medidas y respuestas.

Más lo que no podría entenderse, es que se acuerde un internamiento judicial, cuando tal medida ni va a solucionar el problema, ni va a paliar la situación irreversible que le es propia. Debiendo obtenerse la respuesta a través de los servicios sociales...

...//...

Asímismo, es preciso tener en cuenta que no hay constancia de que D. Alfonso haya causado mal alguno a nadie ni que exista perjuicio ilícito a tercero, entendiéndose que tiene suficiente juicio para decidir sobre su internamiento

9.2. PROPUESTAS DE FUTURO

Grabación de las entrevistas

Hay quien ha propuesto la grabación de las entrevistas tendentes a valorar la capacidad. Puede ser una buena idea. Hoy existen facilidades técnicas para ello.

En todo caso, se trataría de grabaciones reservadas que sólo podrían ser utilizadas en el marco de un procedimiento judicial o, en otro caso, con autorización judicial cuando mediara causa justificada.

En relación con actos patrimoniales relevantes, establecimiento de plazos de desistimiento

Un ámbito específico es el de los productos para financiar la dependencia.

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia se dedica a los Instrumentos privados para la cobertura de la dependencia en los siguientes términos:

- 1. El Gobierno, en el plazo de seis meses, promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia.**

- 2. Con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la presente Ley, se promoverá la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia.**

En el marco de las políticas de protección de los consumidores considero de capital importancia que se establezcan legalmente plazos de desistimiento de uno a tres meses para que las personas mayores que contratan este tipo de productos tengan la oportunidad de informarse y estudiar serenamente el contenido de lo firmado con la tranquilidad de que pueden desistir de lo pactado si llegan a la conclusión de que no les resulta favorable.

Es un peligro cierto que muchas personas mayores en un momento dado, quizás sin suficiente capacidad para decidir por sí mismas o emocionalmente afectadas, lleguen a firmar operaciones de las que poco más tarde se arrepentirán seguramente sin remedio, pues resulta prácticamente imposible anular judicialmente estos actos sobre la base de existencia de vicios de consentimiento.