

CONSENTIMIENTO, ASENTIMIENTO Y REPRESENTACION

Decimos en la Guía que *“el consentimiento informado como derecho supone el reconocimiento de que toda persona debe de contar con los apoyos y las posibilidades para ser escuchada, comprendida y participar en las decisiones que afectan a su vivir diario. Decisiones como quien le cuida, con quien comparte habitación, que ropa se viste, si quiere o no que otras personas accedan a su intimidad, si desea mejorar su salud, si va a cambiar su situación legal, sus planes de futuro...su ser y existir con otras personas.”*

Por ello añadimos que ***“el consentimiento informado es mucho más que un requisito legal”***; no se trata de firmar un papel, deprisa y corriendo, para cubrir el expediente. Aunque referido al ámbito sanitario, pero analógicamente aplicable a nuestro campo, el Tribunal Supremo dice que *“el consentimiento forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud . Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, y no un simple trámite administrativo, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”*.

En consecuencia, existe una exigencia muy importante, previa a solicitar el consentimiento, cual es suministrar información detallada y exhaustiva que el usuario, o en su caso sus representantes legales, han de conocer y valorar. Solo fruto de esa reflexión podrá prestarse el consentimiento, o en su caso, negarse a ello.

El artº 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 de abril de 2008), remacha el principio de su igual reconocimiento como personas ante la Ley. La clave es que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Y los Estados Partes tendrán que adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; no puede existir conflicto de intereses, ni influencia indebida; deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; se aplicarán en el plazo más corto posible y estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Partiendo, pues, del principio de la plena capacidad jurídica, decimos en la Guía que toda persona **“debe de ser respetada en las decisiones que toma con autonomía plena, sean éstas razonables o no, si son conformes a sus valores”**. En consecuencia, nadie puede ver limitada su capacidad para prestar consentimiento válido, salvo por Sentencia judicial y en virtud de causas establecidas legalmente, cuales son las “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (artºs 199 y 200 Código Civil). También añade el Código civil, en su artº 1261, que no hay contrato sin consentimiento y que “no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados o los incapacitados”. (Artº 1262 del Código Civil).

Por ello, *“en las personas adultas que no tienen modificada su capacidad, debemos de partir de la presunción de capacidad, y si sospechamos que no es capaz debemos asumir la responsabilidad de valorar su capacidad y justificar nuestra decisión de incapacidad de hecho”*, como se recoge en la guía.

CONSENTIMIENTO INFORMADO POR REPRESENTACIÓN

En la Guía se constata que *“el término representación es más respetuoso con el principio de autonomía, y denota que ciertamente se intenta sustituir a la persona, pero teniendo presente su propio sistema de valores; mientras que el término sustitución debería reservarse para aquellas personas a las que realmente sustituimos porque nunca han tenido un sistema de valores personal, tal es el caso de los niños o niñas muy pequeños/as o personas con graves discapacidades intelectuales, o de aquellas que, aunque los hayan tenido, no los han expresado de forma clara y explícita”*.

El consentimiento por representación debe otorgarse cuando la persona usuaria no sea capaz de tomar su propias decisiones, a criterio del profesional responsable *“y no podemos mejorar su nivel de capacidad para la misma”*. La regulación legal de esta cuestión aparece con claridad en el ámbito sanitario, (artº 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), pero no así en el ámbito de los servicios sociales, pudiendo utilizar dicha normativa por analogía.

Si la persona usuaria carece de representante designado legalmente, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. ***La figura de la guarda de hecho cobra una especial significación y debe ser abordada sin temor***. La guarda de hecho contempla la situación que se produce cuando una persona asume el cuidado de otra que no puede valerse por sí misma, en atención a lazos familiares, profesionales, de amistad, de vecindad,....sin necesidad de que exista una resolución judicial. Muchas personas que presentan una discapacidad, especialmente personas mayores, no están sometidas a tutela o curatela, y son las personas guardadoras de hecho quienes ejercen las funciones propias de un tutor o curador, normalmente sus familiares o profesionales de servicios asistenciales. El guardador de hecho no es técnicamente el representante legal de la persona usuaria, ni puede sustituirle ni actuar por él, pero *“los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”* como dice literalmente al Artículo 304 del Código Civil. Cuando el Juez tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes y de su actuación respecto a los mismos, pudiendo establecer medidas de control y vigilancia (artº 303). Es una figura que puede dar mucho juego, y en la entraña de la misma está el principio genérico de hacer el bien y evitar el mal.

Los inconvenientes que presenta iniciar un trámite judicial de modificación de capacidad, podrían evitarse también potenciando la figura del guardador de hecho, nombrado judicialmente, para dar solución a casos muy concretos: ventas de bienes, herencias,... en figura cercana al asistente personal catalán. (Artº 226.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010).

En cualquier caso, cuando la persona usuaria no tenga representante legal, y se aprecie que sus guardadores de hecho presentan conflicto de intereses con ella, o se duda de la buena intención de los mismo, los hechos deberán ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que se adopten las medidas oportunas en aras a garantizar la correcta representación para la toma de decisiones. No olvidemos que el artº 757.3 de la Ley 1/200, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de Enero de 2000), establece que *“las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”*.

En caso de que la persona usuaria tenga representante legal, pueden darse las siguientes situaciones:

1.- La persona usuaria puede designar un representante y/o dar instrucciones, a través de un **documento sobre voluntades anticipadas**. La representación puede hacerse también a través de un poder notarial (**poder preventivo**, regulado por el artº 1732 del Código Civil reformado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre), o a través de un escrito, firmado ante el profesional responsable del servicio.

En cuanto a las voluntades anticipadas, tenemos que introducir su práctica como instrumento facilitador para evitar conflictos futuros. Cuando hablamos de documentos de voluntades anticipadas no nos estamos refiriendo necesariamente a un testamento vital: va mucho más allá.

Cualquier persona, con capacidad suficiente, en previsión de que dicha capacidad sea modificada judicialmente (lo que antes se llamaba incapacitación), podrá en documento notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluso la designación de tutor (autotutela). Así lo establece claramente el artº 223 del Código Civil. También el artº. 9-e) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la CAPV (BOPV núm. 246 de 24 de Diciembre de 2008 y BOE núm. 242 de 07 de Octubre de 2011), reconoce el *“derecho a dar instrucciones previas para situaciones futuras de incapacidad respecto a asistencia o cuidados que se le puedan procurar y derecho a la autotutela, entendiéndose por tal la posibilidad de nombrar anticipadamente a la persona que le representará y ejercerá la tutela sobre su persona y bienes en caso de pérdida de su capacidad de autogobierno, en los términos previstos en el Código Civil”*. Únicamente el Juez, de forma motivada, podría alterar estas decisiones. (Artº 224 del Código Civil).

2.- La persona usuaria puede tener la capacidad modificada judicialmente, por lo que habrá de estarse a lo determinado en la Sentencia sobre en qué áreas de su vida necesita apoyos, y quienes sean las personas designadas para prestarlos, normalmente un tutor o un curador, quienes tendrán las facultades específicas que les sean atribuidas en la propia Sentencia. Como digo, únicamente el Juez, de forma motivada, podría alterar las decisiones previas que pudieren existir.

ASENTIMIENTO INFORMADO

No obstante lo anterior, y en todo caso, la persona usuaria debe participar en el proceso de toma de decisiones, desde su situación personal y en la medida de sus posibilidades, debiendo ser informada y oída, antes de tomar la decisión definitiva, porque como dice la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *“las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, evitando que haya conflictos de intereses, o influencia indebida”* (Artº 12).

“El asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquella, pero en ningún caso constituyéndola. El asentimiento habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez. La audiencia es simplemente la ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o expediente. Se trata de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión, pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una "conditio iuris" de eficacia del negocio adoptional. El trámite es obligatorio pero el resultado no es en modo alguno vinculante para el Juez”. (Sentencia A.P. Alicante 151/2009, de 21 de Abril).

El asentimiento informado, en consecuencia, no reemplaza el consentimiento emitido por otros. El asentimiento se añade al consentimiento, como un elemento más a valorar por el Juez, y señala la voluntad de colaborar de la persona usuaria.

Bilbao, 13 de Abril de 2016

Rafael Armesto
Abogado
r.armesto@bufetegordoniz.com