

Lección 5.

Consentimiento informado (II)

INMACULADA VIVAS TESÓN

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Marco normativo y uso de la terminología apropiada. 2. Delimitación conceptual. 3. El paciente con discapacidad y la prestación de su consentimiento informado. 3.1. El principio de diseño para todos. 3.2. El paciente con discapacidad con medidas de apoyo adoptadas judicialmente. 3.3. El paciente sin discapacidad con ausencia de voluntad. 4. Las voluntades anticipadas. 5. Las medidas de contención. 6. los internamientos forzosos por razón de trastorno psíquico. 7. Materiales didácticos: Lecturas recomendadas. Normativa básica. Ejercicio complementario. Cuestionarios de autoevaluación.

1. MARCO NORMATIVO Y USO DE LA TERMINOLOGÍA APROPIADA

Como se indicaba en la lección 4, en el contexto médico-asistencial es crucial respetar el derecho a la libre autodeterminación del paciente en la toma de decisiones sobre su cuerpo y su destino vital.

Nos toca ahora ocuparnos del consentimiento informado de pacientes adultos con discapacidad que precisan de apoyos para otorgarlo, bien por estar en estado de inconsciencia, bien por razón de una enfermedad mental (permanente o transitoria), situaciones que les impide tomar decisiones por sí mismos.

El marco normativo a aplicar en estos supuestos lo integran, de un lado, **el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento civil** (ambas normas modificadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica) y **la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica** (en

adelante, LAP, la cual, sorprendentemente, no ha sido reformada por la Ley 8/2021, lo que suscita dudas terminológicas e interpretativas); y, de otro, la **Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad** (en adelante, CDPD), hecha en Nueva York en 2006 y ratificada por España en 2008, fecha en la que entró a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, pasó a ser norma vinculante y directamente aplicable. Se trata del primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del siglo XXI, el cual ha tenido un enorme impacto marcando un antes y un después en la evolución de los derechos de las personas con discapacidad (o, mejor en plural, discapacidades, para, de este modo, ofrecer una idea de la vasta heterogeneidad de situaciones que comprende y, evitar, así, la clásica visión estereotipada de la misma).

Conforme a los principios, valores y mandatos contenidos en la CDPD, se han producido significativos avances e importantes conquistas en la inclusión y plena ciudadanía de las personas con discapacidad, destacadamente, su visibilización social, hasta 2008 encerradas en casas, hospitales psiquiátricos o cárceles (en las que, indebidamente, aún permanecen muchas de ellas), poniéndose el acento, desde entonces, en la persona y no en su deficiencia.

Dicha norma ha conllevado, sin lugar a dudas, un cambio paradigmático de actitud y enfoque respecto de la discapacidad a nivel mundial. Se mira la discapacidad con otros ojos al producirse un **tránsito de un modelo de sustitución a uno de asistencia de la persona, de una visión médica a una social**. Conforme a ello, la CDPD advierte a España y a los restantes Estados así como a las Organizaciones supranacionales firmantes (como la Unión Europea) que el único abordaje que puede hacerse de la discapacidad es desde los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona.

Para la CDPD, es necesario **poner todos los medios posibles con el fin de conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad**. En este sentido, la STS (Sala de lo civil, Sección 1^a) de 30 de septiembre de 2014 señala: “puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso”. Conforme a ello, la Ley 8/2021 sienta como principio rector en este ámbito la **necesidad de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad**.

Como expresa el TS (Sala de lo civil, Sección 1^a) en su Sentencia de 16 de mayo de 2017, la CDPD “opta por un modelo de apoyos para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de 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. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil...”.

Si bien suele afirmarse que la Convención de Nueva York no contiene ningún derecho nuevo que no se encontrara ya en anteriores tratados internacionales, sí reconoce, con contundencia, uno, el **derecho a la accesibilidad universal** (no sólo la física o la arquitectónica en la que únicamente solemos pensar), esto es, al ejercicio accesible y efectivo de todos los derechos para tener una vida plena e independiente, incluido el de elegir su recorrido vital y el de equivocarse.

Sólo así se da debido cumplimiento a sus arts. 12 (igualdad reconocimiento como persona ante la ley) y 19 (derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad). De este modo, los arts. 12 y 19 están directamente conectados o vinculados porque el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica es la base para que la ciudadanía con discapacidad logre vivir, de forma independiente y plena, en el seno de la comunidad. Por consiguiente, es preciso garantizar a todas las personas con discapacidad, con independencia de su concreta deficiencia, el derecho a la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio), para decidir dónde, cómo y con quién vivir. En definitiva, la no accesibilidad a los derechos es una flagrante violación de la dignidad humana, puesto que, si los derechos reconocidos sin excepción a todas las personas no pueden disfrutarse plena y efectivamente, no es posible vivir una vida digna.

Tomar conciencia de la realidad existencial diaria de las personas con discapacidad y del enfoque de derechos humanos que preconiza la CDPD comienza por algo tan simple y a la vez tan potente como la utilización de un **lenguaje adecuado y respetuoso**. Ahora hablamos de “**personas con discapacidad**” (no “minusválidas” o “con minusvalía”, según la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, ni tampoco “disminuidas” término empleado por el art. 49 CE cuya futura sustitución está pendiente).

Como puede comprobarse el foco de atención se centra en la persona y no en su condición, la cual viene después y con carácter meramente accesorio. Conforme a ello, “discapacitado” como sustantivo no debe utilizarse, pues confunde una parte con el todo. Huyendo también de connotaciones despectivas y estigmatizadoras, las normas han sustituido la expresión “persona incapacitada judicialmente” por,

primero, la de “**persona con capacidad modificada judicialmente**” y, después, por la de “**persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica**”, cambio debido a que se parte de que la capacidad resulta inherente a la condición de la persona humana y, por consiguiente, no puede modificarse, de modo que ya no hay personas adultas capaces e incapaces.

Asimismo, hemos de señalar que, con el fin de ajustar la normativa civil a los mandatos de la CDPD, en septiembre de 2018 se presentó el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, cuya tramitación final se vio truncada a causa de la disolución de las cámaras por la convocatoria de elecciones y que, tras ser retomada, en 2021 se ha convertido, por fin, en una realidad, la Ley 8/2021, de 2 de junio, reformándose la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad, el cual pasa a denominarse, en perfecta sintonía con el citado tratado internacional, “**de provisión de apoyos**”.

No se trata de un mero cambio de terminología, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, uno de derechos humanos, el único posible.

Así las cosas, podemos encontrarnos pacientes adultos con discapacidad que no precisan medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, otros que sí las necesitan y otros que, en un determinado momento, tienen seriamente comprometido su discernimiento para prestar un consentimiento informado. De todos ellos nos ocuparemos en la presente lección, remitiéndonos a la anterior, para evitar reiteraciones inútiles, en cuanto a las cuestiones relativas al consentimiento informado (información previa, objeto, forma y momento de su prestación, rechazo y revocación).

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Ante todo, conviene delimitar conceptos que suelen ser erróneamente confundidos, a pesar de referirse a ámbitos diferentes.

Una persona en situación de **incapacidad laboral** es toda persona trabajadora que, por enfermedad o accidente, no es capaz de llevar a cabo las funciones relativas a su puesto de trabajo, de modo que esta situación se encuentra estrechamente relacionada con la posibilidad de desempeñar un puesto de trabajo más que con la gravedad propia de la enfermedad o dolencia. Según su grado y alcance, se generan unas prestaciones a cargo de la Seguridad social. Ello, como puede comprobarse, se circunscribe el ámbito laboral, siendo completamente ajeno al derecho civil y al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

La situación de **dependencia**, valorada y reconocida por la Administración autonómica correspondiente, es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual

o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal (art. 2.2. Ley 39/2006). Por actividades básicas de la vida diaria (ABVD) se entiende las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas. Los grados de dependencia son: moderada, severa y gran dependencia. Por tanto, la persona en esta situación no tiene necesariamente afectada su capacidad jurídica.

El concepto de **discapacidad** no es homogéneo en el ordenamiento jurídico español. Para para la CDPD, 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 (art. 1, párrafo 2º), de modo que, como puede observarse, no se exige ningún certificado administrativo que reconozca un grado de discapacidad. Para dicho tratado internacional la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de la persona, sino por interactuar estas con barreras sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que evidencia la necesidad de eliminar los obstáculos de toda índole que impiden su inclusión en la sociedad como ciudadano pleno. Esta es la misma definición que da, por ejemplo, el Código Penal en su art. 25. Pero en otros contextos únicamente se considera persona con discapacidad a aquella a la que la Administración le reconoce un determinado grado de discapacidad. Por ejemplo, la el art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad establece que, “a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”. Y la disposición final cuarta del Código Civil remite a esta norma para interpretar algunas disposiciones del mismo.

En una situación completamente distinta a las anteriores se encuentra la **persona con discapacidad con medidas de apoyo adoptadas judicialmente para el ejercicio de su capacidad jurídica**, pues no es dictaminada por la Administración sino por la autoridad judicial.

Tradicionalmente se ha distinguido entre “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”, dicotomía hoy superada al hablarse sólo de “**capacidad jurídica**”, bien **de goce** o bien **de ejercicio**, en correspondencia, respectivamente, con aquéllas. Dicho de otro modo, hoy día, la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.

Toda persona, por el simple hecho de serlo (esto es, cumplir los requisitos marcados por los arts. 29 y 30 CC, a saber, vida independiente tras el nacimien-

to) y al margen de su edad, estado civil y salud física o mental, ostenta, hasta su muerte, **capacidad de goce**, esto es, idoneidad o aptitud natural para ser sujeto de derecho, destinatario de las normas y titular de derechos y deberes (p. ej. recibir una donación o una herencia, con la consiguiente obligación de pagar los correspondientes impuestos). Implica, pues, una posición estática del sujeto.

Sin embargo, tener capacidad de goce no implica que las personas, desde su nacimiento, puedan ejercer directamente los derechos y obligaciones de los que son titulares (p. ej. un niño que reciba dinero al nacer no puede comprar, por sí sólo, un piso, siendo sus padres como titulares de la patria potestad o, en su caso, el tutor quienes, en defensa de sus intereses, han de celebrar en representación de mismo el contrato de adquisición del inmueble). Para ello, es necesario que la persona tenga capacidad para entender y querer los actos que realiza. Solo cuando se dan estas dos circunstancias, “entendimiento y voluntad”, se considera que la persona puede tomar decisiones por sí misma para autogobernarse, y, por consiguiente, para que su consentimiento tenga validez y produzca efectos jurídicos. Se trata de la **capacidad de ejercicio**, la cual, tradicionalmente, se ha denominado “capacidad de obrar”.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para gobernarse y ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de los que es titular en virtud de su capacidad de goce, esto es, la posibilidad de gestionar y realizar por sí misma actos con efectos para el ordenamiento jurídico (p. ej. contraer matrimonio, adoptar un hijo, celebrar un contrato o ejercer la defensa de sus derechos ante los tribunales de justicia). Supone, por tanto, una posición dinámica del sujeto. Estando su adquisición progresiva en función de la edad, la plena capacidad de ejercicio se presume *iuris tantum* (esto es, se da por sentado mientras no se demuestre lo contrario) que se alcanza al cumplir la mayoría de edad, que, en España, como es sabido, se produce a los 18 años (arts. 12 CE y 315 CC).

De este modo, la capacidad de goce es idéntica para todas las personas en tanto que la capacidad de ejercicio no, pues requiere conciencia y voluntad, en definitiva, madurez y discernimiento necesarios para medir las consecuencias del acto jurídico a realizar, facultades cognitivas y volitivas que no reúnen todas las personas en el mismo grado, si bien en todas las que son mayores de edad se presume hasta que no resulte debidamente acreditado lo contrario. Así las cosas, si tras cumplir 18 años (o dos años antes *ex art. 254 CC*) la persona necesitara salvaguardias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, debe iniciarse un procedimiento judicial de provisión de apoyos, el cual sólo puede conducir a una resolución que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero, en ningún caso, a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos. Además, las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Ha de te-

nerse en cuenta que las medidas de apoyo voluntariamente tomadas por la propia persona (poderes y mandatos preventivos, así como la autotutela) tienen preferencia sobre las demás (guarda de hecho, defensor judicial y tutela).

En definitiva, los conceptos recién expuestos son distintos, pudiendo o no coincidir en un mismo sujeto: una persona con discapacidad no tiene por qué estar en situación de dependencia; un trabajador al que se le otorga una pensión de incapacidad permanente no tiene por qué ser dependiente; una persona con discapacidad puede o no tener apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

3. EL PACIENTE CON DISCAPACIDAD Y LA PRESTACIÓN DE SU CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es importante, antes de continuar, recalcar las siguientes ideas:

- Las expresiones a utilizar son “personas con discapacidad” y “personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” (no discapacitadas ni incapacitadas);
- La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, capacidad que abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos;
- La persona que necesite medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica no es un incapaz;
- Deben ponerse todos los medios para contar con la voluntad de la persona y no con la de terceros que la sustituyan o representen, lo que sólo se admite de manera excepcional;
- La persona con discapacidad debe conseguir el mayor grado de autonomía real a través de las medidas de apoyo que precise, respetándose su voluntad, deseos y preferencias;
- Las medidas de apoyo voluntariamente tomadas por la propia persona para el ejercicio de su capacidad jurídica tienen preferencia sobre las de origen legal o judicial;
- Debe garantizarse la accesibilidad universal al ejercicio de sus derechos eliminando todo tipo de barreras y obstáculos que impidan su inclusión en la sociedad como ciudadano de pleno derecho.

3.1. El principio de diseño para todos

Como se ha señalado, el paciente con discapacidad física, mental, intelectual o sensorial es aquél que presenta una deficiencia 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. Por ello, hablar de discapacidad es hablar de **eliminación de todas las barreras, tanto físicas como de comunicación y comprensión, en relación no sólo al otorgamiento del consentimiento para un determinado acto en el ámbito de la salud sino también a la información que, con carácter previo, debe proporcionársele**. Para ello, toda información debe ofrecerse en **condiciones y formatos accesibles y comprensibles**, como la lengua de signos, en braille o a través de pictogramas en función de los distintos tipos de discapacidades.

Conforme a ello, el art. 9.7 LAP recibió nueva redacción por parte de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD (pero no, extrañamente, por la Ley 8/2021, lo que genera algunos problemas interpretativos), pasando a tener el siguiente tenor literal: "...Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por **el principio del diseño para todos** de manera que resulten **accesibles y comprensibles** a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento". Como puede comprobarse, se contempla la obligación de prestar medidas de apoyo necesarias para adoptar la decisión de prestar su consentimiento, haciéndose hincapié no sólo en la accesibilidad física sino también en la cognitiva, crucial en una materia repleta de tecnicismos como es la concerniente a la salud.

Cuando el consentimiento deba prestarse **por escrito** en los supuestos contemplados por el art. 8.2 LAP (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), pese a que la Ley no contiene ninguna previsión explícita al respecto (sí, en cambio, el art. 4.1º último párrafo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica), **cuando el paciente no pudiera escribir** creemos que debe admitirse que el consentimiento pueda ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad (por ejemplo, de forma verbal grabada en vídeo o con la presencia, al menos, de un testigo o mediante impresión de su huella digital). En definitiva, deben ponerse todos los medios para contar con la voluntad de la persona y no con la de terceros que la sustituyan.

3.2. El paciente con discapacidad con medidas de apoyo adoptadas judicialmente

En nuestro ordenamiento jurídico, la protección de las personas con discapacidad se ha llevado a cabo, tradicionalmente, a través de las figuras de la patria potestad (prorrogada y rehabilitada), la tutela, la curatela y el defensor judicial. Sin embargo, la reforma operada por la Ley 8/2021 ha eliminado del ámbito de

la discapacidad la patria potestad y la tutela, las cuales quedan circunscritas a los menores de edad no emancipados, configurándose la **curatela** como la principal medida formal de apoyo estable o continuado (para el ocasional, aun recurrente, se contempla el nombramiento de un defensor judicial) de designación judicial para los mayores vulnerables (arts. 268 a 294 CC). Cuando sea pertinente nombrar un curador, el procedimiento de provisión de apoyos se ventila a través de un expediente de jurisdicción voluntaria siempre que la persona con discapacidad no formule oposición al mismo o el expediente no haya podido resolverse, en cuyo caso ha de ser decidido a través de un proceso de naturaleza contradictoria (arts. 756 a 763 LEC).

La curatela se incardina, así, en el nuevo sistema basado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y no en su interés (término éste que queda reservado, exclusivamente, para el menor de edad), que pasa a ser la dueña de su propia vida y por ello es la única que puede tomar sus propias decisiones (acertadas o no, pues, como todas las demás, tienen derecho a elegir, a equivocarse y a aprender de los errores, que es en lo que consiste la libertad personal y la consiguiente responsabilidad que lleva aparejada), y sólo de manera muy excepcional es posible su sustitución por una tercera persona, la cual, buena conocedora de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, deberá decidir siempre atendiendo a sus criterios, valores y creencias, pese a que no los comparta. La curatela **asistencial** y, en último término, la **representativa** es acorde con el espíritu y el sentir de la CDPD, puesto que se parte de la premisa de respetar la dignidad y los derechos fundamentales de la persona a la que se presta apoyo. Ello conduce al principio de intervención mínima en el ejercicio de los derechos: la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y puede realizar por sí misma todos los actos que, de acuerdo a lo previsto en la correspondiente resolución judicial, no requieran de asistencia o, en su caso, representación.

A la vista de ello, ha de tenerse presente que la discapacidad por sí misma no conlleva automáticamente la designación judicial de un curador. Sólo cuando la persona adulta precise apoyo estable para el ejercicio de su capacidad jurídica y éste no pueda ser prestado a través de otra medida procede el nombramiento de un curador. En este sentido, la reforma de 2021 concede prevalencia absoluta a las medidas preventivas o voluntarias y fomenta la guarda de hecho con posibilidad de realizar actuaciones representativas puntuales, con el fin de **evitar, en lo posible, la judicialización de los apoyos**, de modo que la autoridad judicial sólo debe intervenir cuando sea estrictamente necesario.

Además, debe nombrarse un curador sólo para que preste el apoyo imprescindible, esto es, sin ir más allá de lo que realmente precise la persona, sin invadir ni mutilar su libertad. En este sentido, **la curatela debe ser proporcionada al apoyo que precise la persona**, por ello la autoridad judicial ha de determinar los actos para los que la persona requiera la intervención del curador atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo, actos que deben fijarse de manera precisa,

sin que sea posible incluir en la sentencia la mera prohibición de derechos. En conexión con ello, el curador tiene la obligación de promover, hasta donde sea posible, la autonomía, autoestima y disfrute de los derechos de la persona. Por tanto, la decisión judicial debe personalizar al máximo las funciones y actos, precisando, con claridad, los actos que requieran apoyo y la intensidad del mismo (asistencia o representación): debe ser **un traje a medida y no prêt-à-porter**, de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona. Además, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente **deben ser revisadas** ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de aquéllas y, en todo caso, en un plazo máximo de tres o, excepcionalmente, seis años.

La LAP no ha recibido, inexplicablemente, nueva redacción en 2021, de modo que la actual (no concordante con las modificaciones operadas en otras normas por la Ley 8/2021) del art. 9.3.b) es la siguiente: “3. Se otorgará el consentimiento **por representación** en los siguientes supuestos: b) Cuando el paciente tenga la **capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia**”.

En tal supuesto, el art. 9.6 LAP contempla que la decisión del representante legal ha de adoptarse atendiendo “siempre al **mayor beneficio para la vida o salud del paciente**. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Y en su apartado 7º dispone: “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. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario**”.

Al respecto, recordamos que, a partir de 2021, **la prestación del consentimiento por representación debe ser excepcional** y que la LAP, norma que, sin duda, debió haber sido oportunamente reformada por la Ley 8/2021, debe ser interpretada a la luz de la misma y de la CDPD. En concreto, la nueva redacción del art. 249 CC expresa en sus párrafos 3º y 4º que “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la perso-

na, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Además de ello y acudiendo al régimen transitorio de la Ley 8/2021, ha de tenerse en cuenta que, a partir de su entrada en vigor, “las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto” (DT. 1^a), que “los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor. Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley. Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la Disposición Transitoria quinta” (DT. 2^a) y que “las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años” (DT 5^a).

3.3. El paciente sin discapacidad con ausencia de voluntad

Puede suceder que una persona sin discapacidad tenga seriamente comprometido su discernimiento por diversas razones (ej. por encontrarse en estado de coma o vegetativo por una agresión o un accidente) y no cuente con ninguna medida de apoyo para la toma de decisiones.

El art. 9.2 LAP establece que 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:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas per-

tinentes, 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.

- b) 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.

A continuación, en su art. 9.3, dispone: “3. *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*”.

Siendo ello lo previsto legalmente, es preciso señalar que el paciente pudo haber otorgado un **poder o mandato preventivo** a favor de una persona de su confianza facultándola para la gestión de sus asuntos personales y patrimoniales antes de sobrevenirle la situación que le impide prestar su consentimiento informado. De ser así, ha de comprobarse si el poderdante incluyó una cláusula que estipulase que el poder subsistiría si en el futuro precisara apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC), en cuyo caso debe permitirse la actuación del apoderado, quien queda sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante hubiera determinado otra cosa (art. 259 CC).

4. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

Para conocer la voluntad sanitaria de la persona puede ser útil el **documento de voluntades anticipadas (DVA)**, también llamado **testamento vital** o **instrucciones previas**.

Se trata de un documento en el que una persona mayor de edad (lo que no es coherente con el requisito de edad previsto por la LAP para prestar consentimiento informado; de hecho, algunas leyes autonómicas como la navarra y la valenciana contemplan que los menores maduros puedan otorgarlo eficazmente) que, consciente y libremente, manifiesta las opciones e instrucciones sobre los cuidados y tratamientos médicos que quiere recibir en caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad. Dicho documento es expresión del respeto a la autonomía de la persona y facilita a los profesionales de la salud la toma de decisiones conforme a la voluntad del paciente cuando ya no pueda decidir por sí mismo.

Las instrucciones previas se contemplan en el art. 11 LAP, si bien las Comunidades Autónomas tienen sus propias legislaciones, de manera que ha de acudir a la que corresponda según la zona de España en la que se resida.

Pese a existir algunas diferencias entre las distintas regulaciones autonómicas, el contenido habitual del testamento vital es el siguiente:

- Los objetivos vitales y valores personales en relación a los momentos finales de la vida o cualquier otra situación en la que se produzca una limitación física o psíquica grave;
- Las instrucciones y límites sobre los cuidados y tratamientos médicos que desea recibir;
- La designación de una persona de confianza (y de su sustituta) como interlocutora ante el médico responsable o el equipo sanitario y que velará, en el momento pertinente, por el cumplimiento de las instrucciones previas;
- La expresión de las voluntades tras su fallecimiento como las relativas a la donación de órganos para trasplantes o para destinarlos a la investigación científica, entierro o incineración.

El equipo sanitario consultará la declaración cuando el paciente no pueda expresar personalmente su voluntad. Dicho de otro modo, mientras pueda expresarse, prevalecerá su voluntad sobre lo consignado por escrito en el testamento vital, que podrá **sustituir, modificar o revocar libremente** en cualquier momento, debiéndose estar al último documento legalmente otorgado.

La declaración contenida en el documento **prevalecerá** sobre la opinión y las indicaciones que realicen los familiares, allegados y profesionales que participen en su atención sanitaria, en tanto no contravenga el ordenamiento jurídico y los deseos de su otorgante estén dentro de los límites deontológicos y de la buena práctica clínica.

Para que el documento sea válido ha de **formalizarse** ante notario, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad o ante el personal del registro de la Comunidad autónoma correspondiente.

Para su eficacia, conviene dar publicidad al documento escrito mediante su **inscripción en el Registro autonómico del territorio de residencia del declarante**, que lo remite al Registro Nacional de Instrucciones Previas. El médico encargado de atender a la persona tiene acceso al documento de forma inmediata a través del sistema informático. En caso de no registrarse el testamento vital, ha de darse una copia al médico para que lo una a la **historia clínica** del paciente.

5. LAS MEDIDAS DE CONTENCIÓN

Por contención física y/o mecánica se entiende el conjunto de medidas de carácter preventivo y terapéutico en pacientes con agitación psicomotriz para limitar o impedir la movilidad de una parte del cuerpo o de su totalidad, con el fin de evitar aquellas actividades físicas que pueden poner en riesgo o peligro la

integridad física de la persona enferma (**autolesión**) o la de otras personas de su entorno (**heteroagresión**).

Con la adopción de tales medidas terapéuticas de contención (verbal, farmacológica o mecánica) se enfrentan, de un lado, el **principio de autonomía del paciente** (limitación de la libertad del paciente sin su consentimiento) y, de otro, el de **seguridad** (la del paciente, del personal sanitario y de otras personas), razón por la cual los profesionales sanitarios deben seguir unas estrictas pautas de actuación (tanto de ejecución y supervisión como de retirada, así como de coordinación entre las distintas categorías de profesionales con el oportuno registro de todos los actos relativos a tales medidas) **suficientemente justificadas y respetuosas con sus derechos**, requiriéndose una formación adecuada por parte del equipo.

Pese a sus importantes implicaciones legales, no existe ninguna regulación estatal (a nivel autonómico, destacamos el Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los servicios sociales residenciales de la Comunidad foral de Navarra, así como algunos preceptos aislados en las leyes de servicios sociales de varias regiones), con la salvedad de los arts. 21 ter (introducido por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), 27 y 28 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a las medidas en centros de menores, acerca de los procedimientos de sujeción y contención de movimientos de pacientes en el ámbito asistencial o sanitario, con la consiguiente inseguridad jurídica para los profesionales de la salud. Tan sólo se cuenta con protocolos y documentos sin valor normativo, los cuales difieren entre sí: unos exigen el consentimiento informado del paciente o, en su defecto, de su representante, otros no lo requieren incluyendo un documento meramente informativo sobre la posibilidad de adoptar estas medida y en caso de hacerlo qué son y en qué consisten y otros prevén la necesidad de autorización judicial para la aplicación de tales medidas.

Ante tan confuso panorama, en lo que sí existe consenso es en que el facultativo debe prescribir estas medidas de manera **excepcional** sólo cuando no existan otras alternativas eficaces para el paciente y, en ningún caso, deben aplicarse como medida de castigo, por sustitución de un tratamiento o por comodidad del personal asistencial o escasez del mismo para prestar la correspondiente supervisión y control.

Pese al vacío normativo y en aplicación de la LAP, ha de entenderse que, salvo que el paciente hubiera manifestado su voluntad de forma anticipada, el **consentimiento informado** acerca de la adopción de tales medidas deberá prestarlo (a efectos probatorios, mejor de forma escrita que verbal) la persona que le preste apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica o, en su defecto, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho [art. 3.a)]. En el supuesto de que la contención deba adoptarse en un contexto de extraordinaria necesidad o urgen-

cia y en horarios en los que no resulta posible recabar el consentimiento, lo que es frecuente en la práctica diaria, estaríamos ante el supuesto excepcional de uno de los supuestos de intervenciones clínicas indispensables, el de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo (art. 9.2), debiéndose informar lo antes posible a la persona que le preste apoyo o personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho de la decisión adoptada (art. 5.1 y 2). En caso de aconsejarse la continuidad de tales medidas, lo razonable es recabar el consentimiento de las personas anteriormente indicadas. Es muy importante dejar constancia en la historia clínica del paciente de las circunstancias que motivan tanto la adopción de la contención como su mantenimiento en el tiempo, así como de cualquier incidencia que se produzca al respecto.

Los supuestos enjuiciados por nuestros órganos judiciales versan sobre la **responsabilidad civil por negligencia profesional del personal sanitario** (por hecho propio o ajeno, prevista en los arts. 1902 y 1903 CC, respectivamente) por daños (p. ej. autolesiones, suicidio, caídas, etc.) bien por no adopción, indebida retirada (para retirar las previamente acordadas con los familiares o persona que le preste apoyo es conveniente contar nuevamente con su autorización) o deficiente fijación de medidas de sujeción o contención, bien por infracción del deber de vigilancia del paciente.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, como señala nuestra jurisprudencia, corresponde a la parte demandante la carga de probar el daño resultante, la acción u omisión de la que proviene y la relación causal entre uno y otra, pues sólo cuando es realizada con éxito dicha prueba es cuando surge la presunción de culpa en la parte demandada, quien a su vez viene obligada a desvirtuarla, pues no se trata en estos casos de una de responsabilidad civil de tipo objetivo.

6. LOS INTERNAMIENTOS FORZOSOS POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

Según el art. 17.1 CE, “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Por su parte, el art. 5.1.e) del Convenio europeo de derechos humanos dispone que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”.

El internamiento psiquiátrico, esto es, la **privación de la libertad ambulatoria de un individuo por razón de trastorno psíquico en un centro sanitario adecuado al mismo** puede producirse únicamente en las circunstancias contempladas en los

arts. 95 y siguientes del Código penal como medida de seguridad y en el ámbito del derecho civil, el cual se realiza con fines exclusivamente terapéuticos.

Ante todo, es importante destacar que es una **medida de protección**, no sancionadora ni punitiva [SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 14 de marzo de 2006].

El internamiento por razón de trastorno psíquico (p. ej. brotes psicóticos, cuadros maníacos, descompensaciones psicóticas ante abandonos de tratamientos, trastornos delirantes, anorexia nerviosa con intentos de autolisis, etc.) de una persona que no pueda decidirlo por sí misma (no de aquélla que cuenta con su voluntad, la cual no requiere control judicial alguno al poder consentir por sí misma, siempre que lo haga libremente) está regulado en el art. 763 LEC en los siguientes términos:

*“1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, **requerirá autorización judicial**, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

*La autorización será **previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida**. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, **dentro del plazo de veinticuatro horas**, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el **plazo máximo de setenta y dos horas** desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

*2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, **previo informe** de los servicios de asistencia al menor.*

*3. **Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado**, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, **la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa** en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

*En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será **susceptible de recurso de apelación**.*

*4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de **informar periódicamente al tribunal** sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Este extenso precepto contempla dos supuestos de internamiento involuntario o forzoso en función de la necesidad y premura que concurran en el caso concreto:

a) el internamiento ordinario:

- Requiere la previa autorización judicial del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento;
- Pueden pedir el internamiento las mismas personas que pueden instar el procedimiento de provisión de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica;
- Antes de autorizarlo, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión (trámite de capital importancia), al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado;
- En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa para comparecer en el proceso y si no lo hicieren serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento y en otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado;
- Una vez practicados todos los trámites, el juez dictará resolución acordando o no el internamiento. El auto es recurrible en apelación.

b) El internamiento urgente:

- El facultativo correspondiente autoriza, como cualquier otra urgencia médica, el internamiento;
- Al tratarse de una medida privativa de libertad, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar

cuenta (se admite el fax, el correo electrónico y cualquier forma) al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (plazo máximo de detención preventiva de una persona previsto por el art. 17.2 CE);

- Antes de ratificar o aprobar *ex post* el internamiento (frente el supuesto anterior que requiere autorización *ex ante*), el juez deberá dar audiencia a la persona ingresada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado;
- En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa para comparecer en el proceso;
- La competencia para la ratificación (o, en su caso, denegación) de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento;
- El auto judicial es recurrible en apelación.

El **internamiento de menores** se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El art. 763 LEC, en su párrafo 4º, contempla el **control y seguimiento judicial del internamiento** mediante la obligación de los facultativos de informar periódicamente cada seis meses, salvo que se fije un periodo inferior, sobre el mantenimiento del internamiento, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. En su caso, el alta al enfermo también ha de ser comunicada de inmediato a la autoridad judicial.

En cuanto a si el art 763 LEC es aplicable a los supuestos de **internamientos involuntarios de personas afectadas de procesos degenerativos propios de la edad senil en residencias geriátricas** (por tanto, no centros psiquiátricos), no regulados específicamente por ninguna norma, si bien inicialmente las Audiencias provinciales adoptaban distintas posturas, hoy día admiten la posibilidad de seguir los cauces procesales del citado precepto, lo que resulta respaldado por el Tribunal

TC en sus Sentencias de 1 y 29 de febrero de 2016: "... no hay razón alguna por la que deba prescindirse de este control jurisdiccional cuando el ingreso se lleva a cabo en establecimiento o centros socio sanitarios o geriátricos, con una finalidad marcadamente asistencial, ante la imposibilidad de que la persona ingresada pueda cubrir fuera del entorno residencial sus necesidades más elementales, precisamente por razón del deterioro cognitivo que padece. Lo verdaderamente relevante, a efectos de exigir el control judicial, no es el tipo de centro o unidad en donde tiene lugar el ingreso, ni su finalidad (curativa, terapéutica o asistencial), ni siquiera su vocación temporal o permanente; sino el tipo de padecimiento mental que sufre la persona, esto es, que la misma no se encuentre en condiciones de decidirlo por sí mismo, como dispone expresamente el citado art. 763 LEC. Este precepto habla de 'centro' sin ningún calificativo más, sin restringirlo, por tanto, a los centros o unidades psiquiátricas".

Por último, quisiéramos apuntar que, dado que el art. 763 LEC versa sobre un derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE, la libertad personal, materia que únicamente puede ser regulada por ley orgánica (art. 81.1 CE) y la LEC no lo es, el TC, en su Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, declaró inconstitucional los párrafos 1º y 2º de su primera apartado, si bien la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia le confirió carácter orgánico.

7. MATERIALES DIDÁCTICOS

Lecturas recomendadas

- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2011.
- GANZENMÜLLER ROIG, C., “El internamiento involuntario”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007.
- PARRA LUCÁN, M^a. A., “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003.
- PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. V, núm. 3.
- SILLERO CROVETTO, B., “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, en *La protección de las personas mayores*, LASARTE, C. (dir.), MORETÓN SANZ, M^a. F. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), Tecnos, Madrid, 2007.
- VIVAS TESÓN, I.,
La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos, Difusión jurídica, Madrid, 2010.
Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español, FUTUEX, Olivenza (Badajoz), 2012 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=494711>).
- “El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad”, *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS y MAYOR DEL HOYO (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- “Curatela y asistencia”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, MUNAR BERNAT (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2021.

Normativa básica

Código civil de 1889.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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

Convención de Naciones Unidas de los derechos de la personas con discapacidad, Nueva York, 2006.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ejercicio complementario

Con fecha 3 de marzo de 2014 se recibió en el Decanato de los Juzgados de Sevilla un escrito procedente del servicio de psiquiatría del Hospital Universitario Virgen del Rocío en el que se comunica desde el día 1 de marzo permanece ingresada en el servicio de psiquiatría la paciente doña A.G.P. Con fecha 5 de marzo, la Secretaría del Juzgado correspondiente dictó un oficio dirigido al Hospital por el que comunica que se ha incoado el expediente “para la ratificación o denegación del internamiento” solicitado, y que “el próximo día 5”, es decir, ese mismo día, “... en horas de la mañana, se procederá por el Sr. Magistrada-Juez de dicho Juzgado al examen personal de la persona ingresada”, requiriendo se informe al Juzgado el eventual alta de la paciente, “al objeto de evitar desplazamientos innecesarios”. El oficio fue remitido por vía fax al Hospital a las 10:28 horas del citado día 5 de marzo.

Ese mismo día se realiza el dictamen de la facultativa designada por el Juzgado quien recomienda que la internada permanezca ingresada; el examen de doña A.G.P. llevado a cabo por la Magistrada-Juez en el centro hospitalario, haciéndose constar en el acta que extiende la Secretaria del Juzgado que la paciente manifiesta “que quiere que se le nombre un abogado”; el informe de transmisión por fax del Juzgado a la Fiscalía, dando traslado del escrito del hospital y de las dos pruebas practicadas; el Auto del Juzgado por el que se provee a doña A.G.P. del beneficio de justicia gratuita, señalando que se trata “de un procedimiento en el que es preceptiva la intervención de Procurador y Letrado” y acordando requerir a los Colegios de Abogados y de Procuradores de Sevilla para que efectúen “de forma inmediata” las designaciones de profesionales. Consta un oficio dirigido al Colegio de Abogados de Sevilla remitido por fax ese día 5 de marzo a las 13:48 horas, y un segundo envió el 6 de marzo a las 13:58 horas. El propio día 5 de marzo el Juzgado dictó un nuevo Auto ratificando el internamiento de doña A.G.P., debiéndose informar al Juzgado de su estado y evolución, y en todo caso, del alta médica cuando se produzca. Contra dicho Auto cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días. El 6 de marzo tuvo entrada en el Juzgado un escrito de fecha 5 de marzo, firmado por la Fiscal designada para actuar en el procedimiento, donde alega que “el Fiscal, evacuando el traslado que para informe le ha sido conferido, dice que, con carácter previo y toda vez que la internada doña A.G.P. ha manifestado su deseo de ser asistida de letrado, se interesa se proceda a dicho nombramiento y se dé traslado de las actuaciones al Letrado”. La Secretaría del Juzgado dictó diligencia de ordenación el día 6 de marzo, indicando: “El anterior escrito del Ministerio Fiscal, únase a los autos y estese a lo acordado por Autos dictados en el día de ayer, así como a la espera de que, los respectivos Colegios de Abogados y Procuradores,

procedan a la designación de profesionales por el turno de oficio para la representación y defensa de la internada, a quienes les será notificada la resolución por la que se ratifica su internamiento, a los efectos de que, si lo consideran oportuno, puedan recurrirla”.

El 7 de marzo tuvieron entrada en el Juzgado dos escritos, uno procedente del Colegio de Procuradores de Sevilla y otro del Colegio de Abogados de la misma capital, por el que se comunican los nombramientos provisionales requeridos.

La Secretaría del Juzgado dictó diligencia de ordenación el mismo día 7 de marzo, en la que hizo constar: “Se tiene por personada y parte a doña A.G.P.”, con indicación de la Procuradora y Abogada de oficio, respectivamente designados. Y añade: “Se pone en conocimiento de dichas profesionales que su cliente se encuentra actualmente ingresada en la Unidad de Psiquiatría del Hospital Universitario Virgen del Rocío... y que el día 5 de marzo, tras su reconocimiento médico y examen judicial, se dictó Auto de ratificación de su internamiento, el cual le será notificado a su Procuradora, de forma telemática, a efectos de apelación, quedando las actuaciones a su disposición en la secretaría del Juzgado para su debida instrucción”.

Teniendo en cuenta lo estudiado en esta lección, responde, razonadamente, a las siguientes cuestiones:

1. Para que doña A.G.P. pueda ser internada por razón de trastorno psíquico:
 - a. ¿ha de contar necesariamente con un certificado administrativo que le reconozca un determinado porcentaje de discapacidad? ¿por qué?
 - b. ¿debe tener designados judicialmente apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica para que pueda ser internada? ¿por qué?
 - c. De tener apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica designados por sentencia judicial y su médico aconsejara su internamiento, ¿a quién ha de dirigirse para obtener el consentimiento?
2. En cuanto al internamiento de doña A.G.P.:
 - a. ¿de cuál de los dos tipos se trata?
 - b. ¿se han cumplido los plazos legalmente previstos en el art. 763 de la LEC?
 - c. ¿tiene derecho a asistencia jurídica durante el procedimiento previsto para el internamiento?
 - d. En tu opinión, ¿qué pudo hacer la Magistrada-Juez antes de ratificar el internamiento?
 - e. ¿crees que el Auto ha cumplido con todas las garantías preceptivas previstas en el art. 763 de la LEC?

Cuestionarios de autoevaluación

1. **Una persona sin hogar ha sido atropellada por un vehículo y, como consecuencia del accidente, está en coma y tienen que practicarle una intervención quirúrgica porque su salud corre serio peligro. No se ha logrado identificar y, por tanto, no se ha podido contactar con ningún familiar suyo. ¿Quién ha de prestar el consentimiento informado?:**
 - a. Sólo puede prestarlo la persona accidentada y nadie más.
 - b. Su representante legal.
 - c. El juez en un plazo de 48 horas.
 - d. En caso de intervención clínica de urgencia y no siendo posible conseguir la autorización de familiares o personas vinculadas de hecho al paciente, los facultativos no necesitan contar con su consentimiento.

2. **Verónica inscribió su testamento vital en el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja y ahora le gustaría modificarlo porque se le olvidó incluir su deseo de donar sus órganos para fines de investigación tras su muerte. Sin embargo, su amigo Carlos le ha dicho que ya no puede hacerlo:**
 - a. Carlos lleva razón, porque una vez inscrito ya no es posible modificarlo.
 - b. Puede modificarlo pero sólo una vez.
 - c. Puede modificarlo, sustituirlo y revocarlo libremente cuantas veces desee.
 - d. Puede modificarlo pero sólo en caso de querer donar sus órganos para trasplante.

3. **Daniel, hijo de Antonio y Belén es mayor de edad y tiene reconocida una discapacidad del 33%. En relación al consentimiento informado en el ámbito sanitario:**
 - a. Que Daniel tenga reconocida administrativamente una discapacidad no implica que tenga afectadas sus facultades cognitivas y volitivas, pudiendo por sí mismo prestar el consentimiento mientras una sentencia judicial no disponga lo contrario.
 - b. Sólo puede ser prestado por sus padres, que son los titulares de la patria potestad.
 - c. Debe ser prestado por un curador.
 - d. Al tratarse de una persona mayor de edad pero con discapacidad los facultativos pueden prescindir en todo caso de su consentimiento informado.

4. **Las medidas de contención:**
 - a. Están reguladas en la LAP.
 - b. Son excepcionales.
 - c. Enfrentan, de un lado, el principio de autonomía del paciente y, de otro, el de asistencia jurídica tanto del paciente como de otras personas.
 - d. Todas las respuestas anteriores son correctas.

5. **Según la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad:**
 - a. Ha de tenderse, en lo posible, a la total privación judicial de la capacidad de la persona y al nombramiento de un tutor que le sustituya en todos sus actos.
 - b. Las personas con discapacidad son aquéllas que cuentan con apoyos judiciales.
 - c. Prevalece el modelo médico sobre el social de derechos humanos.
 - d. La persona con discapacidad es aquélla que tiene una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial 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.