

## Capítulo I

### INTRODUCCIÓN

Las decisiones que a cada persona le afectan en sus propias incumbencias (lugar de residencia, personas con las que quiere convivir, estilo de vida, número de hijos, tratamientos a los que desea someterse...) deben ser adoptadas por ella misma. Si es preciso, porque no se encuentra en condiciones de decidir sola con criterio suficiente, con el apoyo de otras personas. Solo excepcionalmente, cuando ni siquiera con los apoyos de otras personas de su entorno y de su confianza pueda llegar a formarse una opinión propia sobre lo que quiere y le conviene es admisible que la decisión sea tomada por otra persona en su lugar. Pero ni siquiera en este caso debe prescindirse de las preferencias, la personalidad, las creencias, la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión. Al atender a estos factores (una voluntad pretérita, expresa o apreciable por manifestaciones y actitudes en situaciones anteriores semejantes, una voluntad actual identificable por sus expresiones de preferencias, creencias, personalidad, atendiendo a su capacidad natural o a su madurez si es un menor) se trata de transformar en decisión hacia el exterior esa voluntad interna. En última instancia, cuando no exista esa voluntad en el momento de la toma de decisión ni tampoco se haya anticipado, de lo que se trata es en cada caso de adoptar la determinación que mejor proteja el interés de la persona a quien afecta la decisión, no solo de forma objetiva sino, también, respetando su personalidad.

El ejercicio y el disfrute de derechos fundamentales no dependen de la capacidad para decidir. Esta afirmación, que resulta evidente para el derecho a la vida y a la integridad física, o para el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, se está empezando a imponer con fuerza en relación con otros derechos, como el honor, la imagen, la libertad religiosa, la libertad para fijar la

residencia o para escoger tratamiento sanitario. Frente al planteamiento tradicional, que vinculaba el poder de decisión a la capacidad, cada vez se esgrimen otros argumentos, como los que se basan en el respeto a la dignidad personal y la propia identidad.

Este trabajo trata de delimitar los espacios en los que es admisible la toma de decisiones que afectan a la esfera personal de quienes no pueden decidir por sí mismos. Atiende, en particular, a los ámbitos e incumbencias personales, porque es evidente que, cuando se ven afectados los derechos fundamentales y la dignidad de la persona es preciso extremar las cautelas tanto para determinar quién, cuándo y con qué controles puede decidir por otro como para garantizar que su voluntad y su personalidad sean respetadas.

Las razones por las que el interesado no puede formar un juicio suficiente acerca de los asuntos que le incumben son muy variadas y heterogéneas. Así, pueden deberse a su escasa edad, a la falta de madurez y desarrollo personal, a una discapacidad o a una enfermedad física o psíquica que afecte a su capacidad intelectual... La cuestión es cómo conciliar el respeto a la personalidad del sujeto concernido con la protección de sus intereses. En algunos ámbitos la situación de los menores y de los mayores con discapacidad intelectual no guarda ninguna semejanza: basta pensar en quién escoge el lugar de su residencia. Son tantos los elementos que juegan en su determinación que, salvo claro perjuicio para el menor, su elección corresponde a los padres, porque forma parte de la toma de decisiones que afectan a todos los miembros de una familia y que deben conciliar múltiples facetas (de una parte, el deber de convivencia, cuidado personal y educación que se les impone; de otra, las propias preferencias de los padres, lugar de trabajo, recursos económicos...). Las cosas no suceden igual para una persona de edad avanzada que, aun cuando necesite ser apoyada y atendida para el cuidado de su persona no debe ser tratada como un menor y, en particular, ser ingresada en una residencia prescindiendo de su voluntad y obedeciendo solo a la mayor comodidad de los demás. Pero en algunos ámbitos, atendiendo a la madurez del menor y a su personalidad, tampoco es admisible que las decisiones sean tomadas por otros, sino que deben respetarse, con el límite de las relaciones grave y objetivamente perjudiciales, las que él adopte: quiénes son sus amigos, con quién se relaciona, cómo se corta el pelo...

En el planteamiento tradicional de estas materias se ha venido considerando que algunas decisiones necesariamente deben ser adoptadas por alguien por lo que, cuando el interesado no puede hacerlo, es conveniente que otro decida por él: así, por ejemplo, fijar el lugar de residencia o escoger un tratamiento médico de entre varios posibles en caso de enfermedad. Algunos ámbitos, por el contrario, son demasiado personales como para que pueda tomar la determinación una persona diferente, incluida una autoridad: así, por ejemplo, las que afectan al matrimonio. Solo cumplida la edad a partir de la que se considera que puede formarse un verdadero consentimiento matrimonial puede celebrarse el matri-

monio (arts. 45 y 46 CC). En caso de deficiencias o anomalías psíquicas, solo el interesado puede prestar el consentimiento matrimonial si, a través de un dictamen médico se acredita su aptitud (art. 56 CC).

Sin embargo, las fronteras de los ámbitos en los que es posible la decisión por otros se están moviendo y sometiendo a revisión. Es lógico que sea así porque los criterios para decidir no se vinculan solo a la capacidad de la persona, sino que tienen en cuenta otros principios y valores, como los que derivan de su dignidad, su bienestar, la protección de su mejor interés y el respeto a su identidad y personalidad.

Reforzado por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>1</sup>, el interés del menor se ha convertido en un principio con valor de orden público, elemento estructural de nuestro ordenamiento. Su afirmación ha permitido justificar la revisión de las decisiones adoptadas por los representantes de los menores acerca de temas tales como las personas con las que se van a relacionar (derechos de visitas de los abuelos o de la expareja de la madre) o los compromisos que asuman y que puedan coartar y comprometer el ejercicio de sus derechos y libertades en el futuro (precontratos de futbolistas menores). Al mismo tiempo las funciones de guarda deben ejercerse no solo en beneficio del menor sino, también, de acuerdo con su personalidad (art. 154 CC), lo que excluye la decisión estandarizada y objetiva de los representantes. Junto a ello, en algunos ámbitos, señaladamente los relativos al ejercicio de los derechos de la personalidad, es el propio menor el que decide si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 162 CC). Esto significa, en consecuencia, que se excluye la actuación de sus representantes.

La duda es determinar en qué medida el interés del menor, como principio constitucional de orden público que impera en nuestro ordenamiento, permite también una revisión de la decisión adoptada por el menor desde la perspectiva de su protección. Indirectamente este resultado se alcanza mediante una valoración de la capacidad del menor que se dirige a apreciar si la decisión, su consentimiento, refleja una verdadera capacidad. Ello por cuanto la capacidad exigible, la madurez, el juicio para la toma de decisión, está en relación directa con la trascendencia del acto para el interés del menor. En la tensión entre interés y voluntad del menor es el primero el que tiende a prevalecer cuando esta última entra en conflicto con bienes de superior protección, como la vida o el honor. Aunque esta solución permita dudar del verdadero alcance del reconocimiento de esa progresiva autonomía del menor es la que mejor se adapta al principio de

---

<sup>1</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, publicado en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

protección del menor, consagrado en nuestro Derecho como principio de orden público inderogable. Ello porque la autonomía del menor es instrumental, es una forma de aprendizaje que tiene su fundamento último en la consideración de que es de interés para el menor su implicación en la toma de decisiones pero solo, y precisamente, como forma de aprendizaje y de reconocimiento de unos gustos, preferencias, opiniones y creencias todavía no definitivamente formados, por lo que nunca se pueden volver en su contra cuando la decisión sea irremediable.

Cuando se trata de personas con discapacidad intelectual los matices se presentan de manera más compleja. Las funciones tutelares también se ejercen en beneficio del tutelado, y la autoridad judicial está llamada a intervenir cuando lo requiera el interés del “incapaz”, en la terminología del art. 216 CC. Pero en este supuesto, el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, y a sus preferencias cuando las tengan, permite entender que la intervención solo está justificada cuando se dirija a evitar abusos de terceros. De lo que se trata es de proporcionar “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos” (art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que forma parte de nuestro ordenamiento interno<sup>2</sup>). Aunque el deseo de ofrecer pautas seguras lleva en ocasiones al legislador a equiparar a menores y personas con discapacidad intelectual, hay razones para pensar que este modo de proceder no es coherente con el principio de respeto a su autonomía, proclamado por la Convención (arts. 3 y 12.4), que forma parte de nuestro ordenamiento.

En la tensión entre autonomía y el mejor interés de la persona con discapacidad, la tendencia actual es priorizar a la primera. En particular, la Convención opta por un sistema de apoyos que pueda precisar la persona con discapacidad como forma de proteger sus derechos humanos (así, en el Preámbulo, en el art. 12...). El apoyo supone una asistencia que, en la toma de decisiones presupone el derecho de la persona con discapacidad a ejercer los propios derechos con autonomía e independencia personal.

Si la persona comprende y tiene un criterio propio decide y consiente ella. El apoyo puede servir, precisamente, para ayudarle a conocer las consecuencias de su decisión, pero no para sustituir su voluntad. Y, aun en el caso de que la persona con discapacidad carezca de criterio propio suficiente y otro deba tomar la decisión por ella, en la medida de lo posible también debe contar con su voluntad, bien si la expresó antes de que sobreviniera la discapacidad, o bien la hipotética voluntad identificable por el tutor o el guardador teniendo en cuenta

---

<sup>2</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

todos los factores posibles (el comportamiento seguido en otras ocasiones por el propio interesado, sus valores, sus principios, su personalidad...).

Cierto que, en las hipótesis de voluntad anticipada, deben valorarse los posibles cambios de circunstancias desde que se expresó la voluntad, de modo que sea difícil sostener que el interesado decidiría en la actualidad en el sentido que expresó anticipadamente. También cabe dudar si, a partir de una trayectoria vital, unas manifestaciones o unas preferencias pueden determinarse con seguridad la decisión que hubiera tomado el interesado llegado el momento de la decisión actual. Pero este planteamiento receloso de la voluntad del sujeto conernido debe ser excepcional, pues solo las decisiones personalizadas e individualizadas son respetuosas con la integración de las personas con discapacidad y con el respeto a su dignidad. En todo caso, el criterio del beneficio y del interés debe ponderarse adecuadamente con el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona.