EL CONSENTIMIENTO:
Psiquiatría y Ley
Documentos Sevilla 2019

Julio Antonio Guija
María José Moreno

(Editores)

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

© FEPSM

© Del prólogo: Los editores

© De la obra: Los autores

© De la edición:

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

C/ Arturo Soria, n.º 311, 1º B

28033 Madrid (España)

Tel. 91 383 41 45

fepsm@fepsm.org

www.fepsm.org

Editado por Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

C/ Arturo Soria, n.º 311, 1º B

28033 Madrid (España)

e-mail: fepsm@fepsm.org

Primera edición 2020

N.º de páginas: 113

ISBN: 978-84-09-21544-7

Queda rigurosamente prohibida sin la autorización correspondiente escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares.

La Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los capítulos del libro.

EL CONSENTIMIENTO:

Psiquiatría y Ley

J. A. Guija, M. J. Moreno
(Directores)

XV Jornadas Jurídico-Psiquiátricas.
Sevilla 18 y 19 de octubre 2019

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental
Madrid, 2020

© FEPSM

Relación de participantes

1. Alcalá Pérez, Visitación. Profesora Contratada Doctora. Sevilla.
2. Arsuaga Cortázar, José. Magistrado. Presidente de la Audiencia. Santander.
3. Baca Baldomero, Enrique. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
4. Barrera Hernández, Guillermo. Letrado-Asesor Jurídico FEPSM. Madrid.
5. Bernardo Arroyo, Miquel. Catedrático de Psiquiatría. Barcelona.
6. Blanco Picabia, Alfonso. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
7. Caballero, Rafaela. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
8. Camacho Laraña, Manuel. Profesor Titular Psiquiatría. Sevilla.
9. Cano Valero, Julia. Profesora Asociada de Psiquiatría. Cádiz.
10. Carrasco Perera, José Luis. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
11. Casas Brugué, Miquel. Catedrático de Psiquiatría. Barcelona.
12. Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. Magistrado del Tribunal Supremo. Madrid.
13. Contreras Elena. Magistrada. Juzgado Violencia de Género. Sevilla.
14. De Arce Bordón, Rosario. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
15. De Llera Suárez-Bárcena, Emilio. Fiscal. Sevilla.
16. De Porres, Eduardo. Magistrado del Tribunal Supremo. Madrid.
17. Díaz Marsá, Marina. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
18. Elizagárate, Edorta. Psiquiatra. Vitoria.
19. Fernández, Juan Manuel. Magistrado. Vocal del CGPJ. Madrid.
20. Ferreiros, Carlos. Fiscal. Alicante.
21. Franco, Mª Dolores. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
22. García-Portilla González, Mª Paz. Catedrática de Psiquiatría. Oviedo.
23. García García, Carmen Ana. Médico Forense. Sevilla.
24. García Gallardo, Pedro. Médico Forense. Sevilla.
25. García San Martín, Jerónimo. Magistrado. Letrado del Tribunal Supremo. Madrid.
26. Gibert Rahola, Juan. Catedrático de Psicofarmacología. Cádiz.
27. Giner Jiménez, Lucas. Profesor Titular de Psiquiatría. Sevilla.
28. Giner Ubago, José. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
29. González-Pinto Arrillaga, Ana. Profesora Titular de Psiquiatría. Vitoria.
30. González Torres, Miguel Ángel. Profesor Titular de Psiquiatría. Bilbao.
31. Grande i Fullana, Iria. Psiquiatra. Barcelona.

© FEPSM

32. Guija Villa, Julio Antonio. Profesor Asociado de Psiquiatría. Sevilla.
33. Gutiérrez Fraile, Miguel. Catedrático de Psiquiatría. Vitoria.
34. Ibáñez Guerra, Elena. Catedrática de Personalidad. Valencia.
35. Iglesias García, Celso. Psiquiatra. Oviedo.
36. Jaén Moreno, Mª José. Psiquiatra. Córdoba.
37. Jiménez Martín, Jorge. Magistrado. Director Escuela Judicial. Barcelona.
38. Lamela, Carmen. Magistrada del Tribunal Supremo. Madrid.
39. Lledó, Carlos. Magistrado de la Audiencia. Sevilla.
40. Lledó, José Luis. Notario. Sevilla.
41. Magaña, José María. Magistrado. Córdoba.
42. Marín Andrés, Rocío. Médico Forense. Sevilla.
43. Marín Fernández, Antonio. Magistrado de la Audiencia. Cádiz.
44. Martín Carrasco, Manuel. Psiquiatra. Pamplona.
45. Menchón Magriñá, José Manuel. Profesor Titular de Psiquiatría. Barcelona.
46. Mojarro Práxedes, Mª Dolores. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
47. Moreno Díaz, Mª José. Profesora Titular Psiquiatría. Córdoba.
48. Nicasio, Isabel. Magistrada. Sevilla.
49. Oliveras Valenzuela, Angustias. Psiquiatra. Alicante.
50. Ortega-Monasterio, Leopoldo. Profesor Titular de Psiquiatría. Barcelona.
51. Parra, Mª Ángeles. Magistrada del Tribunal Supremo. Madrid.
52. Pérez-Puig, Rocío. Magistrada en Excedencia. Abogada en despacho Ramón y Cajal. Madrid.
53. Sáenz Herrero, Margarita. Profesora Asociada de Psiquiatría. Bilbao.
54. Saiz Ruiz, Jerónimo. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
55. Sáiz Martínez, Pilar Alejandra. Catedrática de Psiquiatría. Oviedo.
56. Seoane Rey, Julio. Catedrático de Psicología Social. Valencia.
57. Soria Tomás, Virginia. Psiquiatra. Barcelona.
58. Varona, Alberto. Magistrado. Escuela Judicial. Barcelona.
59. Zorrilla Martínez, Iñaki. Psiquiatra. Vitoria.

© FEPSM

© FEPSM

Índice

Relación de participantes 4

Prólogo 9

Ponencias:

1. Fenomenología del consentimiento..... 11

2. El Notario ante el juicio de capacidad: su capacidad para enjuiciar..... 19

3. El consentimiento como presupuesto para la validez de actos y negocios jurídicos en la jurisprudencia..... 33

4. Psico-pato-biología de la relación interpersonal y su relación con el consentimiento 67

5. El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual 79

Conclusiones 105

© FEPSM

© FEPSM

Prólogo

Ningún hombre es lo bastante bueno para gobernar a otros sin su consentimiento
Abraham Lincoln

La XV edición de estos Documentos ha tratado el tema del consentimiento, piedra angular en diferentes legislaciones de nuestro ordenamiento jurídico, pues en el mismo, como expresión de la voluntad, se sustentan diferentes leyes y normas.

El consentimiento es esencial en nuestra vida de relación pues resulta la expresión manifiesta de la teoría del libre albedrío. Esa libertad que se le presupone al ser humano puede estar alterada o limitada por circunstancias biológicas o alteraciones psíquicas. Estas últimas, juegan un papel fundamental en la interrelación y comunicación entres psiquiatras y juristas pues serán aquellos quienes tras el estudio de la persona determinarán la existencia o no de afectación de la voluntad, así como, en su caso el grado. Ello se traduciría en alteración del consentimiento para, por ejemplo, otorgar poderes, mantener relaciones sexuales, otorgar testamento, ingresos en residencias de mayores o en Unidades de Hospitalización de Salud Mental, entre otras.

Abraham Lincoln, en la frase que inicia esta introducción, señala la interrelación entre gobierno a otros y consentimiento. En el tema que nos ocupa vamos más allá. El autogobierno para tomar decisiones que nos afecta en un momento concreto y que sus consecuencias, a efectos legales, pueden perdurar durante años.

Todo ello entronca con el pilar esencial de la existencia de la psiquiatría, ya que, como señalaba Henri Ey, el estudio de la patología de la libertad es el motivo esencial de nuestra ciencia. Si la libertad se encuentra cercenada por trastorno psíquico, no existe voluntad y, en tal caso, la validez del consentimiento puede hallarse seriamente comprometida hasta el punto de quedar anulada.

Este planteamiento resulta definitivo ante las normas que solicitan el respeto a la libertad de la voluntad o las preferencias de las personas. Obviamente, es un objetivo que debe ser santo y seña en una sociedad como la nuestra desde el momento en que consideramos la libertad como elemento fundamental de la dignidad. Ahora bien, hay que plantearse ¿de qué libertad hablamos? ¿también de la libertad patológicamente determinada que da lugar a un consentimiento viciado que se vuelve en contra de los propios intereses de la persona?

Es posible que el ser humano tenga inalterada su voluntad, pero ¿es capaz de manifestar el consentimiento con libertad? No resulta baladí este asunto, puesto que no es extraño confundir la capacidad de libertad con capacidad para llevarla a cabo, es decir, consentir.

Dar respuesta a las bases del consentimiento desde la perspectiva médica, así como a su influencia en asuntos del orden penal y civil, ha sido el objeto de estos Documentos en el que destacados juristas y profesionales de la psiquiatría han encontrado un espacio para discutir acerca de lo que sus diferentes ciencias pueden aportar y esperar una de la otra.

Se han iniciado las Jornadas poniendo de relieve el papel del Notario ante la evaluación del consentimiento. No podemos olvidar que se trata del primer profesional que evalúa esa capacidad en

 © FEPSM

diferentes actos de gran repercusión legal en la vida, y después de ésta, de los ciudadanos. Por otro lado, se ha puesto sobre la mesa la situación actual del consentimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la jurisdicción penal, se ha abordado el consentimiento en asuntos de los juzgados de violencia de género, así como en los delitos contra la libertad sexual. Ambos constituyen por sí mismos debate de amplia repercusión en la sociedad por el efecto personal, mediático y social que conllevan.

No podemos olvidar el recuerdo realizado al Prof. Medina, director y *alma mater* de los Documentos desde su inicio en el año 2004. La continuación de los mismos no es sino un homenaje a su memoria, a su esfuerzo personal y a la ilusión que ponía en ellos. Seguro que hubiese estado orgulloso de los resultados de la presente edición.

Julio Antonio Guija, María José Moreno
Directores

© FEPSM

1

Fenomenología del consentimiento

MJ MORENO, MJ JAÉN, R. LILLO

1. DEFINICIONES

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua recoge bajo el término consentimiento distintas acepciones entre las que se encuentran:

1. Acción o efecto de consentir, permitir algo o condescender en que se haga (otorgar, obligarse).
2. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.
3. Manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la que un sujeto se vincula jurídicamente (En Derecho).

También se especifica el llamado consentimiento informado como aquel que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento.

En el diccionario de Filosofía de Ferrater Mora, el término consentimiento nos remite a ocasionalismo. En esta acepción se nos detalla el ocasionalismo estricto, cartesiano, como un conjunto de teorías propuestas para solucionar el problema de la relación entre la substancia pensante y extensa; teoría en la que se desvanece la libertad del hombre, puesto que esta consiste en el consentimiento que el ser humano otorga (o puede rechazar) a la intervención divina. De otro lado, estaría el ocasionalismo amplio, moderno, que trataría de solucionar el conflicto entre determinismo, la providencia o predestinación y el libre albedrío o afirmación de la libertad. Y al tratar el tema del consentimiento parten de que los acontecimientos pueden estar determinados por la intervención divina, pero es el hombre el que tiene la capacidad de apropiarse de dicha determinación, con alegría o pesadumbre y resignación. Consideran a la libertad no como hacer el bien o el mal sino como el no consentir al bien o al mal. Consentir/no consentir sería el constructo utilizado.

En Derecho, el consentimiento es entendido como la acción y efecto de consentir. Incluye la conformidad de una persona que actúa individualmente y que expresa su voluntad válidamente; es decir, de manera inteligente y libre, sin existir error, violencia, dolo o engaño. También considera el acuerdo de varias voluntades, cuando concurren dos o más individuos para manifestar de manera expresa o a través de firma o rúbrica autográfica su conformidad para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. En este sentido, en función de cuantas voluntades entren en acuerdo tendríamos el consentimiento unilateral, el bilateral y el plurilateral.

En definitiva, cuando hablamos de consentimiento nos estamos refiriendo a la capacidad de elegir, de decidir, de otorgar, pero en libertad. Esto nos remite a dos conceptos importantes de gran trascendencia como son: el acto humano y la libertad. Conceptos que sustentan el estudio fenomenológico del mismo.

 © FEPSM

2. FENOMENOLOGÍA DEL CONSENTIMIENTO

La fenomenología es un método que parte de la descripción de una entidad presente a la intención intelectual hasta llegar a la esencia de dicha entidad.

Lo que caracteriza al ser humano es que es un ser vivo con capacidad de expresión psíquica en el mundo de las relaciones con las cosas, los animales y los demás hombres. Por ello, mientras que el animal vive, el hombre vive la vida a través de la vivencia. La vivencia hace posible que el hombre se dé cuenta (con la participación de la conciencia, de un entendimiento inteligente y una resonancia afectiva) y de que sea capaz de seleccionar y graduar, de mayor a menor importancia, del conjunto de hechos psíquicos que se provocan continuamente por los acontecimientos del mundo circundante, aquellos que tienen resonancia interior y que, secundariamente, conllevarán una respuesta específica en el mundo de relaciones exteriores y que nosotros observamos. Todo esto se materializaría en el acto humano, entendido como la respuesta que se pone en marcha para llevar a cabo la meta tendencial prefijada, el exponente visible y observable de nuestro comportamiento.

Para el estudio fenomenológico del acto humano es imprescindible tener en cuenta sus pilares básicos: la conciencia, el sistema cognitivo (la memoria, la atención, el lenguaje, la percepción y la inteligencia) y la voluntad.

La conciencia es la que permite al sujeto darse cuenta de que está en el mundo: despierto, lúcido, vigilante y alerta. También, la conciencia hace posible que el individuo se dé cuenta de sus propias manifestaciones psíquicas y de las de las personas que lo rodean. La conciencia es considerada como la función de funciones (Rojo, 1995), de tal modo que de su estado de normalidad depende, prácticamente, el buen funcionamiento del resto de funciones psíquicas; en especial la atención y la orientación.

Si bien todas las funciones que integran el sistema cognitivo son importantes, para el caso que nos ocupa, la valoración de la inteligencia es muy relevante, puesto que nos permite conocer e identificar cosas y personas, percibir estructuras y símbolos, anticipar las consecuencias de una acción, recordar experiencias, organizar nuestra vida, relacionarnos con los demás, adaptarnos a situaciones nuevas. Cualquier déficit importante en la capacidad intelectual anularía la capacidad para consentir.

El desarrollo del sistema cognitivo en el ser humano está relacionado con la edad cronológica y se materializa en el desarrollo moral. Fue L. Kolberrg quién sistematizó las etapas del desarrollo moral del comportamiento fundamentándose en el desarrollo cognoscitivo de Piaget. Para Kolberg el desarrollo moral no solo es producto de procesos inconscientes como el SuperYo, de aprendizajes tempranos puramente conductuales, si no que existen algunos principios morales de carácter universal, que se aprenden en la infancia y son resultado de un juicio racional maduro. El juicio moral permite reflexionar sobre los valores y ordenarlos en una jerarquía lógica; especialmente, cuando se enfrenta a dilemas morales. El desarrollo moral tendría tres niveles: el preconvencional, en el que se empieza a entender las diferencias entre el bien y el mal en términos de premio y castigo; el convencional: en el que se aceptan las reglas y normas familiares y el postconvencional: en el que se adquieren los principios morales autónomos y se corresponde con el desarrollo cognitivo operacional de Piaget (alrededor de los 12 años), en el que es posible entender el conceptos de causa-efecto, establecer hipótesis y prever consecuencias. Esto tiene su importancia cuando se trata del consentimiento de los menores en diversos ámbitos de actuación como: la salud, el aborto, la sexualidad, etc.

 © FEPSM

2.1. La voluntad

La voluntad es una capacidad humana por la que disponemos con libertad de lo que se desea o no. En estas decisiones intervienen muchas de las funciones anteriormente señaladas (pensamiento, memoria, inteligencia, percepción, afectividad…) y está muy relacionada con la impulsividad. Esta disposición se materializa en el proceso volitivo, conformado por cuatro fases: concepción, deliberación, decisión y ejecución. En definitiva, es la función psíquica que determina qué impulso debe llevarse a cabo para alcanzar la meta prefijada. En el supuesto que nos ocupa, esa meta sería el acto o acción humana; de ahí, su valor a la hora del consentimiento y la necesidad de que profundicemos en su estudio.

Para el profesor Blanco Picabia (2013) la voluntad es la resultante de la confluencia de funciones y circunstancias en las que se aúna lo pasado, lo presente y lo futuro; lo temido, lo deseado, lo pensado y lo sentido; lo biológico, lo psicológico y lo social y que dirige la actuación de la persona hacia el logro de un fin percibido como deseable. La voluntad es una adquisición humana de la más alta y reciente jerarquía. Esto se hace patente en su tardía aparición en el desarrollo ontogénico; en su carácter inhibidor, si lo impulsivo y expansivo es primitivo, la inhibición es cultura; en su escasez aún en el hombre maduro y en su vulnerabilidad a las noxas. Por ejemplo, vemos cómo se atenúa o anula en todos los trastornos mentales, o abuso de sustancias o bajo el influjo de emociones fuertes.

Los fundamentos de la voluntad se sustentan en el conocimiento, la libertad, la motivación, el control emocional, la educación y la cultura. El conocimiento es imprescindible, puesto que no podemos querer algo si antes no lo conocemos y somos, por tanto, conscientes de su existencia. La libertad es la característica esencial del ser humano y el sustento de la moral. La motivación pone en marcha a la voluntad. El control emocional es el impulso vital que nos orienta hacia el deseo y contribuye a postergar o modular el impulso. La educación y la cultura dotan de normalización a nuestras acciones.

Ph. Lersch plantea que, en la voluntad, desde el punto de vista fenomenológico, el Yo consciente se eleva sobre los sentimientos y las emociones para convertirse en un punto de Arquímedes mediante el cual son dirigidas o reprimidas las tendencias a determinadas conductas. De esta manera, la voluntad es experimentada como autodominio y autodeterminación. Desde esta perspectiva podemos entender que de manera autónoma nos permite posicionarnos ante los impulsos y expresar conformidad o rechazo, oponernos o tomar decisiones y, ante todo, medir el alcance de la idea directriz de la acción. Por supuesto, aquella acción en la que interviene la voluntad, antagónica a la acción puramente impulsiva, es la que debe mediar para dar consentimiento.

2.2. Los actos voluntarios

La voluntariedad es la intencionalidad constitutiva de cualquier acto voluntario. La relación entre lo voluntario y lo involuntario se revela bajo el signo del conflicto. Lo voluntario designa lo que yo decido, el proyecto que yo elaboro, y ya se insinúa una vaga responsabilidad. El acto voluntario ha sido considerado de manera clásica integrado por tres aspectos: la decisión, el movimiento voluntario y el consentimiento o asentimiento. Decidir es un acto de voluntad que se apoya en motivos y como toda motivación es irremediablemente parcial, ya que cada conciencia tiene su estilo propio. El movimiento es un acto de voluntad que ejercita el poder de hacer o no; y el consentir, se deriva en un acto de la voluntad que acepta la necesidad.

 © FEPSM

En este sentido y siguiendo a Ph. Lersch podemos diferenciar entre: acciones o actos voluntarios simples, automatizados y electivos.

Las acciones voluntarias simples se constituyen por aquellos actos de conducta en la que la meta tendencial o impulso es dada inequívocamente, puesto que no se haya en competencia con otras. Es una línea recta que va desde la concienciación a la fijación de la meta, al nacimiento del impulso de la voluntad y a la ejecución. En este caso, están muy cercanos el impulso y la acción final. Algunas de estas acciones voluntarias llegan a ser aprendidas y terminan automatizándose, por lo que se convierten en hábitos o costumbres.

Las acciones electivas son más complicadas. Hay que elegir entre dos o más tendencias, por lo que han de intervenir la selección y la decisión. Decidir es un complejo proceso consciente en el que interaccionan tanto el sistema cognitivo (se usa la reflexión para tener en cuenta las consecuencias de la acción) como el emocional, siempre amparados bajo un determinado entorno. La voluntad actuaría de dos formas:

- Solo como función ejecutiva y organizadora, puesto que, en este caso, la voluntad no sería libre respecto a la decisión pues esta viene dada por la vivencia impulsiva más fuerte.
- Decidiendo, como juez superior, sobre los motivos en competencia tras la reflexión de la preferencia de uno sobre otro u otros.

Antes decíamos que el acto decisorio era consciente; sin embargo, no podemos olvidar las palabras de Freud cuando escribió en Una dificultad del psicoanálisis (1917) que: “La humanidad ha sufrido tres heridas en su narcisismo: La tierra no es el centro del Universo, el hombre es el producto de la evolución de los homínidos y, además, es gobernado por su inconsciente”. Por ello, es difícil dejar a un lado cuánto de inconsciente tiene la decisión que reflexivamente hemos tomado. Para obviar este lastre, en los últimos tiempos viene cobrando importancia, de cara a la consideración de un acto como voluntario y libre, el que este sea intencionado; es decir, que pueda enfrentarse a la pregunta del porqué. Si hay una respuesta posible, estamos ante una acción intencionada y la razón que nos manifestaría el sujeto, aunque en ningún momento puede ser la causa de la acción, sí que la justificaría. No obstante, ante esta postura han surgido muchos detractores que plantean que la intención precede a la acción por lo que se invalidaría esta teoría.

Para Ph. Lerchs la voluntad siempre es decisora y no meramente ejecutora y, por tanto, es suya la responsabilidad de la elección. Zubiri destaca que el concepto de acto libre presenta una problemática derivada de su concepto en sí. La primera dificultad afecta a la inteligibilidad de este, puesto que nace tras sopesar motivos o dificultades, por lo que la voluntariedad sería al mismo tiempo tendencialidad, y a esto se añade que nadie puede saber si sus actos son libres porque ignoran la causa de ellos.

En este punto, hemos de regresar, una vez más, al famoso dilema entre dos corrientes contrapuestas el determinismo y el indeterminismo. Es decir, si ningún acto es libre, sino que es necesariamente preestablecido y por ello no tendríamos ninguna responsabilidad en ellos (determinismo) o si los actos de voluntad son libres, somos nosotros los que escogemos una u otra opción (*libre albedrío*) y, por tanto, tenemos responsabilidad sobre ellos (indeterminismo).

El concepto de libertad puede ser tanto la ausencia de coacción como la capacidad psíquica. En principio, la libertad parece incompatible con el determinismo causal, pero no lo es si ambos conceptos se entienden de forma adecuada. Así, el determinismo se contempla en la regularidad natural, en las

 © FEPSM

leyes descriptivas de patrones repetitivos en la realidad y en las conexiones entre causa y efecto, mientras que el indeterminismo se define por la ausencia de interacciones regulares y relaciones causales. Pero la realidad, como tal, puede ser al mismo tiempo: determinista, indeterminista y una combinación de ambas, puesto que la significación hacia un extremo u otro siempre conllevaría a un reduccionismo y en el que el libre albedrío se vería reducido a simple aleatoriedad y la voluntad, que es lo que nos interesa a nosotros, al resultado del azar.

Desde la Neurofilosofía se mantiene en la actualidad un fructífero debate entre compatibilistas e incompatibilistas. Los primeros parten del determinismo de Aristóteles, Epicuro o Hume y consideran que pueden convivir con el *libre albedrío* y la responsabilidad moral, y una sección dentro de ellos, los semicompatibilistas, creen que no es posible, sin que ello signifique que no seamos responsables de nuestros actos. Los incompatibilistas consideran que, si el determinismo existe, careceríamos de libre albedrío y no seríamos responsables de nuestros actos. Dentro de este grupo, también hay quienes defienden el libertarismo (el libre albedrío existe), el determinismo fuerte (abogan por que el determinismo debe negar el libre albedrío y la responsabilidad) y los incompatibilistas fuertes, tajantes en cuanto a que el determinismo y el libre albedrío son incompatibles.

El albedrío es un fenómeno natural, una función esencial en todos los seres vivos, realizado de una manera más o menos sofisticada. Todos los seres humanos y también los animales son cibernéticos, poseen un sistema de control. Sin duda, el del hombre es mucho más refinado. El proceso de decisión, por ejemplo, es muy complejo, flexible, está influido por la cultura, por el inconsciente, es simbólico e interaccionista. Se trata de una red compleja que permite procesar la información y tomar decisiones considerando alternativas (pros y contras) y con capacidad para imaginar sus consecuencias. Sin perder de vista que, al igual que el resto de los animales, también podemos ser impulsivos y tener reacciones instintuales.

El experimento de B. Libet (1983) demostró cómo el cerebro da instrucciones para mover el brazo unos 350-400 milisegundos antes de que seamos conscientes de la voluntad de hacer estos movimientos. El proceso voluntario se iniciaría de manera inconsciente, pero la voluntad consciente aún puede controlar el resultado; puede vetar el acto, y esto no se puede poner en duda, tal como se comprobó en el experimento, en el que se demostró que pudieron ejercer el veto de 100 a 200 ms antes del tiempo establecido para vetar. El papel del *libre albedrío* consciente no está excluido, puesto que controlaría la ejecución del acto. La voluntad consciente seleccionaría cuales de las iniciativas pueden avanzar hacia una acción o cuales vetar y abortar, sin que aparezca ningún acto.

Libet propone, fundamentado en sus trabajos, un modelo de libre albedrío de sentido común: “nuestro inconsciente es un mar burbujeante de caprichos. Nosotros elegimos libremente los impulsos que deseamos promulgar prescindiendo de un veto, y elegimos libremente los impulsos que deseamos suprimir vetando el acto”. Incluso, encontró rastros experimentales de los impulsos inconscientes en lo que llamó el potencial de preparación y la confirmación experimental del veto libremente elegido, la elección consciente no acompañada por la actividad electrofisiológica correspondiente.

La acción voluntaria es fundamental para la existencia humana. Investigaciones recientes han sugerido que la volición involucra una red específica de actividad cerebral, centrada en la corteza frontal-mediana. Un aspecto importante pero descuidado de la acción intencional implica la decisión de actuar o no. Este proceso de decisión es crucial en la vida diaria porque nos permite formar intenciones sin necesariamente implementarlas. En el estudio de Marcel Brass y Patrick Haggard (2007), Hacer o no

 © FEPSM

hacer: la firma neuronal del autocontrol, encuentran que un área específica de la corteza fronto-mediana se activa más fuertemente cuando las personas preparan acciones manuales, pero luego las cancelan intencionalmente, en comparación con cuando se preparan y luego completan las mismas acciones. Y concluyen, sugiriendo que la red del cerebro humano para la acción intencional incluye una estructura de control para la inhibición autoiniciada o la retención de las acciones previstas. El control mental de la acción tiene un interés científico vinculado al concepto filosófico de "libre albedrío" y que sus resultados identifican un área cerebral candidata que refleja la decisión crucial de hacer o no hacer.

3. CONSENTIMIENTO

Si bien seguiremos debatiendo sobre si somos libres a la hora de tomar nuestras decisiones, queda claro que cuando un sujeto da su consentimiento se expone en primera persona. Es él quien tiene que decidir de manera autónoma sobre la base de que somos libres o casi libres para escoger. Sin embargo, hay situaciones en las que todo el entramado viene a complicarse aún más y en las que no podemos asegurar que el yo consciente esté, efectivamente, en estado de enunciar y declarar su voluntad y manifestar su autonomía. Esto nos plantea si el consentimiento muchas veces no es algo ilusorio.

Uno de los ejemplos más claros lo tenemos en el llamado consentimiento informado del paciente: un proceso a través del cual el profesional médico informa al paciente sobre el tratamiento que le realizará, así como de los riesgos, beneficios y alternativas. Este proceso de información y comprensión culmina con la firma del formulario escrito de consentimiento informado, un documento donde el paciente autoriza la realización de la prestación médica. El consentimiento debe ser firmado de forma consciente y voluntaria por el paciente, que puede aceptarlo o bien rechazarlo. El objetivo es que éste pueda tomar las decisiones referentes a su salud de acuerdo con su libre y propia voluntad. Nadie duda de que el consentimiento es la expresión de la autonomía personal que se tiende a valorar como expresión de la libertad individual. En los años 50, nadie dudaba de que lo bueno era lo que el médico imponía a sus enfermos. Hoy, informar y obtener el consentimiento se ha constituido en la norma; simplemente por la evolución de la sociedad y el paso del modelo de Estado de beneficencia al de la autonomía.

Sin embargo, es necesario debatir una serie de cuestiones que nos surgen una vez que el paciente es informado:

1. ¿El paciente es suficientemente competente para decidir?
2. ¿Se encuentra en posición de tomar una decisión relativa a su salud cuando se encuentra en situación de vulnerabilidad?
3. ¿Cuáles deben ser los límites de ese consentimiento informado?
4. ¿Qué nexo hay entre capacidad de cada uno a autodeterminarse y de escoger su concepción de vida y la elección que debe hacer cuando está enfermo o cuando el médico le plantea diferentes opciones?
5. ¿No pueden los médicos desviar el consentimiento de sus objetivos iniciales transformándolo en un arma en su propio provecho?

Este ejemplo concreto nos sirve para concluir planteando algunas sugerencias de las que Michaela Marzo hace en su libro Consiento, luego existo (2019).

 © FEPSM

- En la actualidad está sobrevalorada “la moral del consentimiento”, por la que se rechaza cualquier interferencia en nombre de una libertad total o incondicional. Esto ha hecho que de un plumazo borráramos no solo lo impuesto desde el exterior sino lo que procede de nuestro interior.
- Las circunstancias en las que un consentimiento es dado son muy complejas y no se pueden comprender y explicar ciertos gestos y actos sin previamente preguntarse por ellos y por el porqué de ellos. Lo que nos remitiría directamente a la intención.
- Cada uno tiene un cuerpo que hace imposible ejercitar infinitamente la voluntad; una historia, un pasado y una vivencia familiar que lo condicionan. Así como, sus propios límites psíquicos que no puede rebasar.
- Cada uno tiene derecho a decidir respecto a los fines a los que aspira, pero esta decisión no puede reducirse solo a racionalidad, el inconsciente tiene un lugar determinante cuando decidimos o cuando escogemos, los deseos a veces son contradictorios, todos nos sentimos tironeados entre el deseo de expandirnos y la necesidad de autodestruirnos.
- Todo esto no es más que el reflejo de la complejidad de la condición humana.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Blanco Picabia A. Psicología y Psicopatología de la voluntad (CL) en: Voluntad, Capacidad y Autonomía de la persona en el mundo actual de Medina, Moreno, Lillo y Guija. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, pág. 12-30, 2015.
- Brass M, Haggard P. (2007) Journal of Neuroscience, 27 (34) 9141-9145.
- El acto moral: disponible en http://mercaba.org/TEOLOGIA/CURSO/39_el_acto_moral.htm.
- El principio de la autonomía de la voluntad: disponible en http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones /pdf/r20_trabajo-6.pdf
- Hersh R, Paolito D, Reimer J. De Piaget a Kholberg. Narcea. Madrid, 1984.
- Ideas y valores: disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-00622009000300001&lng=es&nrm=iso&tlng=es.
- Jaén Moreno MJ, Moreno Díaz MJ. Trastorno mental y capacidad para entender el proceso penal y la pena. Consideraciones médico-periciales. En Trastorno mental y justicia penal de Flores Prada, I (Director) y Sánchez Rubio, A (Coordinadora). Aranzadi. (137-172), 2017.
- La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad: disponible en https://www.aeds.org/congreso/XVIIIcongreso/ponencias/SRMalanda.pdf.
- Lersch P. La estructura de la personalidad, Ed. Scientia, Barcelona 1968.
- Libet B, Gleason CA, Wright EW, Pearl DK (1983). Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act. Brain106:623–642.

 © FEPSM

- Orozco Delclós A. La libertad en el pensamiento. Ed. Rialp. Madrid, 1977.
- Pérez Herranz FM ¿Podemos cambiar? Determinismo y libre albedrío. Eikasia. Revista de Filosofía, año III (9), 2017.
- Significado de consentir y consentimiento: disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3784/2.pdf
- Thorp J. El libre albedrío, Ed. Herder, Barcelona 1985.
- Walton ME, Devlin JT, Rushworth MF (2004) Interactions between decision making and performance monitoring within prefrontal cortex. Nat Neurosci (7):1259–1265.
- Zubiri X. Sobre el sentimiento y la volición. Alianza Editorial, Madrid, 1992.

© FEPSM

2

El Notario ante el juicio de capacidad: su capacidad para enjuiciar

JOSÉ LUIS LLEDÓ

Para un jurista una de las misiones más importantes, pero a la vez de las más difíciles, es hacerse entender por los no doctos en Derecho. Por ello, tengo que detenerme y en unas breves líneas explicarles unas básicas notas: ¿Quiénes somos los notarios? ¿Qué hacemos los notarios?

Somos unos funcionarios públicos cuya misión es dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales.

Subo un escalón más: en alguna conferencia de mi compañera la notaria Almudena Castro-Girona, gran especialista en estos temas, ella la inicia con la lectura de una sentencia de 1927, que dice que "*el notario no solo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el profesor de jurisprudencia y el consejero prudente de los individuos y de las familias."*

El notario es un eslabón muy importante dentro de lo que se llama la seguridad jurídica preventiva, es el que evita litigios y controlando la legalidad presta asesoramiento a sus clientes, y da forma documental a la voluntad de los sujetos de los negocios jurídicos.

Joaquín Costa ya decía de forma muy expresiva que "Notaría abierta Juzgado cerrado" aludiendo a la cantidad de problemas que solventamos los notarios evitando que se litigue de forma continua.

Nosotros damos lo que se llama **fe pública**, ¿Por qué? Pues porque el Estado nos otorga ese privilegio, como funcionarios que somos la Ley nos obliga a implicarnos en el tráfico y barnizar y encuadrar los actos jurídicos añadiéndoles incontrovertibilidad. Eso no es fácil, pero alguien lo tiene que hacer, imagínense un mundo en el que todo fuera **cuestionable** y, por ende, **discutible**:

> Oye… *¿Qué precio dijiste? ¿Cuándo había que pagarlo? ¿Iban los muebles incluidos? ¿Se ha hecho la transferencia? ¿Estaba libre de cargas? ¿Y la comunidad? ¿Has pagado los gastos de comunidad? ¿Y el poder que traes es auténtico?* Etc. Etc. etc.… Eso sería el caos, por eso el Estado tiene que atribuir a alguien esa función pública de dación de fe.

En España nuestra misión es tan importante que aparece hasta en nuestro texto constitucional, no solo en su artículo nueve:

> "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".*
>
> *"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".*

 © FEPSM

También nuestro trabajo tiene base en el artículo 1 que configura España como un Estado Social y Democrático de Derecho, configuración que comparten los demás países de la Unión Europea para garantizar bienes o servicios como la seguridad, la salud o la educación.

Como dice Castro Girona, la función notarial, por tanto, garantiza valores superiores y constitucionales como son la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social y que están inseparablemente ligados a los derechos de la persona.

Así, el notario es, a mi modo de ver, el funcionario que está más en contacto directo con la sociedad, atendemos diariamente a muchas personas y cada una nos trae un problema distinto: uno quiere hacer testamento, otro modificarlo; otro un poder, otro revocarlo, otro una sociedad, el siguiente disolverla; otro una venta, el otro resolverla porque no le han pagado; otro una hipoteca, el otro ya la ha abonado y la quiere cancelar; otro quiere desheredar a un hijo y el otro mejorarlo. Como ven es una bonita profesión que es todo menos monótona: nuestra moneda no tiene cara y cruz, sino que es poliédrica con decenas de facetas.

Dijo Carmen Sánchez Castellano, especialista en geriatría del Hospital Ramón y Cajal, en una conferencia en la Academia Matritense del Notariado que "*Desde el punto de vista médico, la capacidad civil se sustenta en la inteligencia y en la voluntad. Los actos civiles, para ser válidos, requieren de la integridad de esa inteligencia y de la libertad de la persona para ejercerlos. Por eso, es tan relevante discernir qué personas están tomando las decisiones que hubieran considerado oportunas a lo largo de su trayectoria vital y cuáles pueden estar sufriendo enfermedades o procesos que les impiden tomar decisiones válidas relacionadas con los contratos que pretenden suscribir.*

Apreciar las alteraciones cognitivas (en la inteligencia) que influyen en la capacidad civil de una persona puede ser una tarea sumamente difícil, no ya para un notario, sino incluso para profesionales sanitarios no especializados en ese tipo de alteraciones.

Los problemas que surgen en la práctica, para el notario, se relacionan con la dificultad para valorar la integridad de la inteligencia y la voluntad.

El médico, como el notario, debe ser garante de los derechos de las personas en todas las circunstancias y especialmente en situaciones de vulnerabilidad".

El fruto de nuestro trabajo se plasma en el instrumento público que pueden ser las escrituras, las actas o las pólizas.

En lo que atañe a esta intervención del notario me interesa recalcar que el instrumento público, o mejor su contenido, debe ser consentido por el interesado o los interesados, como dice Carmen Sánchez Castellano. Ese consentimiento es, precisamente, el tema que nos ocupa. Si el interesado carece de consciencia, libertad, voluntariedad, como quieran llamarlo, no pueden asumir responsablemente ninguna obligación.

Para evitar dudas y dar garantía plena, nada mejor que conste en el documento la afirmación del notario (funcionario cualificado) de que ha examinado a las personas intervinientes y las ha juzgado capaces en el cuádruple sentido de que tienen **consciencia, libertad, voluntariedad y capacidad** para asumir el texto documental en el que se refleja el acto.

En concreto, el juicio de capacidad del notario, que a mí me gusta más llamarlo juicio de **discernimiento**, no es solamente apreciar si es inteligente el otorgante, es algo más que la inteligencia

 © FEPSM

lo que apreciamos los notarios españoles. Por supuesto, los notarios no estamos capacitados para hacer un test de inteligencia, ni para valorar psicológicamente a los comparecientes como más o menos listos, ni sabemos ni queremos, para eso están los especialistas médicos.

Pero también es indudable que alguien que no supere los estándares requeridos de discernimiento no debe ser apto para otorgar un instrumento público.

a) Si hay una sentencia de incapacitación, en cuyo iter formativo ha intervenido forzosamente un forense, ahí nada tenemos nosotros que añadir, salvo en los casos excepcionales, como el testamento en intervalo lúcido, para lo cual nos auxiliamos de dos facultativos.

b) Pero si no hay sentencia de incapacitación este planteamiento y la resolución del problema está muy unido al del ejercicio por las personas de sus derechos, este debate en el que luego entraremos no es solamente jurídico sino ético/médico.

El reglamento Notarial dice en el Artículo 180 **"***En la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales, salvo que la reclamen el notario autorizante o cualquiera de las partes".*

No pocas veces, sobre todo, cuando el otorgamiento es de un paciente ingresado en un hospital, esos testigos acostumbran a ser los médicos que nos auxilian y corroboran el juicio del notario.

Centrando el tema hemos de partir de la base de una realidad actual en pleno siglo XXI: se presume que un mayor de edad es plenamente capaz. ¿Por qué le vamos a privar de su capacidad de obrar apartándole del tráfico?

Es concretamente el tema de la capacidad jurídica universal. No puedo dejar pasar por alto la Convención de Nueva York. La Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006 entró en vigor el 3 de mayo de 2008, se convirtió en un instrumento jurídico que tenemos que cumplir, al mismo nivel que la Ley interna para todos los estados firmantes. De un modelo que proponía la rehabilitación y la curación se pasa a otro de integración tendente a plena equiparación. De hablar de derechos civiles se pasa a hablar de derechos humanos para todos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 12 dice que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

POTENCIACIÓN DE LA FIGURA DEL NOTARIO COMO PRESTADOR DE APOYO INSTITUCIONAL A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El informe de la relatora nos señala expresamente a los notarios en su punto 77 diciendo que evaluamos la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica.

En el 37º Consejo de Derechos Humanos (sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018) en su tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos,

 © FEPSM

sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo la Secretaria Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad que transmitió al Consejo de Derechos Humanos dice en el punto 77 de su informe:

> "*Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición jurídica romanista. En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables".*

Así, igualmente, el artículo 1 de la Convención recoge la finalidad de la misma y una definición amplia de discapacidad al establecer que el propósito es:

> *"promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.*
>
> *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"*

Por todo lo expuesto, es lógico que autores como Palacios o Bariffi afirmen que estamos ante "una disposición de vanguardia y de gran importancia para las personas con discapacidad pues impone a los estados obligaciones que en su gran mayoría significará la reforma de la legislación doméstica sobre capacidad de obrar", así el tradicional modelo de la capacidad basado en la "sustitución" de la persona debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de toda persona y que la doctrina coincide en denominar "sistema de apoyo", de modo que es claro que esta convención debe producir cambios sustanciales en los ordenamientos jurídico privados en materia de capacidad.

En España estamos a punto de ver una Ley, pendiente de ser aprobada por el Parlamento, que reforma totalmente el concepto de incapacidad. Como parece que hay unanimidad, en breve veremos fructificados esos y otros principios en una nueva e innovadora Ley.

Con esos nuevos principios se necesitan ayudas y no sustituciones de voluntad, el notario es en esos casos un apoyo, siguiendo esa corriente tan importante que presupone que todos somos capaces, pero que se necesitan ayudas.

El dictamen médico es objetivo y estático. El notario es proactivo y dinámicamente ayuda en la toma de decisiones, no es un juicio médico, sino el de un jurista imparcial e independiente con didáctica indagación y apoyo y, por supuesto, eso sí que está claro: si precisan ayuda se la solicitan a los facultativos como dice el Código Civil, pero el notario no puede, ni quiere desplazar a los jueces, ni a los forenses.

En el anteproyecto de reforma en materia de discapacidad se redacta de nuevo el artículo 665 del Código Civil, luego lo veremos, pero legaliza la designación de dos expertos para dictaminar sobre la aptitud para otorgar testamento.

 © FEPSM

CONCRETA ACTUACIÓN NOTARIAL

Como dice Federico Cabello de Alba "el notario goza de una posición privilegiada por varios motivos: el conocimiento de la realidad social y económica de la persona de que se trate, de su situación familiar, la proximidad al caso concreto a valorar, su relación de confianza con las personas que reclaman su actuación y, lo que es más, su decisión queda limitada al caso concreto que en cada momento se plantea, rodeada de unos parámetros que le son conocidos y, por tanto, más fáciles de evaluar. Además, dicha labor se corresponde claramente con la propia naturaleza y razón de ser de la función notarial, ceñir las disposiciones legales al caso concreto y con arreglo a las circunstancias del mismo".

Ya hemos visto que nuestro juicio no puede ser médico, sino jurídico y, además, solamente lo es para el caso y momento concreto "debe suponer que los intervinientes lleguen a tener conocimiento, gracias precisamente a esa actuación notarial de:

1. Lo adecuado del negocio jurídico que se perfecciona a sus pretensiones.
2. De que lo hecho es legal en virtud del control previo que es obligación del notario.
3. De que el ropaje jurídico de que ha sido revestida su voluntad es el más conforme, jurídicamente, a ella.
4. De todos los efectos, no solo de aquellos inicialmente pretendidos, si no también aquellos que derivan expresamente de la ley y que se derivarán de su actuación".

Pero este juicio de capacidad o de discernimiento, como me gusta a mi llamarlo, no es así en todo el mundo ni en todos los notariados.

Repasando mi primer manual de derecho notarial quiero recordarles a ustedes cuantos tipos de notariado existen en lo relativo a la forma de abordar el juicio de capacidad:

En Estados Unidos se pueden leer carteles por las calles con textos como el siguiente "Notary Public", normalmente en plantas bajas de zonas comerciales y compartiendo espacio físico con chicles, tabacos, postales, y "souvenirs" varios. El notario anglosajón no es tal notario: es un funcionario que ni siquiera ha estudiado derecho, adquiere una licencia temporal y no comprueba la capacidad, y a duras penas la identificación; solo que determinadas personas han firmado. El instrumento queda incompleto debiendo validarse por otros medios que acrediten la capacidad. En último término, la eficacia y validez de lo firmado queda adverada por un seguro que responde en caso de siniestro.

Un segundo sistema propio de países sudamericanos exige al notario que realice juicio de capacidad, pero no aparece en el documento, presumiéndose que es favorable por el hecho de que el notario autorice el instrumento.

Y finalmente, el sistema latino en el que se exige el juicio de capacidad y su constancia documental; que es el existente en España en el que el notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.

El notario de raíz jurídica romanista es un elemento de seguridad jurídica preventiva; el más importante que actuando como un profesional del derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el

 © FEPSM

ámbito de las relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos y contratos que regulan esas relaciones convirtiéndolos en auténticos, gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado.

El notario que está presente en el momento de la verdad, trabaja muchas veces a pecho descubierto y de una forma valiente, que no osada, es el que comprueba que el consentimiento se ha formado regularmente, ausente de vicios y debidamente informado, es uno de los presupuestos de validez del negocio, el notario es muy importante porque aprecia y confirma la instrucción y el entendimiento de los otorgantes, en función de las circunstancias subjetivas y del concreto negocio que se va a celebrar.

Los juristas diferenciamos la capacidad jurídica y la capacidad de obrar:

La capacidad jurídica está relacionada con la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones. Todos los nacidos, por el mero hecho de serlo, poseemos capacidad jurídica. Gracias a Dios que se modificó el arcaico Código Civil que requería para ser persona tener forma y figura humana y vivir 24 horas desprendido del seno materno. Ahora dice el Artículo 30: La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

La capacidad de obrar es la que permite realizar válida y eficazmente actos jurídicos, adquirir derechos y contraer obligaciones. Y varía en función del estado civil de la persona. En principio, la capacidad de obrar plena se adquiere por la mayoría de edad, pero las restricciones a la capacidad de obrar de un mayor de edad pueden provenir de una incapacitación judicial.

En este caso, como decíamos antes, si hay sentencia no hay problema: la leemos y vemos qué puede y qué no puede hacer la persona. El problema es que los notarios no tenemos acceso al Registro Civil, con lo cual no son pocas las veces en las que alguien que está incapacitado pretende otorgar alguna escritura sin que nos esté permitido corroborar telemáticamente el contenido del Registro Civil, cosa que venimos reivindicando desde hace mucho tiempo.

Aun así, lo que antes llamaba el poliedro de nuestra función nos permite una cosa realmente extraña: que un incapacitado haga testamento. ¿Cuándo? Pues está permitido en lo que el Código Civil llama intervalo lúcido.

Artículo 665 del Código Civil en vías de reforma dice:

Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

El anteproyecto de Ley de discapacidad redacta el artículo 665 del Código Civil de la siguiente forma:

> *"Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud".*

Muy bueno este cambio de redacción donde encontramos la primera llamada de nuestras leyes a la colaboración de los facultativos, aunque la palabra facultativo suene rara son estos quienes tienen que auxiliarnos, aunque la decisión final la tenga el notario.

 © FEPSM

Pero el problema está en que sin ser declarado judicialmente hay personas que tienen mermadas de hecho esas facultades.

¿Cómo podemos los notarios apreciar una deficiencia persistente de carácter psíquico? O dicho de otra forma ¿cómo vemos lo que dice el art 200 del Código Civil: las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma?

¿Quién tiene la última palabra para que se le impida el gobierno por sí mismo? ¿Es el notario el apropiado para hacerlo?

El aprendizaje, los avances médicos, el auxilio de la técnica pueden dotar de habilidades a personas que padecen discapacidad, de forma que unas puedan alcanzar alto grado de autogobierno y otras no. ¿Estamos nosotros capacitados para apreciarlos?

El juicio de capacidad notarial comprende la capacidad natural y la capacidad civil de la persona, pues ambas deben concurrir para la validez y eficacia del acto o negocio jurídico. Por capacidad natural debe entenderse la aptitud de la persona para comprender el contenido y la trascendencia de lo que firma, o como dice el art. 193 RN, la aptitud para el *cabal conocimiento del alcance y efectos* del instrumento público. La capacidad civil o legal, ya lo vimos, es la exigida por las leyes civiles para realizar eficazmente actos y contratos según la edad.

Al juicio notarial sobre la capacidad se refieren:

1. El art. 17 bis de la Ley del Notariado dice en su apartado 2 letra a) que "*el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado*…".
2. El art. 145 RN que "*la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe que a su juicio tienen capacidad y legitimación*…".
3. El art. 156 RN dice que la comparecencia de toda escritura indicará "…*8º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad civil o legal necesaria*".
4. El art. 167 RN dice que "*El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate*".
5. El art. 164 RN también trata de la capacidad.
6. El art. 197 quáter, se refiere a las pólizas, implica "…*c) el juicio de capacidad de los otorgantes para el acto o contrato intervenido*…".
7. El art. 198 RN dice en materia de actas no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes…salvo que por tratarse del ejercicio de un derecho el notario deba hacer costar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente.

El juicio de discernimiento hecho por el notario, según Almudena Castro, "se caracteriza por:

1. Ser una competencia exclusiva del notario, que la ejerce bajo su responsabilidad.
2. Ser requisito de toda escritura pública, así como de las pólizas.

 © FEPSM

3. Alcanza a indagar si los comparecientes, en el concepto en que intervienen, comprenden la trascendencia de su actuación y quieren los efectos derivados de ella.
4. Supone la verificación, en la medida de lo posible, de la ausencia de vicios del consentimiento.
5. Se refiere a la capacidad necesaria para el acto concreto de que se trate, no a la capacidad general o en abstracto.
6. Es algo más que un test de inteligencia.

Su extraordinaria trascendencia deriva de que, en base a ese juicio notarial, previo y necesario para el otorgamiento, se crea una "especial relevancia de certidumbre" que supone una "presunción *iuris tantum*", vinculante "*erga omnes*" y que obliga a pasar por ese juicio en tanto no sea revisado judicialmente.

En el ejercicio de la capacidad de obrar de las personas, como medio de seguridad jurídica preventiva, es necesaria la presencia de una autoridad pública y profesional del derecho como es el notario, que les permita conocer el alcance del negocio jurídico que se proponen realizar".

Ese juicio no es abstracto, sino concreto, de ese compareciente y en ese preciso momento.

¿Qué situaciones nos encontramos los notarios? O mejor ¿en qué escrituras nos enfrentamos al juicio complicado de capacidad?

Como lugar común en todas las escrituras tenemos un fenómeno que se ha dado en llamar la ***filiopotestad***. En muchas ocasiones vienen los padres octogenarios o nonagenarios acompañados de sus hijos o de alguno de ellos a otorgar una escritura cuyo resultado puede ser muy oneroso para el anciano. Los notarios tendemos a aislar al otorgante para protegerle de influencias y averiguar su verdadera voluntad.

Respecto a ese aislamiento de los familiares tengo una experiencia no uniforme: a veces tranquiliza al cliente hallarse a solas con el fedatario, la ausencia de hijos y nietos refuerza su libertad de decisión; pero hay personas a las que el simple hecho de sentirse a solas con un notario extraño, sin su apoyo familiar, les disturba mucho y apenas pueden mantener una conversación coherente y una atención apropiada.

Por eso, esta actitud de desvinculación del acompañante, de apartamiento de las influencias en la voluntad, que suele ser mi pauta de actuación, no es siempre la mejor solución. Deberán valorarse las circunstancias: no es lo mismo la familia, paraguas que protege y cobija; que la familia catarata que embota y empapa la mente del testador, decolorando su voluntad hacia la gama del Pantone que más beneficie al familiar caza-herencias.

Alguien, como he dicho, ha hablado de "filiopotestad". Los hijos imponen y sustituyen la voluntad a los padres mayores. Es uno de los problemas que se presentan y preocupan a los notarios, por eso en la próxima primavera en Málaga vamos a celebrar un congreso cuyo objeto es el estudio de la problemática del envejecimiento de la población en España. Así como, el concepto de la mayoría de edad es objetivo: 18 años para alcanzarla; el de la senectud es dinámico, no sabemos a partir de qué edad es uno anciano en este siglo XXI.

 © FEPSM

En resumen: no debe confundirse “influencia indebida” con “apoyo" pues no hay límite en cuanto a la intensidad del apoyo recibido, ni en cuanto a la mayor o menor “parte” que la voluntad del tercero represente en formación de la voluntad conjunta final. El notario debe preocuparse de constatar a este respecto que la influencia no es indebida, porque involucre un conflicto o contraposición de intereses.

Veamos casos concretos de documentos notariales que pueden ser de interés:

- El Testamento

Para hacer testamento notarial abierto (que no el ológrafo) el Artículo 663 del Código Civil solo exige tener 14 años.

¿Quiere eso decir que un discapacitado con una edad mental de 14 años puede otorgar testamento? A mi modo de ver sí, ¿pero el notario puede afirmarlo rotundamente? Ese es uno de los problemas importantes y el segundo, y más fundamental, que hay que poner de relevancia es que se trata del documento que más complicaciones tiene porque se abre cuando ha fallecido el firmante y si hay algún error o defecto ya es imposible de subsanar. Añadimos otro obstáculo más: la complicación aumenta ya que muchos se hacen fuera del despacho, en casa del testador por imposibilidades deambulatorias del cliente o en hospitales debido a intervenciones quirúrgicas o convalecencias de enfermedades.

Dentro de ellos, los de quienes no tienen hijos son los más complejos. Son frecuentes los casos en que una persona perfectamente capaz ve afectada su voluntad por la presencia de algún sobrino que de forma taimada le convence de que es el merecedor de recibir su fortuna. Son los caza-herencias.

La primera medida es recibir a solas al testador, antes veíamos que puede resultarle perturbador, pero en este caso es imprescindible hablar con él. Muchas veces cuando se ve cobijado de la presencia amenazante del sobrino cazador se sincera con el notario, mostrando su verdadera voluntad. Dos precauciones: si no coindice su decisión con la manifestada por el sobrino opresor, no le doy copia e incluso alguna otra vez que no tenía claro el beneficiario, pero lo que sí sabía era que nunca sería el acompañante el heredero, no he autorizado el testamento, pero al sobrino él mismo le ha dicho que sí, pero que no le han dado copia.

Como dice Santos Urbaneja, la mala noticia es que, aun estando la voluntad preservada, el estado emocional de la persona a la hora de tomar la decisión puede tener efectos devastadores sobre la capacidad para decidir. En numerosas ocasiones, hemos sufrido el arrebato desheredador de algún padre enfadado con su hijo, que de forma descontrolada y por motivos nimios pretende dejar sin herencia a algún descendiente. Normalmente se recomienda una fría consulta con la almohada y un “vuelva usted mañana”.

Caso especial es el de testamento del incapacitado en intervalo lúcido, para el cual el Código Civil obliga a que nos auxiliemos de dos facultativos, pero el juicio de capacidad no lo hacen ellos sino el notario. Los médicos solo hacen un dictamen, aunque firmen el testamento.

El anteproyecto de Ley de discapacidad redacta el artículo 665 del Código Civil de otra forma como vimos, esperemos que pronto se promulgue esta modificación.

- Los Poderes.

Hay dos tipos de poderes, los especiales que solo se utilizan para una serie de asuntos muy concretos y los generales, o llamados por los notarios con gráfica expresividad “*de ruina*”.

 © FEPSM

En ese tipo de escrituras hay algunos apoderamientos que no tienen problema como los poderes para pleitos que, en principio, van dirigidos a defender judicialmente una pretensión del poderdante y el derecho de acceso a la justicia nos hace examinar de una forma más relajada la capacidad del poderdante (aunque he visto alguna condena en costas que puede ser ruinosa), pero los generales o los especiales de disposición o gravamen han de ser examinados con lupa, sobre todo cuando se dan a no familiares, a cuidadores, a dirigentes de asilos o residencias. La capacidad ha de ser examinada de forma muy detenida, no solo por ser personas de edad avanzada y con posibilidades de alguna enfermedad degenerativa, sino también cuando no siendo de la tercera edad puedan tener captada su voluntad por quien pueda tener sobre ellos una malintencionada ascendencia.

Un ejemplo: los notarios vemos con temor el llamado poder general, llamado, como he dicho antes, poder de ruina. Cuando un cliente quiere dar ese tipo de poder, hay que tomar todas las precauciones: lo recibimos a solas, nos cercioramos de que su voluntad no está manipulada, de que conozca de modo prolijo su extensión y que lo puede revocar.

Pero y si ese mismo cliente años después y con un principio del alzhéimer viene a la notaria y nos dice que quiere revocar el poder porque su hijo le está arruinando. ¿Le pediríamos el mismo nivel máximo de comprensión del acto? ¡Indudablemente no! ¿Y eso quién nos lo ha enseñado a los notarios? Es el más común de los sentidos el que nos hace obrar así.

Especial importancia tiene el llamado **Poder Preventivo**: la regulación del poder preventivo en nuestro derecho se encuentra en el Art. 1732 del Código Civil: "*El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevenida 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*".

Quiero dejar constancia de los múltiples problemas judiciales que produce este poder que supone algo parecido a una autotutela.

- Las Sociedades

No es un tema muy conflictivo. Sin embargo, a partir de que se transponga en España una directiva europea de junio de este año, puede serlo. Una de las ventajas del notario es la inmediatez y la cercanía al cliente, que permite un contacto directo, capaz de apreciar los más mínimos detalles de nuestros clientes.

Pues bien, esa directiva de obligada trasposición en España permite constituir determinado tipo de sociedades por vía telemática sin la proximidad física requerida por el notariado tradicional. Esta novísima figura, de origen centroeuropeo, va a permitir fundar determinadas sociedades a través de videoconferencia. Está claro que la identificación y el juicio de capacidad van a tener que adaptarse a esta nueva forma documental. ¿Se puede mediante la recepción de imagen y sonido determinar que alguien no está siendo coaccionado? En Estonia y en Austria ya está funcionando: se introduce el cliente en una especie de cabina, exhibe su documento identificativo a la cámara, un programa de reconocimiento facial junto con el tratamiento cruzado del chip del DNI o pasaporte con los datos policiales permiten la identificación.

Pero y ¿la inexistencia de vicios del consentimiento como la violencia o intimidación que pueda estar sufriendo el socio fundador? ¿Cómo se comprueba? Parece que se aconseja que existan varias cámaras de gran angular para certificar que no existen coacciones o vicios intimidatorios del

 © FEPSM

consentimiento. Pensándolo bien, en un otorgamiento con presencia física del cliente nada garantiza que debajo en la notaria, por ejemplo, un hampón no tenga secuestrada a la mujer del interviniente.

En cualquier caso, habrá que esperar y ver cómo se traspone la directiva. Lo que sí parece claro es que ligereza de formas y relajación de los controles acaba atrayendo a gente indeseable al tráfico mercantil. Algo así me dicen que está pasando en Estonia con la masiva presencia de mafias del este en sociedades de aquel país.

- Las Hipotecas

De plena actualidad por la reciente entrada en vigor de la nueva Ley de Crédito Inmobiliario, es un negocio jurídico el préstamo hipotecario de una muy especial relevancia en el tráfico. No puedo extenderme en la problemática que sucedió en España cuando hubo una epidemia amnésica porque nadie se acordaba de lo que firmó y, además, había una generalizada falta de comprensión de la cláusula suelo. Ante las expectativas de recibir algún dinero mucha gente fue aquejada por una súbita ausencia de comprensión transparente de esta y de alguna cláusula más. No quiero insistir porque incluso algún compañero de profesión, que vivía de explicar hipotecas, fue aquejado por esa amnesia clausular y en su debido pleito consiguió que el Banco le devolviera el dinero de la hipoteca de su casa.

Me interesa más adentrarme en las soluciones que ha encontrado el legislador, para evitar la crisis de incomprensión “cuasiuniversal”. El Parlamento ha promulgado una ley por la que antes de otorgar la escritura de hipoteca de un inmueble residencial, el deudor persona física debe acudir al notario para –en una entrevista a solas- solventar todas sus dudas, atender a las explicaciones y realizar un test de comprensión de las cláusulas de la futura hipoteca. De todo ello, se levanta un acta gratuita a efectos de que no pueda alegarse en el futuro que no se enteró.

Ni que decir tiene que ha habido actas negativas por falta de capacidad. No se trata de un examen, sino de una prueba de comprensión del clausulado a solas con el notario.

También, con relación a esta figura, causa perplejidad una cosa: ¿conocen las llamadas hipotecas inversas, que son aquellas en las que el hipotecante (generalmente anciano) recibe una renta en metálico que le permite vivir con dignidad sus últimos días? Pues bien, en esos gravámenes que afectan a la vivienda habitual y en los que interviene una persona de la tercera edad, en un estado mental que puede estar afectado, precisamente en esas hipotecas no se exige el acta previa de información precontractual. Qué extraño ¿verdad?

- Las Donaciones

Escritura de moda ahora mismo en Andalucía, por mor de la modificación muy a la baja del Impuesto de Donaciones; apresurados, a veces por inconscientes hijos que solo ven el ahorro fiscal, no se tienen en cuenta los múltiples aspectos que se derivan de un generoso y gratuito desprenderse de los bienes en vida. Ya nos recuerda el Código Civil que deben los donantes reservarse bienes para una adecuada subsistencia; siempre recomiendo que al menos el usufructo debiera permanecer en manos de los transmitentes.

Pero ese consentimiento informado que damos los notarios ha de pasar también por alguna advertencia expresa de los gastos que suponen para los ascendientes esa generosa actitud; gastos no menores que se generan con esa transmisión gratuita como la plusvalía municipal o la del impuesto de la renta, son ocultados, por ignorancia o malicia a los dadivosos ascendientes.

 © FEPSM

Esto agravado con la senectud de los padres y el agobio a que les someten algunos avariciosos hijos, hace que nuestra intervención proactiva linde con el auxilio al discapacitado que, en este caso, no lo es sino únicamente por su avanzada edad.

- Poderes Electorales. Voto por correo

La reciente reforma de la Ley electoral Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, suprimió la incapacitación para el sufragio activo, incluso las derivadas de sentencias firmes:

La reforma consistió en la supresión de las letras b) y c) del artículo 3.1 de la LOREG, conforme a las cuales carecían del derecho de sufragio los **declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme,** siempre que la misma declarase expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

La Ley Orgánica 2/2018 también modificó el artículo 3.2 de la LOREG, que ahora establece que toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo **consciente, libre y voluntariamente,** cualquiera que sea su forma de comunicarlo y **con los medios de apoyo que requiera,** e introdujo, asimismo, una nueva disposición adicional 8ª en la LOREG que deja sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas en las letras b) y c) del artículo 3.1 de la norma, ahora suprimidas, y proclama que las personas a las que se les hubiere **limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente** en el mismo por ministerio de la ley.

Pero a los notarios se nos produjo un grave problema: El art. 72 c) de la LOREG, que establece el procedimiento del voto por correo de personas que sufran enfermedad o incapacidad que les impida la formulación personal de la solicitud de este voto: cuando el votante está físicamente impedido para acudir a votar o ir a Correos para solicitar el certificado para ejercer el voto por correo, los notarios nos desplazamos a su domicilio para autorizar un poder en favor de una persona de su confianza para solicitar el certificado de la inclusión en el censo y recibir las papeletas para ejercer el derecho al voto por correo. Ese poder que *ab initio* estaba previsto para imposibilidades físicas de desplazamiento se complica porque la Ley y el Reglamento Notarial exigen -como hemos visto- una capacidad distinta de la exigida para votar. Se nos planteó un grave problema. Había personas que podían votar, pero si su capacidad deambulatoria estaba limitada el notario no podía dar fe de su capacidad legal. Téngase en cuenta que el poder no era para votar sino para cosas distintas. Se depositaba la confianza en una persona para solicitar el certificado del censo y para recibir la documentación y, como consecuencia, extraer de la documentación recibida la papeleta del partido que decida el apoderado. Hubo bastantes conflictos y compañeros que se negaron a autorizar esos poderes cuando el poderdante tenía dificultades cognoscitivas, porque el artículo 8 del Anexo IV del Reglamento Notarial señala que la prestación para dar fe de actos u operaciones relacionadas con la materia electoral se regirá por la legislación notarial general. En dicha normativa se establece que el notario, en el ejercicio de su función pública, debe comprobar que el otorgante dispone de capacidad, dando fe de tal extremo en la comparecencia de la escritura pública de poder.

El criterio de la Junta Electoral Central (con un voto en contra) fue que, conforme a una interpretación más favorable al derecho de sufragio, el juicio notarial de capacidad debe orientarse a la constatación del deseo de votar del elector, así como de designar a una persona que le preste su apoyo en la formulación y recepción de la documentación electoral, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho.

 © FEPSM

Mi experiencia en este ámbito se limita a un caso en una residencia, donde tuve que acudir por un ingresado que padecía demencia senil, afortunadamente no muy avanzada, y pude, con paciencia y atención, cerciorarme de que sabía lo que hacía y confiaba plenamente en el apoderado, cuestión esta de vital importancia en los poderes.

A pesar de ser un órgano administrativo, el juicio de capacidad del notario es de comprobación de que la actitud de la persona que comparece es **libre**, **voluntaria** y **consciente**.

EPISODIO PREMIOS GOYA

Los notarios no siempre estamos en el despacho, la figura del notario típico de Mingote: un señor vestido de negro con un bigotito sindical y que leía rápidamente una retahíla de palabras incomprensibles, afortunadamente ya pasó a la historia. El notario del siglo XXI es un notario intervencionista, proactivo, nada de una figura inerte y estática como un Tancredo. El notariado dinámico es el que se lleva.

En una de esas actuaciones tuve que custodiar las votaciones de los premios Goya de cinematografía. Y gracias a eso, pude presenciar una emocionante intervención cuando el actor Jesús Vidal recibió su premio: "*Señores de la Academia, han distinguido a un actor con discapacidad, no saben lo que han hecho. Ahora solo se me ocurren tres palabras: inclusión, diversidad y visibilidad*".

Me di cuenta de una cosa, todas las personas tienen capacidad de obrar: los estándares se han quedado obsoletos, no son sino capacidades diversas. En este siglo lo que necesitan son ayudas, no sustituciones, el representante legal solo es un apoyo, y aun iría más allá: el notario es un apoyo.

Como dice un compañero (Albert Domingo) si decimos que las personas con discapacidad lo son por la falta de facultades, todos tenemos alguna discapacidad. Yo no soy capaz de trepar por una cuerda o de saltar 5 metros en longitud o entender la formula del TAE de los préstamos o el teorema de Pitágoras. Todos somos discapacitados.

Desde el Notariado, no solamente a través de la Fundación Aequitas, sino en el día a día arrimamos el hombro en la ayuda a los discapacitados.

© FEPSM

© FEPSM

3

El consentimiento como presupuesto para la validez de actos y negocios jurídicos en la jurisprudencia

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN

1. "CONSENTIMIENTO" Y "CAPACIDAD"

Desde el punto de vista jurídico, las ideas básicas de las que se suele partir son las siguientes:

A. El consentimiento aparece en los textos legales como presupuesto para la validez de los "negocios jurídicos" (un contrato, el testamento, el matrimonio, etc.).

B. La capacidad es la aptitud natural de una persona para emitir ese consentimiento que permite celebrar voluntariamente un negocio jurídico.

   Ante la imposibilidad de analizar caso por caso la capacidad de cada persona, pues se paralizaría el tráfico jurídico, el Derecho atiende a datos objetivos y fácilmente constatables a partir de los cuales considera que la persona tiene capacidad para otorgar el acto de que se trate. Esos datos son la edad (el legislador presume que a partir de cierta edad el desarrollo de la personalidad, la madurez, la experiencia, permiten a la persona desenvolverse por sí sola) y la existencia o no de una limitación de la capacidad por sentencia judicial.

C. Puede haber personas cuya capacidad no haya sido limitada por una sentencia pero que, de hecho, no tengan aptitud para prestar consentimiento. Habrá que probar caso por caso esa falta de aptitud.

   Esto puede suceder porque la persona carece de capacidad como consecuencia de una enfermedad o una discapacidad (tiene Alzheimer, o demencia senil) pero su capacidad no ha sido modificada judicialmente o porque, circunstancialmente, no se encontraba en condiciones de prestar consentimiento (por efecto momentáneo de una droga, por ejemplo).

   Puede suceder también que su voluntad estuviera viciada (por un error, por un engaño de la otra parte o de un tercero). Si se demuestra que es así, el consentimiento tampoco será válido y se podrá impugnar judicialmente el acto o el negocio otorgado.

Veamos con más detalle todo esto.

A) El consentimiento aparece en los textos legales como presupuesto para la validez de los "negocios jurídicos".

El "negocio jurídico" es una categoría que engloba expresiones de la voluntad personal que producen los efectos previstos en el ordenamiento. Son negocios jurídicos, fundamentalmente, el **contrato** (que crea obligaciones para las partes), el **testamento** (que ordena la sucesión de los bienes para después de la muerte), el **matrimonio** (que crea un vínculo jurídico entre los esposos y un "status" familiar y social). En el anexo final se recoge la regulación del Código Civil sobre el consentimiento en cada uno de estos ámbitos.

 © FEPSM

Pero también hay **otros actos y negocios jurídicos** para los que se requiere una expresión de voluntad: otorgar capitulaciones, optar por una nacionalidad, el reconocimiento de deuda, el reconocimiento de una filiación extramatrimonial, la novación, la transacción, etc.

Además, a lo largo del Código Civil y en otros textos legales, se menciona el consentimiento del titular de un derecho para legitimar otros actos de intromisión en la esfera ajena:

- "se necesita", "se requiere" el consentimiento; por ejemplo, atravesar una finca de propiedad ajena: puede oponerse si otro va a pasar;

- "no puede hacerse" sin el consentimiento de una persona; por ejemplo, para sustituir al deudor de una obligación por otra persona es necesario el consentimiento del acreedor: lo que quiere decir es que sin su consentimiento no se le puede oponer, no le afecta ese cambio, es como si no se hubiese hecho y para él no ha habido cambio de deudor.

En otros textos legales especializados por la materia, **fuera del Código Civil, se exige el consentimiento para legitimar intervenciones de terceros**: en la intromisión de derechos al honor, intimidad o imagen (publicar noticias de nuestra vida privada, comercializar nuestra imagen), para prestar asistencia sanitaria, para la donación de órganos, etc.

Es importante advertir que **el "consentimiento" requerido debe ir referido siempre al acto de que se trate**: por ejemplo, se habla de "consentimiento matrimonial" en el sentido de que se asume el contenido de lo que es el matrimonio; o se habla de la "intención de obligarse" para prestar el consentimiento contractual.

B) La capacidad es la aptitud de una persona para emitir ese consentimiento que permite suscribir voluntariamente un negocio jurídico.

Para ser titular de derechos y obligaciones basta con ser persona. En abstracto, todas las personas tienen reconocida por el ordenamiento la aptitud, como mera posibilidad, de ser centro de imputación de derechos u obligaciones. Por eso, un recién nacido, una persona en coma, un anciano con Alzheimer, pueden ser dueños de cuantiosos bienes, acreedores o deudores de cientos de millones, herederos, o accionistas de una sociedad anónima.

Pero para ejercer válidamente los derechos de lo que se es titular (con eficacia, de modo que el ordenamiento jurídico reconozca efectos), mediante el correspondiente consentimiento, es precisa la "capacidad de obrar", que presupone un reconocimiento a la persona de la aptitud natural de atender por sí misma al cuidado de su persona y de sus bienes.

El reconocimiento legal de que quien es naturalmente capaz de gobernar sus asuntos lo haga con plena eficacia jurídica es un reflejo del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y del reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución).

Sin embargo, ante la evidente imposibilidad práctica de comprobar caso por caso y para cada acto esa capacidad natural de las personas, **el Derecho tiene en cuenta unas circunstancias objetivas**, unos datos externos fácilmente comprobables. Esos datos son la **edad** y la **(in)existencia de una decisión judicial que constate la falta total o parcial de capacidad natural**.

De esta forma, para la validez de un acto se requiere, en primer lugar, **"capacidad de obrar abstracta" (o "legal"),** entendida como aptitud abstracta reconocida por el Derecho para otorgar ese acto. Esa

 © FEPSM

"capacidad legal" depende de la aptitud de entender y querer de forma mediata, pues se atribuye a quien, teniendo la edad requerida para el acto de que se trate, además, no ha sido sometido a un procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

Pero esa **"capacidad legal" puede ser insuficiente**. Una persona mayor de edad y cuya capacidad no ha sido modificada judicialmente puede no estar en condiciones, en el momento de otorgar un acto, de poder llevarlo a cabo. Por eso es necesario atender a la disposición psíquica concreta, a que el sujeto esté en condiciones de poder llevar a cabo el acto en cuestión, a su aptitud mental, a su entendimiento y voluntad (a la "capacidad natural"), que puede concurrir o no en el momento de otorgamiento de un acto con independencia de que exista una sentencia de modificación de su capacidad o incluso de que pueda haberla.

Así, por ejemplo, si un sujeto mayor de edad se encuentra, en un momento determinado, sin uso de razón, o en situación de embriaguez total o sonambulismo, pero no existe una sentencia judicial que haya limitado su capacidad, los actos que otorgue en tal estado podrán impugnarse, porque falta entendimiento y voluntad a su autor. La diferencia se encuentra en que, si se ha dictado una sentencia sobre su capacidad, los actos realizados contra lo prevenido en la sentencia podrán impugnarse sin necesidad de probar su falta de aptitud mental en el momento del otorgamiento.

2. LA "CAPACIDAD DE OBRAR" COMO "CAPACIDAD LEGAL"

El punto de vista originario del Código civil, y que se ha mantenido hasta épocas recientes, es el de que se presume la capacidad general de los mayores de edad no incapacitados, y por eso pueden prestar su consentimiento para contratar.

2.1. La determinación de la capacidad de obrar a través de la edad

La capacidad de obrar se atribuye en consideración a la edad y, aunque la **mayoría de edad** determina la plena capacidad de obrar, se fijan edades **concretas inferiores para la validez de algunos actos**. Junto a ello, en algunas normas, con un criterio que pretende ser más realista, pero que es también más incierto, se tiene en cuenta no una edad fija, sino la **"madurez" o el "juicio suficiente"** de cada persona concreta.

Por lo que se refiere a las fuentes del Derecho de la menor edad nos encontramos, junto al **Derecho estatal,** con normas autonómicas que contienen una regulación de la edad. En la actualidad la regulación de la situación del menor de edad es más detallada en algunos **Derechos autonómicos** que en el estatal (así, en los derechos aragonés y catalán).

En realidad, **en el ámbito del Código Civil no hay una regulación del *status* del menor de edad** y es preciso coordinar las reglas que aparecen dentro de la regulación del contenido de la patria potestad y de la representación legal que incumbe a los padres con las que en otras sedes del propio Código o en leyes especiales permiten que algunos actos los haga el menor a partir de cierta edad.

La minoría de edad presupone una capacidad natural limitada. Pero eso **no implica que la ley considere a los menores como incapaces**. El art. 2 LOPM, inspirado en la Convención de los Derechos del Niño, establece que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

 © FEPSM

Esto significa que la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción. En función de su aptitud psíquica, y atendiendo al criterio de su interés, al menor se le debe tener por capaz siempre que una norma no establezca lo contrario.

No hay una única situación de "menor de edad" sino varias "minorías". De manera dispersa se fijan edades en diferentes ámbitos a partir de las cuales se permite actuar al menor: hacer testamento, prestar consentimiento para la intervención médica, para la práctica de un aborto, para asumir obligaciones personales, etc.

Como **esquema general** en el que encajar los heterogéneos supuestos dispersos en las leyes, puede proponerse el siguiente:

A) Actos que corresponden al menor.

a. **Por sí solo.** Algunas cosas las puede hacer el menor por sí solo, sin necesidad de autorización ni complemento de capacidad o asentimiento de sus padres o tutor. Si tiene suficiente capacidad natural ("madurez") para el acto, con independencia de su edad: actos corrientes de la vida ordinaria, ejercicio de derechos de la personalidad; a partir de determinada edad fijada legalmente (y si cuenta además con la necesaria capacidad natural) puede hacer ciertos actos: **a partir de los catorce, hacer testamento, por ejemplo**.
b. **Con intervención judicial**. Así, el menor, con aprobación del juez, puede **reconocer hijos**.
c. **Con asistencia de los padres o el tutor.** Consiente el menor, pero necesita un "complemento" de capacidad, una conformidad o visto bueno de los padres o tutor al acto, los menores, a partir de cierta edad, tienen reconocida la posibilidad de realizar ciertos actos. Por ejemplo, **optar por la nacionalidad española** en los supuestos legalmente previstos.

B) Actos que corresponden a los representantes legales de los menores.

a. **La regla general es la sustitución del menor**. La regla general es la de que, en cumplimiento de las funciones-deberes de asistencia que les corresponden, los representantes legales del menor están legitimados para la toma de decisiones y la emisión de los consentimientos precisos para los actos y contratos que incumben a la esfera personal y patrimonial de los menores.
b. Sin embargo, hay **actos excluidos de la representación**. Algunos actos, por su **carácter personalísimo**, no los puede hacer el representante legal del menor (casarle, atribuirle un hijo, con independencia de su edad): solo los puede hacer la persona interesada a partir de la edad fijada en la ley y hasta entonces ni ella ni nadie en su lugar los puede llevar a cabo. El Código penal expresamente descarta que para la **esterilización o la cirugía transexual** sea válido el consentimiento prestado por los menores, ni tampoco por sus representantes legales (art. 156). Las leyes, además, excluyen de la representación legal de los padres los actos en que exista **conflicto de intereses** con el hijo, y los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.
c. **Algunos actos pueden ser realizados por el representante, pero se prevé un control externo.** En particular, se exige **autorización judicial** para los actos de mayor trascendencia patrimonial para el menor (enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles, etc.) y también para internarlo por razón de trastorno mental.
d. Para algunos casos concretos existen **reglas especiales**. Fuera del ámbito estrictamente privado existen reglas específicas sobre la capacidad que tienen en cuenta la situación de

 © FEPSM

minoría de edad, tanto para las relaciones con las Administraciones Públicas como en el ámbito procesal.

2.2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su incidencia en el Derecho español

El sistema vigente en este ámbito continúa siendo en la actualidad el que introdujo la reforma del sistema de tutela por Ley 13/1983, de 24 de octubre. En este sistema se han ido introduciendo modificaciones parciales, pero no se ha cambiado la estructura esencial, por mucho que la doctrina y los agentes implicados vengan denunciando la necesidad de adaptar la regulación a los principios que derivan 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 desde el 3 de mayo de 2008.

La incapacitación ha venido siendo, y sigue siendo en la actualidad, la limitación de la capacidad de obrar establecida por sentencia judicial cuando en la persona concurre alguna de las causas previstas en la ley. Estas causas de incapacitación, reguladas en el art. 200 CC., obedecen a la imposibilidad de autogobierno; es decir, a la imposibilidad natural de una persona para actuar y decidir libre y responsablemente en el ámbito personal y patrimonial. Por ello, se puede calificar a la incapacitación como institución que se dirige a la protección del propio incapacitado, de su persona y de su patrimonio.

En la actualidad, sin embargo, **los términos de "incapacitación" y de "incapacitado" generan rechazo y se consideran peyorativos** de modo que, como explica la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (último párrafo de su apartado III), se busca la adaptación a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente. Con todo, por el momento, no se ha realizado una reforma profunda de esta materia, y las principales normas continúan refiriéndose a la incapacitación.

Más allá de la connotación negativa que se advierte en los términos "incapacitación" e "incapacitado", **lo relevante es que corresponde al juez si procede limitar o no la capacidad de obrar de una persona, pues tal decisión afecta directamente a sus derechos y libertades fundamentales**.

Sin embargo, para muchos sectores de opinión, es rechazable el modelo judicial, porque se considera que etiqueta a las personas con discapacidad y les niega sus derechos. Esta crítica no se comparte aquí, ya que pensamos que el modelo actual debe ser interpretado conforme a la Convención, pero no debe negarse la importancia de un control judicial como garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

La **Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, **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

 © FEPSM

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, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar.** En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 Lec.) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias (entre otras, SSTS. de 16 de mayo de 2017, 27 de septiembre de 2017, 8 de noviembre de 2017, 7 de febrero de 2018, 6 y 7 de marzo de 2018).

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. **Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención**. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el "procedimiento de modificación de la capacidad" y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, STS. de 15 de julio de 2015).

2.3. El sistema vigente de modificación judicial de la capacidad

A) Efectos

Si se constata la existencia de las causas a que se refiere el art. 200 CC. la sentencia incapacita a la persona, dando lugar al **estado civil de incapacitado, cuya capacidad de obrar queda limitada con la extensión y en los términos que se fijen en la propia sentencia**. Como complemento necesario de esa limitación, la sentencia determina el sistema de guarda a que debe quedar sometido el incapacitado (art. 760 Lec.). Además de estos efectos generales, el ordenamiento atribuye en distintos lugares otras consecuencias a la incapacitación (así, por ejemplo, la extinción "ope legis" de la sociedad o del mandato, arts. 1.700.I.3º y 1.732. I. 2º y II CC., salvo que sea un mandato preventivo).

La sentencia de modificación judicial de la capacidad **es constitutiva de la situación jurídica de incapacitado**. Esto significa que:

1º) La sentencia **priva de la capacidad de obrar** necesaria para la celebración de los actos a que se refiera la misma sentencia.

2º) En consecuencia, **el representante legal de la persona a que se incapacita o su curador** –o él mismo en el caso de que otra sentencia posterior deje sin efecto la incapacitación, arts. 1.301.V y 1.302 CC.– **podrán impugnar el acto celebrado contra lo establecido en la sentencia,** sin que la otra parte pueda probar, para mantener su validez, que en el momento de su celebración el incapacitado tenía plena lucidez mental (la eficacia de la cosa juzgada proclamada por el art. 222.3.II Lec. –y antes por el art. 1.252. II CC.– vincula al juez, sin poder entrar a analizar la capacidad natural del incapacitado en el momento de la celebración del acto).

 © FEPSM

De esta forma se establece un sistema que favorece la defensa de la persona, puesto que basta alegar la modificación judicial de la capacidad para impugnar los contratos que haya celebrado. Esta solución se había venido considerando preferible además por razones prácticas, puesto que de lo contrario la capacidad del sujeto no quedaría determinada con claridad y seguridad.

Los contratos de la persona con la capacidad judicialmente modificada no son nulos de pleno derecho, sino **anulables**, lo que supone la aplicación del régimen de ineficacia de los arts. 1.301 y ss. CC., que es ventajoso para la persona protegida. La doctrina mayoritaria defiende que no se excluye, sin embargo, la posibilidad de pedir la declaración de nulidad absoluta por falta de consentimiento (art. 1.261 CC.), cuando se pruebe que en el momento de celebrarlo carecía de la razón necesaria, de toda falta de voluntad. La acción, entonces, también la pueden ejercitar quienes contrataron con la persona con discapacidad y no hay un plazo para su ejercicio.

3º) **Quedan al margen de la sentencia de incapacitación determinados actos que no afectan al ámbito contractual, y que, por su relevancia y carácter personalísimo, la ley permite realizar a la persona, aunque esté incapacitada, si tiene capacidad para ello**. Así, la ley permite, por ejemplo, que un incapacitado celebre matrimonio válida y eficazmente (art. 56. II CC.), o que reconozca un hijo extramatrimonial (art. 121 CC.), o que haga testamento (arts. 663.2º y 665 CC.). La validez de esos actos dependerá, con independencia de la incapacitación, de la aptitud del sujeto para prestar consentimiento matrimonial, de su grado de discernimiento en el momento del reconocimiento, y de su estado mental en el momento del otorgamiento del testamento.

4º) **La sentencia es constitutiva y carece de eficacia retroactiva, es para el futuro.** No se opone a ello la posibilidad de impugnar con éxito actos realizados con anterioridad por el incapacitado. El fundamento, entonces, no será la sentencia de incapacitación, sino la prueba de que en el momento de su celebración la persona no tenía la lucidez mental requerida para emitir un consentimiento válido. Así lo ha entendido la jurisprudencia: "es conocida por lo reiterada, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que responde a un incuestionable presupuesto jurídico, la **validez de los actos efectuados por el incapaz antes de que la incapacidad sea judicialmente declarada, a menos que concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate"** (STS. 23 noviembre 1981).

En sentencia de 19 febrero 1996, el TS. desestima el recurso de casación interpuesto por quienes a la demanda de incapacitación acumularon otras, de nulidad de contratos de compraventa celebrados por el ahora incapacitado. Se acuerda la incapacitación, pero se desestiman las demás pretensiones. Se pretende extender al momento de celebración de los contratos la eficacia de la incapacitación, pero el TS. entiende que produce efectos desde la fecha de la firmeza de la sentencia: los supuestos de incapacitación del art. 200 CC. deben ser constantes, "lo que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado" y "lo que debe tenerse en cuenta es el estado de la enferma en el momento de su reconocimiento judicial y pruebas periciales practicadas en el pleito".

B) La gradación de la incapacitación

Establece el art. 760.1 Lec. (con anterioridad, el art. 210 CC.) que la **sentencia de incapacitación "determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado".** La "extensión y límites" de la incapacitación y, consecuentemente, el régimen de "tutela o guarda al que haya de quedar sometido el incapacitado", depende del "grado de discernimiento" del mismo (cfr. art. 287 CC.).

 © FEPSM

En la práctica, sin embargo, las incapacitaciones no siempre atienden adecuadamente a la situación real del incapacitado, y ya la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, pone de relieve la necesidad de que los informes médico forenses y de los servicios sociales hagan referencia a las habilidades de la persona en diferentes ámbitos de su vida con el fin de poder determinar el alcance y extensión de su capacidad. Ello comporta que el informe pericial deba referirse, al menos, a los siguientes extremos: enfermedad o deficiencia psíquica de la persona a la que se refiere el procedimiento, con indicación de su pronóstico; afectación de dicha enfermedad a las capacidades intelectivas y/o volitivas para gobernar la esfera personal y patrimonial; efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad del afectado para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta.

La sentencia, además, determina las instituciones de tutela o de guarda a que debe quedar sometido el incapacitado. En general, se señala que, si el grado de discernimiento es mínimo, procede someter al incapacitado a tutela. El tutor, dice el art. 267 CC., es el representante del incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación. La sentencia puede, pues, señalar qué actos puede realizar por sí solo el incapacitado, y quedan por tanto excluidos de la representación del tutor. Si el grado de discernimiento es mayor procede la curatela, que tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que determine la sentencia (arts. 288 y 289 CC.) o, no habiéndolos especificado, aquellos enumerados en los arts. 271 y 272 (art. 290 CC.).

C) Problemas jurídicos que plantea la capacidad de obrar del incapacitado.

a) En cada caso, **para conocer si el incapacitado posee la capacidad necesaria para realizar de manera válida y eficaz determinado acto habrá que atender a lo que establezca la sentencia**. Lo dispuesto en la sentencia de incapacitación prevalece sobre aquellas reglas contenidas en la ley y que para determinado acto exigen “plena capacidad”, o “capacidad para administrar”, o estar en el “pleno ejercicio de los derechos civiles”, o “no estar incapacitado”.

b) Con carácter general, **es discutible el criterio que debe mantenerse cuando la sentencia guarda silencio acerca de la capacidad del incapacitado para realizar determinado acto y la ley no prevé la consecuencia.** En algunos ámbitos existen disposiciones aisladas, pero, al no establecer todas ellas el mismo régimen, resulta difícil inducir una regla general. En cada caso debe analizarse la norma y la naturaleza del acto para precisar si, en función de lo dispuesto en la sentencia, puede actuar el incapacitado o su representante o ninguno de los dos.

i. Para la celebración del **contrato de trabajo** el art. 7 ET (RDleg 2/2015, de 23 de octubre) exige “plena capacidad de obrar”, pero inmediatamente, y con una redacción bastante deficiente, se contempla el caso de “si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo”. Cabe entender que también pueden celebrar contratos de trabajo personas incapacitadas en los términos que disponga la sentencia. Lo que sí es seguro es que se excluye la representación, y que la intervención del representante se limita a “autorizar”.
ii. Fuera del ámbito laboral, la regla es la recogida en el art. 1263 CC. (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio), que **niega la capacidad para contratar a “los que tienen su**

 © FEPSM

capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial". En el caso de que la sentencia no diga nada parece necesaria una aplicación analógica de lo previsto en el art. 162.III CC. para los menores, y exigible el previo consentimiento de la persona que tenga la capacidad limitada judicialmente si tuviere suficiente juicio.

iii. El art. 3.1 LOPDH. **excluye la representación para consentir la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, cuando las "condiciones de madurez" del incapaz "de acuerdo con la legislación civil" lo permitan.** Si no tiene madurez suficiente, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal. **Se introduce, sin embargo, un control ajeno al representante, a través de la intervención del Ministerio Fiscal y, en su caso del juez.** Puesto que solo se menciona al representante legal, cabe la duda de si se excluye de este régimen al sometido a curatela. Parece preferible interpretar, dado que la LOPDH. es anterior a la reforma de la tutela, en la que se introdujo la gradación de la capacidad y la curatela, que deberá entenderse adaptada al nuevo régimen legal y, en particular, si la sentencia de incapacitación atribuye al curador facultades de asistencia en el ámbito personal, quizás se requerirá su asistencia. Por otra parte, y aunque el art. 4 de la LOPJM se refiere solo a los menores, quizá se podría mantener su aplicación analógica a los incapacitados cuando ello fuera preciso, y permitir que el límite a su honra o reputación, o a sus intereses, excluya la legitimidad de las intromisiones consentidas por ellos y sus representantes. La aplicación de esta regla a los incapacitados resulta posible, a la vista del contenido del párrafo que la misma Ley añadió al art. 216 CC.

La LJV se ocupa del procedimiento para esta intervención del Juez que procede entonces, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 LOPDH., cuando el fiscal se opone a la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen para la que el representante ha dado su consentimiento. La existencia de representante, de manera coherente con el título de este Capítulo VII del Título II de la LJV, presupone que la capacidad ha sido modificada judicialmente y se ha nombrado un representante legal.

No se hace ninguna mención, sin embargo, a las personas con discapacidad cuya capacidad no esté modificada judicialmente. Pero **la protección de las personas con discapacidad intelectual no debe limitarse a las personas que tengan su capacidad modificada judicialmente. Así lo pone de relieve la STC 208/2013, de 16 de diciembre de 2013,** que entiende que ha habido vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen en la entrevista emitida en el programa televisivo "Crónicas marcianas", carente de interés informativo, y realizada con el propósito de ridiculizar al entrevistado, no incapacitado, pero que padecía una discapacidad intelectual del 66%, apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia.

c) Especialmente delicados son los supuestos relacionados con la integridad física: esterilizaciones, extracciones de órganos, transfusiones, etc. El problema, sin embargo, no se plantea en todos los casos en los mismos términos y las previsiones legales al respecto son confusas.

i. El art. 9.3 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**, establece que se otorgará el consentimiento por representación en el ámbito sanitario cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia (redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Pero debe tenerse en cuenta que, con independencia de que

 © FEPSM

tenga modificada judicialmente su capacidad, si tiene suficiente juicio para comprender la naturaleza del acto y la trascendencia para su vida, no debiera prescindirse de su consentimiento, como exigencia del respeto a su dignidad personal. En este sentido, el art. 9.7 de la misma Ley 41/2002, redactado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, **exige la participación del paciente en la medida de lo posible en la toma de decisiones, en su caso con los apoyos necesarios.**

De cualquier forma, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.6 de la Ley 41/2002, cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o, de hecho, **"la decisión deberá 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".

Hay que advertir que la posibilidad de requerir la intervención del juez no está prevista solo cuando la persona tiene modificada judicialmente su capacidad, y la ley permite que el consentimiento lo presten personas vinculadas por razones familiares o de hecho con el paciente que no es capaz de tomar decisiones. Pero la regulación de los expedientes contenidos en los arts. 87 y ss. LJV se refiere literalmente solo a las personas con la capacidad modificada judicialmente, de modo que **habrá que recurrir a su aplicación analógica cuando no haya habido modificación judicial de la capacidad.**

De manera particular hay que hacer una mención al caso del consentimiento para la **interrupción del embarazo**. El apartado 5 del art. 9 de la Ley 41/2002 (redactado por el art. 2 de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre) **establece que para la interrupción voluntaria del embarazo de personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.** En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. La misma Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, a través de su art. 1, da nueva redacción al art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que establece como **requisito necesario que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002.** Añade que **podrá prescindirse del consentimiento expreso** en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley (es decir, **"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").

<u>No hay coincidencia total entre ambos preceptos</u>. El punto de partida en esta sede es lo dispuesto en el art. 23.1.b) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las

 © FEPSM

Personas con Discapacidad, que exige que "*se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos*". En consecuencia, si la mujer está en condiciones de decidir, tenga o no su capacidad modificada judicialmente, decide ella, de modo que contra su voluntad no podrá practicarse el aborto. Si no está en condiciones de decidir, si el consentimiento del representante, en el sentido que sea, es contrario a los intereses de la mujer, debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, que deberá decidir conforme a los intereses de la mujer.

A diferencia de lo que sucede con otras decisiones en el ámbito sanitario a lo largo del art. 9 de la Ley 41/2002, para el aborto no está prevista la decisión por personas vinculadas por razones familiares o de hecho (cfr. art. 9.3 con el art. 9.5 modificado por la LO 11/2015). El problema se plantea si la mujer no está en condiciones de decidir, y resulta difícil de admitir que quien tenga una relación familiar o de hecho pueda decidir por ella, cuando la ley no lo contempla expresamente, y salvo en los casos de riesgo inmediato grave (en los términos previstos en el art. 13 de la LO 2/2010, redactado por la LO 11/2015, y art. 9.2 de la Ley 41/2002 a que se remite).

ii. **El Juez puede autorizar una esterilización solo en los casos de modificación judicial de la capacidad** (art. 156 CP, redactado por la LO 1/2015). La esterilización puede ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, pero no en un expediente –ni siquiera judicial– de jurisdicción voluntaria.

iii. Para ser **donante de órganos es preciso ser mayor de edad, "gozar de plenas facultades mentales"** y prestar el consentimiento de forma desinteresada (sin ningún tipo de contraprestación). En realidad, es irrelevante si la persona tiene modificada su capacidad judicialmente, porque lo que importa es la situación mental para el acto concreto de la extracción: queda excluida toda posibilidad de representación y, parece lógico, porque de esa actuación no se deriva ningún beneficio para la persona con discapacidad. Con la finalidad de garantizar la validez del consentimiento del donante **se exige que sea prestado de manera expresa ante el juez durante una comparecencia y el juez extiende el documento de cesión.** Es una forma de documentación del consentimiento que solo se otorga si el juez considera que el consentimiento se presta de manera libre, consciente y desinteresada (art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, art. 78.1 LJV.

2.4. Situación jurídica del "incapaz natural" o "incapaz de hecho"

A) La "incapacidad natural". Se habla de "incapaz natural" para hacer referencia a **quien debiendo estar incapacitado, no lo está. Oficialmente, se trata de una persona capaz.** Pero la validez de los actos requiere, sin embargo, según he dicho antes, que el sujeto goce de la aptitud mental suficiente para formar y exteriorizar su voluntad ("capacidad natural"). En consecuencia, **es posible la impugnación con éxito de los actos realizados por personas no incapacitadas mediante la prueba de la ausencia de entendimiento y voluntad en el momento de su otorgamiento**.

 © FEPSM

En particular, esa **prueba** viene facilitada cuando el sujeto, no incapacitado, padece habitualmente un trastorno psíquico que debiera dar lugar a su incapacitación.

Incapacitado el sujeto, y limitada su capacidad de obrar en atención a su grado de discernimiento, la impugnación de sus actos podrá realizarse en función de lo dispuesto en la propia sentencia, y mientras ésta no se modifique por sentencia obtenida en el mismo procedimiento (art. 212 CC.) queda excluida la posibilidad de demostrar el estado mental del sujeto, es decir, su lucidez en el momento del otorgamiento para oponerse con eficacia a la impugnación del acto. **No habiendo incapacitación, necesariamente ha de valorarse la aptitud en el momento de otorgamiento del acto,** sin que la nulidad de una donación declarada por sentencia firme sirva de argumento para anular otra donación realizada por la misma persona (STS. 21 diciembre 1982). **Mientras no se haya producido la incapacitación hay una presunción general de capacidad**, consagrada jurisprudencialmente y exigida desde 1978 por los principios constitucionales (Ss. TS. 21 enero 1972, 23 noviembre 1981, 6 julio 1987, 19 abril 1990, 28 junio 1990, 20 marzo 1991 y 31 diciembre 1991). Pero la prueba del hecho de que la persona habitualmente no está en su cabal juicio, o está trastornada, o enajenada, aunque no se haya promovido un proceso de incapacitación, según el tipo de enfermedad o deficiencia de que se trate, puede facilitar la de que en el momento de celebrar el acto concreto no estaba en condiciones de otorgarlo.

B) Los actos del "incapaz natural". En el ámbito de los actos patrimoniales inter vivos el art. 1.263.2º CC. (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) establece que no pueden prestar consentimiento "los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial". No obstante, **puede atacarse con éxito los actos celebrados por quien, sin estar incapacitado, adolece de la falta de discernimiento y voluntad requeridos en cada caso** (cfr. art. 1.261.1º CC.). Si no hay incapacitación, aunque la persona padezca una enfermedad persistente que le impida gobernarse por sí misma **la impugnación debe realizarse, además, acto por acto, probando la ausencia del entendimiento preciso para cada caso,** porque es posible que el acto concreto que se impugna se haya celebrado en un "intervalo lúcido" o que, dada la naturaleza del acto, la persona tenga capacidad natural para comprenderlo y quererlo.

En el ámbito de los negocios jurídicos "mortis causa", es el testamento el negocio que con más frecuencia se impugna por quienes han sido menos favorecidos (alegando, por ejemplo, "demencia senil" en el padre o madre de edad avanzada que lo ha otorgado). El art. 666 CC. establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Es abundante la jurisprudencia que, para declarar la nulidad de testamento, exige prueba cumplida que desvirtúe la presunción de capacidad, otorgándose presunción iuris tantum de aptitud a la afirmación notarial de la capacidad de testamentifacción del otorgante (art. 685: "deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar"). **La aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes** (entre otras, sentencias TS. de 29 de marzo de 2004, de 26 de abril de 2008, de 5 de noviembre de 2009, de 22 de enero de 2015, de 10 de septiembre de 2015, de 7 de julio de 2016).

C) **Régimen de los actos realizados por el "incapaz natural".** Nuestro ordenamiento tampoco establece de manera específica si los actos realizados por el "incapaz natural" son nulos de pleno derecho o anulables. Durante tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han venido considerando nulos,

 © FEPSM

con nulidad absoluta, los actos del incapaz no incapacitado, por entender que "no hay contrato" porque "no hay consentimiento" (art. 1.261 CC.). Eso significaba, en particular, que la acción puede ejercitarla cualquier interesado (también el que contrató con el incapaz) y que no cabe confirmación del contrato. En la actualidad, sin embargo, es mayoritaria la opinión que considera preferible para los actos celebrados por quien, sin estar incapacitado, se encuentra en situación de serlo, **el régimen de la anulabilidad, que es la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una de las partes del contrato.** De tal manera, que las personas capaces no pueden alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron (art. 1.302 CC.) y el incapaz no restituye sino en cuanto se enriqueció (art. 1.304 CC.). Están legitimados el representante del incapaz si después es incapacitado, él mismo si se encuentra en condiciones de hacerlo (o en última instancia, el Ministerio Fiscal, conforme al art. 299 bis CC.) o sus herederos si fallece sin que se hayan dado las circunstancias anteriores. Pero, al igual que sucede con los menores o con los incapacitados, también aquí debe admitirse que el régimen aplicable es el de la nulidad absoluta cuando se acredite la falta total de consentimiento.

3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. La modificación judicial de la capacidad y la Convención

En los últimos años, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido interpretando y aplicando el Derecho interno de manera coherente con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

La Convención de Nueva York opta por un modelo de "apoyos" para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). La Sala Primera ha reiterado que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

La sentencia 298/2017, de 16 de mayo, realiza una síntesis de esta jurisprudencia:

"1.- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, 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

 © FEPSM

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, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el "procedimiento de modificación de la capacidad" y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)".

El análisis de la jurisprudencia muestra un rechazo a la modificación total de la capacidad cuando, a la vista de la prueba practicada, la persona goza de espacios de autonomía personal que deben ser preservados. El juicio de capacidad que prevé la ley es concebido por el Tribunal Supremo como una **valoración concreta y particularizada de cada persona**, lo que está dando lugar a la configuración de un sistema flexible que se refleja en los fallos de las sentencias.

Como dice la sentencia 552/2017, de 11 de octubre:

"el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como lo son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas".

Así, según los casos, sin anular la autonomía personal, se establece una supervisión que se limita a las revisiones médicas cuando la persona no es consciente de su enfermedad, una supervisión para la adecuación de las decisiones patrimoniales de especial trascendencia cuando la persona es vulnerable a la manipulación de terceros o una asistencia para los actos que se enumeran (sentencias 298/2017, de 16 de mayo, 597/2017, de 8 de noviembre, entre otras). Por ejemplo, el fallo de la sentencia 552/2017, de 11 de octubre, contiene el siguiente pronunciamiento:

 © FEPSM

*"**Se declara la falta de capacidad de Frida para todo lo que se refiere a su cuidado y asistencia médica, en relación con el trastorno psiquiátrico que padece.** Se atribuye al curador la facultad de: conocer el estado de la atención médica de Frida, hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico; interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente; y en general el ejercicio del derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. - Se mantiene la limitación de las facultades de disposición patrimonial, en cuanto que necesitará de la autorización del curador **para apoderar y contratar, y para realizar actos de disposición que excedan de 1.800 euros.** - Se mantiene el régimen de curatela, con la ampliación de las funciones de cuidado y asistencia médica reseñados y la actualización del alcance de la limitación de facultades patrimoniales. - Se confirma en el cargo de curador a Ruperto".*

Este fallo se apoya en el siguiente razonamiento:

"Aunque el trastorno psíquico que padece Frida distorsiona su percepción de la realidad, expresamente se admite que en su vida diaria goza de autonomía para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir... De tal forma que la necesidad de apoyos a los que se refiere el art. 12 de la Convención de Nueva York, guarda relación con la necesidad de garantizar su correcta atención médica, que pasa por su sujeción al tratamiento psiquiátrico.

La falta de conciencia de enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento, lo que agrava su situación. El principal apoyo del que precisa Frida y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende. Estas facultades relacionadas con la salud de Frida presuponen la interlocución con los facultativos que atiendan a la paciente, con el consiguiente derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 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. Esto es: el guardador legal puede y debe conocer el estado de la atención médica de Frida, hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico, está legitimado para interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente.

Es lógico que el trastorno afecte a las facultades patrimoniales, pero sin que se justifique su completa privación. De hecho, la propia sentencia recurrida admite que Frida siga disponiendo de unas sumas mensuales sin necesidad de autorización, y confirma la actualización realizada por el juzgado, que la cifra en 1.800 euros. En cuanto a su capacidad de contratación, no tiene tanto sentido privarle totalmente de esta facultad, como someterla al complemento de capacidad del guardador legal. Con ello no solo se asegura contar con la persona afectada por la discapacidad para cualquier acto de disposición patrimonial, sino que se le mantiene la iniciativa en el ámbito patrimonial con la garantía que otorga la necesidad de autorización o confirmación del guardador legal.

La Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos, que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. El juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y

 © FEPSM

constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos".

Pero no se excluye que pueda ser precisa una **representación para los actos** que se determinen en la sentencia cuando sea necesario para la protección de la persona que no puede tomar algunas decisiones, ni por sí ni con asistencia en atención a que se le **diagnostica una dependencia funcional severa de carácter permanente e irreversible** (sentencia 458/2018, de 18 de julio, que confirma el nombramiento de tutor).

De ahí la **importancia de que se practiquen todas las pruebas previstas legalmente** (la exploración de la persona, oír a los parientes próximos, contar con el parecer de los médicos). En la medida en que permiten conocer la verdadera situación de la persona constituyen una garantía para su adecuada protección, tal y como ha destacado, además de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional:

La sentencia 597/2017, de 8 de noviembre, recuerda:

"La ley exige varias pruebas precisamente porque, como dice la sentencia 72/1986, de 10 de febrero, ***el juez no estaría vinculado por los criterios médicos, "pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica,*** *sino simplemente de las circunstancias que el mencionado precepto establece (el art. 200 CC), de que exista en una persona,... una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma". Ciertamente, entre las pruebas legales previstas, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia (art. 759.1 LEC, antes art. 208 CC). Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (sentencia 341/2014, de 1 de julio). La* ***exploración judicial****, como dijo la sentencia 145/1989, de 20 de febrero, "constituye no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte, y por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la medicina o a la psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello, se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir.*

(...) la ***opinión de los parientes****, exigencia que, como dijo la STC 174/2002, de 9 octubre, es una garantía legal de la persona con discapacidad, en la medida en que puede permitir conocer la situación real y los apoyos con los que en su caso cuenta la persona en su propio entorno".*

3.2. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención de Naciones Unidas

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha interpretado el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención de Naciones Unidas.

Me voy a referir a continuación a dos ámbitos sensibles: el otorgamiento de testamento y la celebración del matrimonio.

 © FEPSM

a) Por lo que se refiere al testamento de las personas con discapacidad, la Sala Primera se ha pronunciado en múltiples ocasiones en supuestos de impugnaciones de testamentos en los que se alegaba la falta de capacidad del otorgante.

Se ha negado la legitimación del tutor para impugnar el testamento en vida de la persona con discapacidad (sentencia 128/2010, de 23 de marzo) con el argumento de que la acción no se dirigía a proteger el interés del tutelado; realmente sí que es de interés del tutelado que no llegue a surtir efectos un testamento que ha otorgado bajo influencia indebida de tercero, pero el ejercicio de esta acción se enfrenta a otros problemas, como las dificultades para identificar a los legitimados pasivamente, puesto que el testamento no produce efectos hasta el fallecimiento y con antelación no se puede conocer con seguridad si los llamados aceptarán, o si habrán premuerto, por ejemplo, o las consecuencias que puedan derivar si la persona con discapacidad recupera su capacidad.

Con todo, los supuestos que **con frecuencia han llegado a la Sala se plantean tras el fallecimiento del otorgante**, tanto en casos en los que su capacidad había sido modificada judicialmente como en casos en los que no se había tramitado un procedimiento judicial de incapacitación.

Hay razones para defender que, a pesar del tenor del art. 665 CC., el otorgamiento de testamento siempre será posible con las **cautelas que establece el precepto (intervención de dos facultativos que reconozcan y al testador y respondan se su capacidad).**

La sentencia 97/2017, de 8 de noviembre, revocó la sentencia de la Audiencia Provincial en la que, de modo rutinario, sin explicar las razones que basaban tal decisión, se privaba de la facultad de otorgar testamento a la persona a la que se incapacitaba. La Sala Primera afirma que, por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC., conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

Desde este punto de vista, **rectificando el criterio mantenido en algunas sentencias, en las que se limita la capacidad de obrar para otorgar testamento en el sentido de que se requiere el apoyo del curador** (SSTS 21/2013, de 24 junio, y 57/2015 de 20 octubre), en la sentencia 146/2018, de 15 de marzo, la Sala Primera ha declarado que, **con independencia de la causa de la discapacidad y de que la enfermedad en su caso se mantenga estable o evolucione, el testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por la ley y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes** (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, y 461/2016, de 7 de julio).

La posibilidad de que el interesado otorgue testamento con asistencia de otra persona, con base en la idea del sistema de apoyos que deriva de la Convención de Nueva York, resulta ajena a la tradición recogida en nuestro Código de ser el testamento un acto personalísimo que debe ser otorgado en exclusiva y de modo personal por el interesado. Otra cosa es que el notario, al autorizar el testamento, realice una función de apoyo dirigida a documentar de manera correcta la verdadera voluntad libre de quien lo otorga.

 © FEPSM

b) El matrimonio de las personas con discapacidad ha llegado al Tribunal Supremo desde diversas perspectivas.

i. La sentencia 97/2017, de 8 noviembre, casó la sentencia de la Audiencia Provincial que había privado de la capacidad para contraer matrimonio. Para el matrimonio, dice la sentencia del Supremo, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 Code Civil belga; en el Derecho francés, según los casos, el art. 460 del Code exige la autorización del juez, del curador o la del consejo de familia):

"En ausencia de norma expresa que permita privar "in genere" de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC.) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. *Así resulta del tenor del art. 56 CC. vigente, que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.*

En la redacción del art. 56 CC. dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer "el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges".

ii. La doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente que **para las incumbencias estrictamente personales está excluida la representación del tutor** de tal manera que, por ejemplo, solo el propio sujeto, si tiene capacidad, puede contraer matrimonio o divorciarse. Suele afirmarse que, aunque se trate de un incapacitado total, nadie puede hacerle contraer matrimonio, o ejercitar por él la acción de divorcio, o atribuirle un hijo por reconocimiento. Serían supuestos que estarían excluidos de la representación. Tampoco podrá nadie reconciliarle con su cónyuge (art. 84 CC.) o remitir las causas de indignidad para suceder (art. 757 CC.). En cambio, se ha venido admitiendo el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial (art. 74 CC.), o la opción por determinada vecindad civil por el tutor (art. 15 CC.).

Pero la necesidad de atender adecuadamente a los intereses personales y patrimoniales del incapacitado llevó a la STC 311/2000, de 18 de diciembre, a revisar este planteamiento

 © FEPSM

respecto de la **legitimación del tutor para ejercer la acción de separación matrimonial del incapacitado**.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo 149/1999, de 27 de febrero, que sostuvo que el tutor no podía instar la acción de separación en representación del pupilo incapacitado por ser una acción personalísima. El Tribunal Constitucional entiende que el cierre de la posibilidad del ejercicio de la acción determina la violación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y desemboca, además, en una situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales (arts. 14 y 32 CE).

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo 625/2011, de 21 de septiembre, admite la **legitimación del tutor para ejercitar la acción de divorcio** en nombre de una persona incapacitada cuando se aprecie que el divorcio es favorable a su interés. Considera la sentencia que la presencia del Ministerio Fiscal garantiza que la actuación del tutor no es caprichosa y que la representación del tutor y la legitimación para establecer demanda (art. 271.6 CC.) no distingue la naturaleza de la acción.

iii. Al Tribunal Supremo han llegado también supuestos de **impugnaciones de validez de un matrimonio planteadas por familiares de alguno de los otorgantes que alegan falta de capacidad para prestar válido consentimiento matrimonial**.

La sentencia 145/2018, de 15 de marzo, revisa los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge, que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio. La sentencia parte de las siguientes consideraciones:

"1.ª) El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 32 de la Constitución española.

2.ª) Conforme al art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges".

Este precepto debe ser interpretado en el contexto del propósito declarado de la Convención, que no es otro que el 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 (art. 1).

 © FEPSM

Así se explica que la Convención siente como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

De lo que se trata, dice el art. 12.4 de la Convención, es de proporcionar "salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos":

"Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

3.ª) Puesto que la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio.

En 1981 se derogó la norma que impedía celebrar válido matrimonio a "los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio" (redacción originaria del art. 83.2.º CC.). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al "ius connubii", referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1.º CC.), y el art. 56 CC. pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido.

4.ª) La falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad. Además de la acción de nulidad, el ordenamiento establece controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC.); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC.).

5.ª) Como dijo la sentencia de esta sala 235/2015, de 29 de abril:

"El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC.), de forma que solo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC. y 756 a 762 LEC).

Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC. dispone en el párrafo

 © FEPSM

segundo que "si algunos de los contrayentes estuvieren afectados por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento".

Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica.

Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio.

Tal solución se compadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y su protección constitucional (art. 32 y 53 CE).

Prueba de ello es la previsión contenida en el art. 171, párrafo segundo, número cuatro del CC., conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue "por haber contraído matrimonio el incapacitado", de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio.

De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas".

En esta misma sentencia 235/2015, de 29 de abril, en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento, la sala rechazó que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 CC. al "no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres".

En la redacción del art. 56 CC. dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, "solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

6.ª) Cuando el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC.), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

El matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC.). Tanto la redacción del art. 49 como la del 65 CC. fueron modificadas con posterioridad por la Ley

© FEPSM

15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que a su vez dio nueva redacción a los artículos correspondientes de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que todavía no han entrado en vigor.

Lo que importa destacar, a efectos del presente recurso, es que, aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al art. 65 CC. es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración", siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el art. 257 RRC, según el cual "el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos". En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

7.ª) Por lo dicho, a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC. y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

Es decir, la discapacidad intelectual, per se, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio.

Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina per se la nulidad del matrimonio.

No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio".

3.3. El respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad

A) Idea general

Uno de los pilares clave del modelo que inspira la Convención de Naciones Unidas es el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad intelectual. De ahí el interés en comprobar en qué medida, antes de que se haya producido la adecuación del texto legal a la Convención, **la jurisprudencia da muestras de la incorporación de estos principios a la aplicación del Derecho vigente**.

En primer lugar, cabe destacar que la jurisprudencia muestra ejemplos de **manifestaciones realizadas en la propia exploración judicial** –por ejemplo, acerca de la voluntad de permanecer en la casa o de

 © FEPSM

ser asistido por determinado hijo– que son respetadas si se aprecia que garantizan una protección adecuada de la persona.

Así sucede en la sentencia 337/2014, de 30 de junio, donde se dice que:

"*el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva,* ***siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interesa****, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales*".

En el caso, la Sala estima el recurso de casación interpuesto contra las sentencias de instancia, desestimando, sin embargo, el recurso extraordinario por infracción procesal, al entender que la sentencia de apelación no adolecía de defecto de motivación. La Sala considera que la incapacitación de una persona no le priva del derecho a actuar en la vida jurídica en aquellos aspectos de su autonomía no afectados por la sentencia de incapacitación.

En el caso de autos, existía una sentencia de incapacitación parcial en la que se nombraba un curador. El instituto tutelar de adultos de la Comunidad Autónoma solicitó la transformación del régimen de curatela en tutela y que se nombrase a ese Instituto como tutor del incapacitado. El incapacitado solicitó el mantenimiento del régimen de curatela establecido en sentencia y que fuera su pareja de hecho la que ejerciese dicho cargo de curador. Las sentencias estimaron la demanda en su integridad, obviando la solicitud del tutelado. La Sala de casación estima el recurso, manteniendo el régimen de curatela e instituyendo a la pareja de hecho del incapaz en su curadora, al entender que, en primer lugar, los únicos datos que se habían tenido en consideración eran los mismos que los de la primera sentencia y, en segundo lugar, que el incapacitado no tenía anulada completamente su capacidad de decidir sobre su persona.

Se admite, en función de la prueba practicada, que deba respetarse la voluntad de la persona de permanecer en casa. Dice la sentencia 244/2015, de 13 de mayo:

"*Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de Ana que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían habérsele preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido.* ***No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia.*** *El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.*

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad".

© FEPSM

La sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, casa la sentencia que prescindió de la voluntad de la interesada, manifestada en la exploración judicial, acerca de **que prefería permanecer en casa del hijo y no ir a casa de la hija:**

"*La Sala estima que la Audiencia Provincial de Oviedo no aplicó adecuadamente la Convención de Nueva York.*

La Audiencia Provincial no hizo una expresa valoración de la voluntad de la recurrente. Aunque exploró a esta y se expresó -así resulta de la grabación del acto- en los términos antes transcritos ["Me fui con él porque estaba fastidiada con mi hija... estaba enfadada porque quiere mandar todo y llega un momento en que uno se cansa... un día dije que no, que se había acabado... ahora con mi hijo y no cambio más... los niños me besan mucho y estoy encantada... sí, claro (contestación a la pregunta de si quiere estar con su hijo)... no me quedo con ella ni por nada... tengo mi hijo que me cuida muy bien"], la Audiencia Provincial prescindió de lo que la recurrente dijo.

No obstante, el Juzgado de Primera Instancia hizo una valoración que puede ser entendida como una valoración de la voluntad de la recurrente. Dado que la Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia del Juzgado, se remitió implícitamente a ella, procede analizarla. El Juzgado se expresó así respecto a la voluntad de doña Olga: "[...] los recelos que expresa la incapaz frente a su hija (que le grita, que le dice cosas desagradables, que la obliga a ir al cuarto de baño) carecen de la mínima entidad, partiendo de que doña Olga es una persona mayor, con demencia y déficits de memoria".

Valoración de la importancia de la voluntad de la recurrente que la Sala no estima adecuada por las siguientes razones:

NOVENO.- Razones para estimar el motivo y nombrar tutor a don Fermín, hijo de la recurrente. En primer lugar, es obligado tener en cuenta la voluntad de doña Olga. A tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría.

Como resulta de las expresiones transcritas arriba -y muy resumidamente recogidas por la Audiencia Provincial al decir que manifestó su preferencia por su hijo-, ***la voluntad de doña Olga es inequívoca. No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, no con su hija.*** *También, que la estancia con ella se acabó y no quiere volver. No se trata de que, por razones nimias, consecuencia de su enfermedad, la señora Olga no quiera estar con su hija. Es, cualquiera que sea el motivo de esa decisión, la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como doña Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida.*

Después, ***sucede que ambos hijos son, a juicio de la Audiencia Provincial, igualmente idóneos para ejercer la función de tutor de su madre****: los dos hijos "se presentan por igual idóneos para el ejercicio de la tutela de su madre" (fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida); "No obstante la desestimación del recurso, la naturaleza de la materia controvertida, lo dudoso que resulta en el caso de autos la designación de tutor, presentando ambos hijos semejantes cualidades e*

 © FEPSM

idoneidad, se hace aconsejable no realizar especial imposición de costas..." (fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida).

Sucede, además -y también es relevante al máximo puesto en relación con las razones anteriores- que la Sala no observa razón objetiva alguna que permita ni siquiera sospechar que esa voluntad le resulte perjudicial. *Y por lo que respecta a las posibles suspicacias sobre la conservación del patrimonio de doña Olga, la Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para desecharlas. Así, el Código Civil dispone en su artículo 232 que "La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado", añadiendo en su segundo párrafo que "En cualquier momento [el Ministerio Fiscal] podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela"; y en su artículo 233, que "El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado o del estado de la administración".*

Lo anterior no significa que el juez esté vinculado por lo manifestado por la persona con discapacidad.

Así, en la sentencia 552/2017, de 11 de octubre se dice:

"***La sentencia recurrida, a pesar de que la persona discapacitada había solicitado expresamente que no fuera nombrado tutor su hijo Ruperto, sino una fundación tutelar, ha confirmado en el cargo tutelar a Ruperto por entender que era mejor para Frida****.*

Las dos objeciones que podrían justificar la designación de una fundación tutelar, en vez de a su hijo Ruperto, son las mencionadas en el recurso al citar dos causas legales que inhabilitan para asumir un cargo tutelar: la enemistad con la persona incapacitada (art. 244.2º CC) y la existencia de conflicto de intereses (art. 244.4 CC).

Como muy bien razona la Audiencia, en un caso como este, no existe propiamente enemistad manifiesta entre Frida y su hijo Ruperto. La sintomatología propia del trastorno que padece Frida explica que tenga reticencias respecto de quien hasta ahora ha ejercido de curador. Lo lógico es que Frida, sin conciencia de enfermedad, dirija las ideaciones de persecución y de perjuicio sobre las personas que le rodean y sobre todo quien, de alguna forma, al ejercer la guarda legal, de hecho, ha tenido que contenerla y, en beneficio e interés de ella, llevarle la contraria.

Estos sentimientos no pueden equipararse al supuesto legal de enemistad manifiesta, como tampoco revelan ningún conflicto de interés. Máxime cuando no se han aducido qué intereses concretos puede tener Ruperto que entren en conflicto con los de su madre Frida.

En consecuencia, procede confirmar la designación de Ruperto como guardador legal, en este caso curador con las funciones que resultan de la modificación de capacidad acordada".

B) Designación de tutor o curador por el propio interesado y otorgamiento de poderes de autoprotección.

Nuestro ordenamiento dispone además de instrumentos que permiten anticipar esa voluntad y esa preferencia en previsión de una futura discapacidad: la autotutela y los poderes preventivos.

La Sala Primera ha insistido en la **necesidad de respetar la designación anticipada de la persona llamada a ejercer el cargo de guarda realizada mediante la autotutela, salvo que se haya producido un cambio de circunstancias que el interesado no pudo prever o si se aprecia que**

 © FEPSM

existe un conflicto de intereses que evidencian que el designado no es idóneo para desempeñar el cargo.

a. Así, **la cuidadora que se apropia de cantidades de dinero aprovechando la falta de capacidad natural de la persona mayor o la amiga y vecina que la manipula**.

En el caso de la sentencia 504/2012, de 17 de julio, un varón de edad avanzada, con trastorno bipolar, otorga un poder general a favor de su cuidadora; acude al banco acompañado de ella, pero es él quien saca cantidades importantes de dinero de sus cuentas y las ingresa en otra cuenta a nombre suyo y de ella; los responsables de la entidad interponen una denuncia y se abren diligencias penales, que son sobreseídas; después de la denuncia y antes de la presentación de la demanda de incapacitación por el Ministerio Fiscal, el varón otorga una escritura pública en la que, para el caso de que fuera necesario organizar una tutela respecto de sí mismo, según lo establecido en el art. 223 CC., disponía que fuera designada tutora su cuidadora.

El Juzgado, y el criterio es compartido por la Audiencia, entienden que existe en la cuidadora "un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado" y, para proteger su interés, designa a la administración pública tutora. El incapacitado presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Ministerio Fiscal –que fue quien presentó la demanda de incapacitación- presenta su preceptivo informe, apoyando ambos recursos. El Tribunal Supremo los rechaza.

Por lo que ahora interesa, la autotutela, en el recurso extraordinario por infracción procesal se denunciaba falta de motivación de la sentencia. El Tribunal Supremo lo desestima, pues se explicaron las razones por las que se designaba tutor a otra persona.

Además, en el recurso de casación se denunciaba, entre otros motivos, la infracción, por no aplicación e interpretación de lo dispuesto en el párrafo segundo de los arts. 223 y 234 CC. y los arts. 1, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El motivo se desestima, interpretando de manera armónica los preceptos del Código Civil (aplicables) con los del Derecho catalán (en un argumento de autoridad, por ser legislación más desarrollada sobre la materia) que, en definitiva, permiten apartarse de forma motivada de la designación voluntaria.

b. La vecina que lleva años asistiendo a la persona con discapacidad, pero que no puede justificar el destino de un dinero del que se apropió.

En el caso de la sentencia 373/2016, de 3 de junio, la recurrente en casación alega que la sentencia infringe lo dispuesto en el art. 234 CC. por cuanto no respeta la voluntad de doña Angelina de nombrar tutora a doña Melisa, manifestada ante notario en plenitud de capacidad; todo ello a la luz de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Se pretende, en definitiva, que se designe a esta persona, que siempre siguió sus instrucciones, en caso de establecerse una medida de protección, bien de carácter tutelar o una curatela:

"*El motivo se desestima. Ambas sentencias han tenido una cosa clara y esta no es otra que la de apartar a doña Melisa de estos menesteres. También la tiene la Sala a la hora de mantener el pronunciamiento que se impugna. En efecto; sobre la cuestión litigiosa, la sentencia de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015 declara lo siguiente: el tribunal debería*

 © FEPSM

seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela.

El interés superior del discapaz -sentencia 19 de noviembre 2015-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.

Este beneficio no lo encuentra en doña Melisa, la vecina que le ha venido asistiendo en estos últimos tiempos, junto a su esposo, por cuanto, sostiene la sentencia lo siguiente: "no ha sabido dar explicación razonable de los motivos por los que, haciendo uso del poder general otorgado a su favor por Dª Angelina, retiró de la entidad bancaria, en la que esta tenía sus ahorros, 30.000 euros, y los ingresó en la cuenta bancaria que comparte con su marido, señalando que "se los está guardando a Dª Angelina, que los tiene a su disposición". Si realmente hubiera obedecido a la voluntad de Dª Angelina la retirada de la suma de dinero de su entidad bancaria en atención a la mala praxis bancaria de la entidad, como relata en su declaración testifical Dª Melisa, habría debido depositar ese dinero en una cuenta bancaria a nombre de Dª Angelina, su titular, en vez de incorporarlo a su patrimonio a través de su ingreso en una cuenta bancaria cuya titularidad comparte con su esposo.

Ante la sospecha de que Dª Melisa pudiera ejercer una manipulación sobre Dª Angelina en el terreno de administración de su patrimonio (no puede obviarse que afirmó haber aceptado la herencia de la hermana de Dª Angelina, Dª Petra, a quien asistió hasta su fallecimiento, manifestando que ambas hermanas la instituyeron heredera universal a ella por las atenciones prestadas, olvidándose de dejarse recíprocamente sus bienes a pesar de convivir juntas), y al no constar que la administración de los bienes de la incapaz sea adecuada a sus intereses por los motivos expuestos en el párrafo anterior, procede designar como tutora de la Sra. Petra a la FUNGA, a quien corresponderá también la reclamación de los bienes que hubieren salido indebidamente del patrimonio de la incapaz para el supuesto de que Dª Melisa no los restituya voluntariamente.

Es cierto que el artículo 12.4 de la Convención exige que los Estados Partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias

© FEPSM

adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y que esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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.

Como recuerda la sentencia de 30 de septiembre 2014, antes de la Convención, el Código Civil ya prestaba especial atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, su artículo 234 disponía y dispone que "para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223", que establece lo siguiente: Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Después de la Convención, y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

Ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, como se ha dicho; interés que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir, y para conocer cuál es este, ambas sentencias han hecho un indudable esfuerzo de valoración de las circunstancias y necesidades concretas de la misma, aquellas que constituyen las condiciones básicas para el normal desarrollo de su vida, incluido el patrimonial, y ambas han visto claramente como esta voluntad se encuentra influenciada por quien pretende asumir la curatela y como puede perjudicarle teniendo en cuenta la evolución negativa de la discapaz, tanto por su estado actual como por su edad. Sin duda la actuación preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal pueden atajar en el control de la curatela situaciones como la del dinero, pero lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario y nombrar curador a una persona contra la que el Ministerio Fiscal solicitó la deducción de testimonio por la posible comisión de un delito de apropiación indebida y a la que la sentencia recurrida exige la devolución del dinero de la discapacitada instando en su caso la adopción de las medidas necesarias para procurar que los bienes que han salido de su patrimonio vuelvan al mismo. Ninguna seguridad existe que bajo su cuidado se salvaguarden los derechos de esta persona".

c. El hermano que depende económicamente de la persona con discapacidad, lo que no garantice que vaya a actuar en su beneficio.

En el caso de la sentencia 458/2018, de 18 de julio, la recurrente cuestiona el pronunciamiento de la sentencia que niega a su hermano, a quien había designado en escritura como tutor o curador, la posibilidad de ser nombrado debido a que depende económicamente de su hermana y existe un evidente conflicto de intereses, además de una mala relación con el resto de la familia.

© FEPSM

La sentencia explica:

"El juez no está vinculado por la autotutela cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad.

En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC. debe efectuarse en resolución motivada. Como expresa la sentencia 341/2014, de 1 de julio, que reiteran la 635/2015, de 19 de noviembre de 2015 y la 596/2017, de 8 de noviembre, entre otras, las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado.

El interés superior del discapaz -sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio -, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.

Este beneficio no lo encuentra en su hermano Ignacio y la sentencia no adolece de falta de motivación cuando le excluye como tutor a pesar de haber sido designado por la persona sometida a protección. Lo que hace es proteger a quien discrepa de esta solución procurando que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, conforme al artículo 12.4 de la Convención.

Sin duda la actuación preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal pueden atajar en el control de la curatela situaciones contraías a este interés, pero lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario por ese conflicto latente. Lo cierto es que ninguna seguridad existe que bajo el cuidado de su hermano se salvaguarden los derechos de esta persona, y así lo han visto los jueces que han resuelto en ambas instancias".

Pero, en todo caso, es preciso que la sentencia que prescinde de la voluntad expresada con anterioridad motive adecuadamente las razones por las que lo hace. Así lo reitera la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre:

"La Audiencia constata la existencia de un conflicto entre hermanos, exteriorizado en dos bloques, tres que se llevan muy bien entre sí y regular con los otros tres, que, a su vez, se llevan muy bien entre ellos y regular con los otros tres, lo que conduce al tribunal provincial, prescindiendo de la tutela institucional decretada en primera instancia, a la designación de una

© FEPSM

persona de cada grupo, con exclusión también de la persona preferentemente designada como tutora por la recurrente, sin reseñar suficientemente las concretas razones por mor de las cuales el interés superior de la discapacitada requiere la desvinculación de su exteriorizada voluntad, que exige un plus reforzado de motivación. En definitiva, constituyendo una tutela mancomunada en contra de los deseos de la otorgante, lo que exige la constatación de justificadas razones que así lo exijan debidamente exteriorizadas.

Se hace referencia al conflicto entre hermanos para prescindir de la voluntad de la madre expresada en documento público notarial, y esta razón, por sí sola no es suficiente, sino transciende en contra del interés de la tutelada. Así lo hemos manifestado en la STS 635/2015, de 19 de noviembre, cuando señalábamos que el "[...] conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no debería en sí mismo justificar en principio la alteración del orden de prelación. Si lo es en cuanto puede trascender en contra del interés de la tutelada y puede afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos"; más la sentencia de la Audiencia nada razona al respecto.

Tampoco se expresan las poderosas razones en virtud de las cuales la hija C, con la que convive y que desea asuma su tutela, se considere inidónea para el ejercicio de tal función. Y, por último, no se exteriorizan los motivos que conducen a considerar que lo mejor para la discapaz sea la constitución de una tutela mancomunada atribuida a los dos hijos varones de la recurrente -uno de ellos además expresamente excluido de tal función por la madre- cuando el conflicto existente entre hermanos hará sumamente dificultosa la adecuada y fluida gestión de sus intereses personales y patrimoniales; puesto que, como advierte el Ministerio Fiscal, favorable al acogimiento de este motivo de infracción procesal, puede eventualmente bloquear el ejercicio de la tutela, lo que es contrario a los intereses de la tutelada.

En función de los argumentos expuestos procede que la Audiencia dicte nueva sentencia razonando suficientemente sobre los extremos reseñados".

4. ANEXO. TEXTOS LEGALES

4.1. Matrimonio

Art. 45.I CC.: No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

Art. 56 CC. (Ley 15/2015, de 2 de julio): Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Art. 56 CC. (Ley 4/2017, de 28 de junio. Entrará en vigor el 30 de junio de 2020): Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación

 © FEPSM

del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.

El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Art. 73.1.º CC.: Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

Redacciones anteriores:

Art. 83. Redacción original del Código de 1889 (vigente hasta 1981).

No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos. Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación. 2.º Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio. 3.º Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable. 4.º Los ordenados in sacris y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica. 5.º Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial.

Art. 56. Redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

4.2. Testamento

-Art. 662 CC.: Pueden estar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

-Art. 663 CC.: Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

-Art. 664 CC.: El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

-Art. 665 CC.: Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad.

 © FEPSM

-Art. 666 CC.: Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

-Art. 673 CC.: Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.

4.3. Contratos

-Art. 1261 CC.: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes.

-Art. 1263 CC.: No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.

La anterior es la redacción vigente del art. 1263.

Redacciones anteriores del art. 1263:

-Art. 1263. Redacción original del Código de 1889: "*No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir. 3.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley (este último apartado se suprimió por Ley 14/1975, de 2 de mayo)*".

-Art. 1263. Redacción por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero: "*No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados".*

-Art. 1265 CC.: "*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*".

-Art. 1266 CC.: Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta solo dará lugar a su corrección.

-Art. 1267 CC.: Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.

 © FEPSM

5. BIBLIOGRÁFICA

Se sigue en lo fundamental, las ideas de Parra Lucán M.A., comentario a los arts. 199-214, en Comentarios al Código civil, dirigidos por J. RAMS ALBESA, 2000, J.M. Bosch, t. I (pp. 1651 a 1774), “La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales”, ed. Ramón Areces, 2015 y “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, en “Curso de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona”, ed. Edisofer, 2018.

 © FEPSM

© FEPSM

4

Psico-pato-biología de la relación interpersonal y su relación con el consentimiento

JOSÉ LUIS CARRASCO

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil afirma que "Respecto de los actos jurídicos, **la voluntad, tanto en su formación como en su exteriorización debe ser seria, consciente y libremente emitida**. En sentido lato, existe un vicio de la voluntad negocial cuando ésta se ha formado defectuosamente. En sentido estricto, se entiende por **vicios** de la voluntad aquellos **defectos** que hacen anulable la declaración de voluntad, **excluyéndose las anormalidades afectantes a la voluntad** que hacen que no exista. Estos vicios pueden estar causados por la falta de conocimiento, espontánea o provocada (error, dolo), o **por la falta de libertad, física o moral** (violencia, intimidación)". *(Llambías, Jorge Joaquín (2003). Tratado de Derecho Civil: Parte General. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. ISBN 950-20-1515-0.)*

De manera intencionada hemos subrayado cinco términos de esta definición que apelan de inmediato a la Psicopatología como la ciencia que debe detectar y definir el proceder psicológico enfermo. En cuanto a la voluntad, tan solo el término "anormalidad" del párrafo anterior es delimitable en los términos de la Psicopatología contemporánea en la que se ha fundamentado el quehacer de la Psiquiatría durante el último siglo. No podemos decir lo mismo de las apelaciones a una voluntad "seria", o de "vicios" de la voluntad, o de "defectos" de la voluntad. De la misma manera, la Psicopatología contemporánea no dispone de medios adecuados para responder a lo que significa en toda su extensión el concepto de libertad "moral".

"Un acto jurídico se considera **voluntario** cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad. Los obstáculos a estos tres elementos son de naturaleza variada, y algunos de ellos entran claramente en el ámbito de la psicopatología. Así, el discernimiento es obstaculizado por **la inmadurez y la insania**. La intención por el error la ignorancia o el dolo. Y finalmente la libertad es obstaculizada por la violencia, la simulación y el fraude, aunque algunos estudiosos del derecho incluyen a la lesión. El concepto de lesión incluye las situaciones jurídicas en las que una de las partes, explotando **la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra**, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación". *(Cifuentes, Santos (2006). Vicios de la voluntad. Buenos Aires, Argentina: La Ley. ISBN 987-03-0825-2.)*

De nuevo aquí hemos subrayado los términos que apelan a la Psicopatología para ser definidos o delimitados científicamente, puesto que ,de otra manera, aspectos como la "inmadurez", la "ligereza" o la "necesidad" quedan a merced de la consideración social y cultural del momento. Nos encontraremos por tanto, en la cuestión de la delimitación de la validez del consentimiento, con conceptos como anormalidad, defecto, vicio, moralidad, lesión o abuso, inmadurez, necesidad o ligereza, que estarán afectando a situaciones humanas como el consentimiento al suicidio y a la eutanasia, al consentimiento del abuso laboral, familiar, físico o sexual, al consentimiento a relaciones de alta toxicidad psicológica o a la cesión de bienes a otras personas desde situaciones de inferioridad psicológica. En algunos

 © FEPSM

casos, en la minoría, podremos apelar a la enfermedad mental incapacitante para resolver el dilema. Pero en la mayoría, tendremos que ampliar la Psicopatología contemporánea para poder emitir un juicio científico, lo que nos introducirá en los nuevos terrenos psicopatológicos de la RELACIÓN INTERPERSONAL, que incluyen aspectos como la emocionalidad, la identidad, a la autoestima, la impulsividad, la sensibilidad interpersonal, el sentimiento de vacío crónico, la empatía y la relación moral. La investigación científica en estos ámbitos no abarca más allá de las tres últimas décadas y ha encontrado su empuje en la necesidad creada por la emergencia de la patología de la personalidad como objeto de estudio y tratamiento médico.

2. LIBERTAD, CONCIENCIA Y CORPORALIDAD. La Libertad como Razón o como Voluntad

"El individuo tiene el derecho a decidir si los padecimientos que sufre a consecuencia de su enfermedad son insoportables hasta el punto de que no merece la pena prolongar su vida…" Los supuestos que contempla son aquellas enfermedades que originan "sufrimientos físicos o psíquicos, constantes e insoportables, sin posibilidad de alivio", con un "pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva") Proyecto de ley de Eutanasia 2019.

Hasta los tiempos de Kant y Hegel, herederos del cartesianismo, quien toma las decisiones es la CONCIENCIA. La libertad humana radica en una conciencia razonante, informada en último extremo por una Razón Suprema y perfecta a la que debe tiende la conciencia humana en su búsqueda de la Verdad, equivalente a la felicidad. La conciencia kantiana está condicionada por su atadura al cuerpo, pero no dirigida por éste. En último extremo, siempre tuvo otra posibilidad, **siempre pudo la conciencia haberse enfrentado a las exigencias de su cuerpo**.

Con la filosofía del individuo, en el XIX; la conciencia deja el primer plano del ser, para entender al hombre como un ente portador de sentimientos, sin más conciencia de sí mismo que la que le proporciona el sentir y el padecer. Primero con Arthur Schopenhauer y posteriormente con Kierkegaard y Nietzsche, el ser no está en la conciencia, sino en la VOLUNTAD. La voluntad es individuo viviente entero, con su sufrimiento pasional, es cuerpo y no conciencia.

Entender este desplazamiento del ser desde la conciencia pensante al cuerpo viviente será determinante para entender el cambio en el paradigma de libertad que rige las relaciones interpersonales. Porque a partir de ahora, **la libertad en la relación humana deja de ser un ejercicio de correcta racionalidad y pasa a constituir un problema de delimitación de la correcta voluntad**. La voluntad, al no ser una categoría racional, sino corporal, no tiene referencia en lo trascendente ni en algo superior a lo humano. ¿quién puede ahora deslegitimar o aprobar un acto de la voluntad? El hombre se ha liberado de una conciencia ilusoria que aspiraba a lo divino o que representaba al poder social y sacerdotal. Pero este nuevo hombre libre se ha quedado solo frente a la exigencia de su cuerpo, en constante interacción con el cuerpo del resto de los hombres. La conciencia es una categoría racional y guiada por la lógica. Pero ¿quién o qué guía correctamente a la voluntad? **La conciencia es razón, pero la voluntad es cuerpo (anhelo, pasión, instinto, miedo)**.

El siguiente paso va a ser el paso de la corporeidad a la corporalidad. En la idea de corporeidad de Husserl, el cuerpo es ya importante fenoménicamente, pero aún sigue la conciencia siendo el SUJETO de la acción, y el cuerpo es un objeto. Con M. Merleau-Ponty, G. Marcel o L. Biswanger, ya en el primer

 © FEPSM

tramo del siglo XX, el cuerpo vivido, no solo percibido, es al mismo tiempo nuestra conciencia. **El cuerpo es corporalidad (conciencia vivida del cuerpo), el cuerpo es el SUJETO**.

Estas perspectivas van a ser imprescindibles para entender que el problema del consentimiento NO ES EXCLUSIVAMENTE UN PROBLEMA DE CONCIENCIA RACIONAL, sino que introduce un elemento de VOLUNTAD, que a su vez constituye CORPORALIDAD VIVDA FRENTE A LA CORPORALIDAD DEL OTRO. El consentimiento se verá afectado por todos los elementos biológicos, emocionales, perceptivos, apetitivos y aversivos, que desde la corporalidad propia se experimenta hacia la corporalidad ajena. Es decir, en el consentimiento, además de la inteligencia or pertica, intervendrán con fuerza las emociones, las necesidades de estima, el miedo a perder el afecto, las necesidades de grandiosidad, las necesidad de amor, la necesidad de cuidados, la imitación y la autoimagen, entre otros procesos psicológicos y psicobiológicos, que pueden estar alterados por defecto o por exceso, sin que ello constituya una enfermedad metal, pero sí una vulnerabilidad para el establecimiento de consentimientos dudosamente consistentes.

3. ENFERMEDAD MENTAL Y CONSENTIMIENTO

Desde la Psicopatología clásica, el consentimiento puede verse afectado por alteraciones intelecto-cognitivas o por alteraciones volitivas. Las primeras atañen principalmente al fenómeno de la conciencia racional. Las segundas interesan al fenómeno de la voluntad. En todos los casos contemplados en este apartado nos referimos a **verdaderas enfermedades que alteran los sistemas biológicos** de la intelección o de la voluntad.

3.1. Alteraciones intelecto-cognitivas

- Invasión de la conciencia por fenómenos extraños a ella misma. Delirios, alucinaciones, en definitiva, ideas o imágenes que guían o condicionan la razón del individuo. El individuo no es realmente el sujeto de la acción.
- Escisión de la conciencia, o disociación, la conciencia se divide súbitamente en dos conciencias separadas e incomunicadas. Desde la conciencia disociada el individuo puede tomar acciones de las que es sujeto, porque la conciencia es suya, pero no es sujeto con todo su SER, porque una parte ha quedado disociada.
- Conciencia desorganizada y fragmentada en áreas desintegradas, propia de las demencias y de las esquizofrenias degenerativas. El sujeto está desarticulado, no existe en cuanto que deja de ser uno.
- Conciencia obnubilada por síndromes orgánicos o drogas.
- Conciencia mermada por déficits orgánicos de la inteligencia y de la capacidad razonante.

En todas ellas se puede hablar de una merma de la capacidad intelectiva y razonante que afecta a la comprensión global de las consecuencias del consentimiento.

 © FEPSM

3.2. Alteraciones volitivas

- Estados anímicos de exaltación o excitación ilógica (y por tanto patológica) de los deseos, de la autoestima y de la vivencia de capacidad, asociados a menudo a la vivencia grandiosa del propio destino. Este es un estado propio de los episodios maníacos de naturaleza psicótica.
- Pacientes con acentuación patológica de los instintos por causas orgánico-cerebrales (síndrome frontal, síndromes hipotalámicos) o por consumo de drogas.

En todas ellas se puede hablar de una adulteración de la voluntad que priva al sujeto de la suya propia, por lo que deja de ser sujeto real del consentimiento.

Pero en ninguno de estos supuestos de la Psiquiatría quedan comprendidas las **desviaciones en la conducta y los defectos del conocimiento que se producen en personas sin enfermedades categoriales** del intelecto o de la voluntad, como las mencionadas anteriormente. Nos referimos a aquellos sujetos con defectos o inmadurez en la regulación de las emociones, de las reacciones interpersonales, del control de los impulsos y de la propia identidad personal. Personas en las que el grado de inconsistencia intrapersonal, dependencia emocional, sensibilidad interpersonal, egoísmo, capacidad de empatizar o de capacidad para dar sentido a sus vidas. Personas para las que la psicopatología y psiquiatría clásicas no tienen una explicación científica, que en épocas pasadas se conocieron como psicopatías o trastornos morales y que hoy son denominados trastornos de la personalidad. **Estos supuestos están enraizados en la corporalidad del sujeto, en el cuerpo vivido** como deseo, como angustia de destrucción, como control, como deseo de poder, como necesidad de ser consolado o acariciado, como necesidad de estima, como símbolo de superioridad o inferioridad, etc. En definitiva, enraizados en el cuerpo como Voluntad. Si en algo afectan a la razón será de manera secundaria, por la propia fuerza de la voluntad, y no en forma de delirio o disgregación de la conciencia, sino, en todo caso, en forma de distorsión interpretativa del conocimiento.

4. PSICOPATOBIOLOGÍA DE LA RELACIÓN INTERPERSONAL Y CONSENTIMIENTO

Los supuestos clínicos de los que hablamos en el apartado anterior, que no son claramente enfermedades mentales categoriales y lesionales, atañen todos ellos a la relación interpersonal. El centro patológico primario de los trastornos de la personalidad es la relación interpersonal, que constituye en sí misma un hecho fenomenológico. La relación interpersonal, que siempre necesita para SER al menos a dos personas, se alimenta además de diversos factores psicobiológicos (psicológicos y biológicos a la vez) que se encuentran en cada individuo. Estos factores son:

1. EL Sí-Mismo (self en la terminología anglosajona más usada).
2. La vivencia de validez (de autodirección, de autogobierno). Tiene que ver con la vivencia de ser un individuo intencional, capaz de elegir.
3. La empatía. Es un concepto poli fenomenológico, que incluye aspectos de la sensibilidad interpersonal, aspectos de la comprensión mental de las intenciones del otro y de uno mismo, aspectos de la comprensión global del otro más allá de sus particularidades por separado y finalmente aspectos de la capacidad para implicarse personalmente en el sufrimiento del otro.

 © FEPSM

4. Agonismo/antagonismo. Tiene que ver con la consideración del semejante como una oportunidad o como un peligro. Está prefijada en el temperamento o en los primeros meses de la vida. Condiciona a su vez algunos factores de la empatía y de la vivencia del Sí-Mismo.

5. La regulación emocional. Se refiere a la capacidad de regular el efecto de las emociones en la conducta y en la acción final. La desregulación emocional lleva a un manejo ineficaz de la ira, del miedo, de la amenaza, de la necesidad de estima, de la ansiedad, del aburrimiento y del vacío interno, de la frustración y hasta de la vivencia de ser bien tratado. Se relaciona con todos los factores anteriores, pero alberga un elemento específico de falta de integración o de conectividad entre los distintos componentes emocionales, interpretativos, simbólicos, intelectuales y conductuales, y que será el causante final de conductas inconsistentes, impulsivas, mal adaptativas o destructivas que afectarán de manera abrumadora a la relación interpersonal.

Y todos estos elementos nucleares de la relación interpersonal pueden afectar de manera relevante a la libertad de la persona para consentir voluntariamente. Y, a la vez, todos estos fenómenos están íntimamente anclados en la CORPORALIDAD del individuo, en el mundo de las emociones, las vivencias, las necesidades afectivas, la autoimagen, los anhelos, etc. En la relación interpersonal de hoy en día, la voluntad, las pasiones, el individualismo desde la corporalidad (bienestar) y la relatividad moral, pesan notablemente más que la conciencia racional basada en referentes lógicos y en referentes éticos fundamentados en la Razón absoluta o en supuestos trascendentales.

Desde la visión psicobiológica y psicopatológica, los problemas de la RELACIÓN INTERPERSONAL que afectan al CONSENTIMIENTO los vamos a poder dividir, para entenderlos mejor, en tres categorías psicológicas de distinta naturaleza: 1. Psicopatología de la EMOCIONALIDAD, 2. Psicopatología del MIEDO y 3. Psicopatología de la MORALIDAD. Todas ellas ancladas, como decíamos antes, en el universo de la voluntad y de la corporalidad.

4.1. Psicopatología de la Emocionalidad. El consentimiento inmaduro e inconsecuente

La emocionalidad es un concepto abstracto que induce tanto a una interpretación positiva: capacidad de emocionarse, como a una interpretación negativa: desequilibrio de las emociones. Actualmente, se tiende a usar en el ámbito médico, como un concepto que indica un desbordamiento emocional que afecta a las capacidades racionales y de autogobierno del sujeto, bien por la intensidad o por la inadecuación de las emociones. La emocionalidad no constituye en sí ninguna enfermedad mental, aunque aparece como una constante en los trastornos límite de la personalidad, asociada a otros fenómenos psíquicos como la impulsividad, la agresividad, la fragilidad de la identidad y la hipersensibilidad interpersonal, que constituyen, entre todos ellos, el cuerpo del trastorno de la personalidad.

La EMOCIONALIDAD tiene varios componentes psicopatológicos con base psicobiológica:

a) **La desregulación emocional**, que tiene su base cerebral en las alteraciones de la conectividad entre las áreas límbico-amigdalares y la corteza prefrontal ventromedial (Siever y cols, 1997) y está también influida por las aportaciones del hipocampo como regulador de la memoria emocional (Ruocco y cols, 2004). La desregulación emocional tiene su expresión en forma de varias manifestaciones clínicas.

 © FEPSM

La más evidente en la inestabilidad afectiva, caracterizada por las oscilaciones bruscas del ánimo, en respuesta a acontecimientos nimios y levemente frustrantes del entorno. Se trata de acontecimientos de tipo interpersonal, como una negativa o un gesto que pueda indicar falta de aprecio suficiente, que afectan como una demolición de una identidad y una autoestima frágil del sujeto. En uno de estos hundimientos del ánimo el sujeto se siente miserable y despreciable y puede tomar decisiones autodestructivas o consentir acciones sobre él o ella que no están guiadas por su completo ser sino por el autodesprecio o la desesperanza. Otra manifestación típica son las reacciones agresivas explosivas, los accesos de ira en forma de rotura de objetos, autolesiones o agresiones a otros, verbales o físicas. Si la ira se prolonga, puede dar lugar a decisiones o sentimientos impulsivos y motivados en afectividades pobremente elaboradas. También se incluyen en los procesos de desregulación emocional las fijaciones obsesivas en antiguas frustraciones o traumas que no han podido ser superados mediante la integración emocional-intelectual, y que llevan a la depresión crónica y a la desesperanza, bajo cuyos efectos los consentimientos están sesgados afectivamente y faltos de perspectiva personal integrada del propio sujeto.

b) **La fragilidad y la inconsistencia de la identidad**. Este fenómeno se refiere al déficit en el desarrollo de una vivencia del Sí-Mismo (self) cohesionada y estable. Una autoidentidad así se vive como una imagen difusa de uno mismo y con sensación de fragilidad ante el otro.

Una autoimagen difusa o devaluada favorecerá la irrupción de intensos sentimientos negativos y de inseguridad paralizante ante estímulos desagradables del entorno de ligera intensidad. La identidad difusa produce una vivencia de falta de autodirección que aumenta la proclividad a la dependencia decisoria y con ello a los consentimientos ambivalentes e inconsistentes. *"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible la reducción equitativa de su obligación.".*

La biología de la identidad es uno de los retos más apasionantes de la neurobiología. En su formación intervienen varios procesos y elementos. Uno de ellos son las neuronas espejo, distribuidas por las áreas corticales, preferentemente en las áreas parietofrontales de asociación de estímulos sensoriales y de ejecución motora. También se le supone una relación significativa con las áreas temporales de percepción interior y emocional, así como con sus conexiones con hipocampo, principal depósito de la memoria de tipo emocional y con las áreas prefrontales ventromediales portadoras de las imágenes ideativas primitivas y simbólicas.

c) **La sensibilidad interpersonal**, se refiere a los procesos que se desencadenan ante estímulos procedentes de acciones, omisiones, gestos o mirada de otras personas.

Estos procesos implican a las áreas límbico-amigdalares y a su tendencia a la mayor o menor activación, muy relacionada a su vez con los circuitos septohipocámicos en los que se encuentran los restos de la memoria emocional y, por tanto, de las fijaciones de hechos pasados. Pero a su vez, también, dependente de los procesos reguladores "top-down" ejercidos desde las áreas prefrontales, que reciben la información de la amígdala inmediatamente y ejerce una acción automática de feedback. El procesamiento prefrontal de la información

 © FEPSM

amigdalar regulará a su vez la activación de la misma amígdala, tanto en sus zonas apetitivas como en la agresiva como en la zona relacionada con el miedo.

La hipersensibilidad interpersonal puede favorecer tanto las conductas defensivas y de protección ante el engaño como la sugestionabilidad y la idealización de personas no amigables, dando lugar a consentimientos viciados por defectos temporales de regulación de la voluntad.

d) **La empatía**. Este término, utilizado de manera confusa por el público general, se refiere a la capacidad de captar, comprender y tener una teoría sobre los procesos mentales de otras personas, incluyendo las motivaciones, las intenciones y la totalidad de la subjetividad de la otra persona. La empatía tiene un componente puramente sensitivo, de sentir que una entiende que el otro tiene un sentimiento determinado, bien sea doloroso o de alegría. Este componente tiene como base la identificación, la vivencia especular en la que el propio sujeto se ve reflejado. Tiene neurobiológicamente su sustrato en las neuronas espejo y en la activación del sistema límbico-amigdalar. Lleva a la afiliación e incluso al gregarismo, pero no implica en sí una comprensión subjetiva del otro. El segundo componente de la empatía es el cognitivo, que requiere una capacidad de mentalización por parte del sujeto y que es el que permite entender a la otra persona en profundidad. Llamamos mentalización a la posibilidad de hacer una teoría de la mente del otro. Esta habilidad depende de la puesta en marcha de conexiones neuronales en las áreas prefrontales, proceso que a su vez depende de la información emocional de los sistemas de apego procedentes del sistema límbico. A falta de esta capacidad de mentalización, la empatía se reduce a su componente emocional-identificativo, que se activa por aspectos superficiales o idealizados de la otra persona, y que está en el origen de las relaciones superficiales y de los consentimientos inmaduros y viciados por ligereza de la voluntad.

   Las personas con retrasos intelectuales o con enfermedades crónicas de tipo psicótico o demencial tienen déficits orgánicos que reducen la capacidad de mentalización. Pero fuera de estos supuestos, la mentalización es un proceso que se activa desde el apego con la otra persona y que requiere estabilizar las afectividades intensas como la ira o resentimiento y la pasión sentimental. La falta de mentalización, y por tanto de empatía cognitiva y comprensiva pueden dar lugar a fenómenos de idealización o de demonización que pueden influir en el consentimiento o en la retirada del consentimiento previo.

e) **La intolerancia a la soledad** se refiere a un fenómeno que va más allá del normal deseo de compañía de cualquier persona, y que se asienta en el insuficiente desarrollo de los fenómenos madurativos de individuación. Estas personas experimentan la falta del otro como una desestructuración de su edificio psíquico, como la retirada del suelo que se pisa.

   Las bases neurobiológicas de la intolerancia a la soledad pueden ser de distintas naturalezas. En las personalidades extremadamente dependientes pueden asentar en déficits tempranos en el procesamiento de los estímulos de frustración en áreas prefrontales ventrales, que dan lugar a la denominada inconstancia de objeto, que conlleva una incapacidad para internalizar a la otra persona, aunque no esté presente. En sujetos que han padecido situaciones traumáticas o muy angustiosas en la infancia (a veces desplazadas al inconsciente) pueden implicar a áreas

 © FEPSM

septohipocámpicas hiperactivadas e hipersensibles a los estímulos de abandono y a la falta de una imagen protectora.

La angustia y la inquietud asociadas a la soledad anticipan en estas personas la amenaza de una vivencia insoportable de abandono, y harán esfuerzos frenéticos para evitar dicho abandono, dando lugar a vicios del consentimiento por extrema necesidad. *"También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación."*

f) **El sentimiento crónico de vacío** se refiere a una vivencia dolorosa de desconexión con lo vital y de falta de sentido (nihilismo). La vida se convierte en una inercia despersonalizada vivida en una dolorosa soledad desesperanzada.

El sustrato neurobiológico del sentimiento crónico de vacío tiene una parte en los sistemas de autopercepción o interocepción situados en las circunvoluciones temporales cingulares y áreas de la ínsula. Otra parte está probablemente en zonas del área tegmental ventral, relacionadas con la dopamina y con las vivencias de conexión y anhelo vital.

El sentimiento crónico de vacío surge en parte por el padecimiento de graves traumas en la infancia que han bloqueado los canales de interacción afectiva y la capacidad de amar y de sentirse amado. Y, por otra parte, conecta con la inconsistencia de la autoimagen y de la vivencia del Sí-Mismo (self), derivadas de no haber recibido los nutrientes afectivos adecuados procedentes del entorno. Este sentimiento lleva al desprecio por uno mismo y al desdén por el transcurso de la vida, y da lugar a consentimientos de tipo autodestructivo, tanto en el área del suicidio como en el de la explotación sexual.

Todas estas condiciones incluidas en el concepto global de la EMOCIONALIDAD crean un sustrato propicio para los vicios del consentimiento por inmadurez o por ligereza, o para que el consentimiento, como comentamos al inicio, no pueda ser considerado “serio”. Hoy sabemos, tras tres décadas de investigación en el fenómeno de los denominados trastornos de la personalidad (anteriormente psicopatías) que estas anomalías de los afectos y de las conductas, aunque no constituyen una incapacidad psicótica para el discernimiento, proceden de un déficit subyacente que origina la ineficaz modulación de las emociones y de las decisiones. Déficits que se objetivan en las insuficientes habilidades para la regulación emocional, para la autorrepresentación consistente y para la comprensión integrada de la mente de las otras personas. Estos déficits psicobiológicos colocan al sujeto en situaciones de inferioridad psicológica frente a personas a las que perciban desde la idealización, el pánico al abandono, la ingenuidad empática, la necesidad desesperada de estima o la dependencia patológica. Pero no solo el consentimiento puede ser inmaduro e inconsistente, sino también la retirada del consentimiento. Desde la inconsistencia de la identidad y de la regulación emocional, y unido a las relativizaciones morales que veremos más abajo, el consentimiento puede ser ofrecido y retirado de maneras que pueden ser consideradas patológicamente caprichosas.

4.2. Psicopatología del Miedo. El consentimiento forzado.

En este caso estaríamos ante el consentimiento forzado que en Psicopatología no puede limitarse a los supuestos de amenaza física explícita o de chantaje abiertamente amenazante, en cuyo caso la invalidez del consentimiento parece indiscutible por tratarse de una acción forzada para evitar un peligro

 © FEPSM

manifiesto. Desde la Psiquiatría se entiende la percepción del peligro de una manera más compleja, integrando aspectos particulares de la percepción interpersonal y elementos no explícitos de la comunicación interpersonal. Las bases biológicas del miedo se encuentran fundamentalmente en las áreas septo-hipocámpicas del sistema límbico cerebral, en sus conexiones con la amígdala y en las conexiones amígdala-estriado y amígdala-corteza prefrontal. El septo-hipocampo porta la memoria emocional traumática de sucesos anteriores similares y es el activador de la amígdala. De que el estímulo de peligro o amenaza se convierte en un pánico paralizante serán responsables las conexiones funcionales con los núcleos talámicos y subtalámicos y con la amortiguación de la amenaza que pueda realizar la corteza prefrontal reduciendo la activación de la amígdala.

La angustia paralizante puede surgir en personas que han sufrido algún evento traumático pudiendo ofrecer un aparente consentimiento ante sujetos que perciben como potencialmente peligrosos. La idea del no consentimiento ante la solicitud de un grupo de personas desconocidas puede anticipar una vivencia de pánico intensa en una persona indefensa y llevarla a una actitud de aparente consentimiento por no oponer resistencia expresa. Una situación similar se puede producir ante las solicitudes o acercamientos sexuales de una figura idealizada, ante la que puede surgir una angustia paralizante que puede ser malinterpretada como consentimiento. Si bien, esto está contemplado de manera clara en los casos de abusos de personas menores de edad, la situación no difiere psicodinámicamente de lo que ocurre en mayores de edad ante la insistencia de personas a las que tienen altamente idealizadas. En estos casos, el temor no es al riesgo físico, sino a la amenaza de desvalimiento del Yo (sí -mismo) y destrucción de la integridad mental. La persona idealizada puede ser un clérigo, un médico, psicólogo o consejero psicológico que ejerce un elevado poder sugestivo sobre la persona.

El miedo es también el factor invalidante del consentimiento en los casos en los que la petición insistente procede de un superior jerárquico o persona que ejerce un gran poder sobre la vida profesional del individuo. El temor por desairar a la persona poderosa puede producir un pánico por desvalimiento en personas con altas cargas familiares y dificultades económicas y llevarle también a un falso consentimiento.

Este último supuesto precisa un cuidadoso diagnóstico diferencial con las situaciones en las que puede haber un consentimiento no fundamentado en el agrado y en el acuerdo, pero auto forzado por aspiraciones de naturaleza narcisista, como el éxito y los favores profesionales. Con el tiempo, algunas de estas personas que consintieron por motivaciones narcisistas pueden querer borrar toda huella de aquel sometimiento denunciando la situación ocurrida como abuso.

Finalmente, también deberíamos incluir en el consentimiento forzado psicopatológicamente a las personas con marcada incapacidad para “decir que no” y para expresar opiniones contrarias, en un intento permanente de evitar el rechazo, el abandono o el conflicto. En algunos de estos casos podrá establecerse el diagnóstico de un verdadero trastorno de la personalidad dependiente, que pueden llegar a aparentes consentimientos de situaciones claramente lesivas y vejatorias. Pero en muchos otros se tratará de sujetos neuróticos y funcionantes con características pasivo-agresivas que les ayudarán a canalizar la ira derivada del continuo consentir para evitar el rechazo.

4.3. Psicopatología de la Moralidad. El consentimiento inconsistente y arbitrario

La moralidad puede ser entendida como una APTITUD, una capacidad. Pero también puede ser entendida como una ACTITUD, una disposición afectivo-conductual. La Psiquiatría considera la

 © FEPSM

existencia de trastornos en los que existe una incapacidad para la correcta acción moral, entre los que se incluyen los trastornos psicóticos, los trastornos orgánico-cerebrales e incluso algunas formas primarias de la psicopatía, en los que se objetiva una deficiencia de los mecanismos cerebrales implicados en la comprensión del entorno social. Pero estos trastornos no abarcan a otras anomalías de la conducta moral en las que no puede objetivarse una falta de capacidad o de aptitud moral de base orgánica. En estos otros casos deberemos hablar por tanto de trastornos de la ACTITUD moral y no podremos apoyarnos en la existencia de un déficit de la integridad de la conciencia para entender su naturaleza enfermiza. Y, sin embargo, no podremos ignorar el carácter psicopatológico que la observación fenomenológica de dichas conductas demuestra. Por tanto, tendremos que entender la moralidad psicopatológica desde dos perspectivas: la clásica de las CAPACIDADES MORALES MERMADAS (enfermedad mental clásica) y una nueva perspectiva de ACTITUDES MORALES VICIADAS (disfunciones en la regulación de la voluntad). Y no nos valdrá ya la definición de "locura moral" de Ceckley (1930), porque la moral en sí misma ha sido redefinida a lo largo de las últimas décadas.

La utilización del término moral se ha referido siempre a la presencia o ausencia de valores relacionados con el bien, con el respeto y la consideración por las necesidades de los demás, con la aversión por la crueldad, con el respeto de la vida y de la propiedad ajena y con la aceptación de la necesidad de compartir con el otro. Los valores morales apelan a la virtud ética y a la virtud social y se encuentran en distinta medida en las diferentes personas.

Pero el concepto de virtud, una vez que la corporalidad se hace sujeto y prescinde de una conciencia trascendente e ilusoria, es relativo. En la cultura actual, los referentes clásicos de la moralidad se han diluido considerablemente e incluso en algunos casos han cambiado de valencia. El valor simbólico ha cambiado para fenómenos como la discreción, la cortesía, el engaño, la paternidad, el respeto a la autoridad, la competitividad, el honor, la avaricia, el individualismo, la libertad individual, el merecimiento, el egoísmo/generosidad, el pudor, la sexualidad, el embarazo, el propio cuerpo y el sufrimiento mismo.

La consecuencia inmediata de la dilución de los valores mencionados es la aparición de la inconsecuencia y de la falta de fiabilidad como elementos comunes y aceptados por la cultura misma. Las decisiones "caprichosas" han dejado de ser deshonestas para pasar a constituir manifestaciones virtuosas de libertad individual y de asertividad. De la misma manera, el consentimiento puede constituir también una manifestación caprichosa y sin fundamento, con el mismo simbolismo de afirmación de la libertad individual. A veces incluso puede darse el consentimiento para hechos autodestructivos sin otra voluntad que la afirmación de la libertad individual frente a la reprobación familiar o social.

De esta manera, el consentimiento como decisión personal integrada y responsable da lugar a lo que en psicopatología llamaremos un consentimiento impulsivo e inestable, que constituye un consentimiento inmaduro, fragmentado, voluble, inconsistente y de carácter impersonal. A pesar de ello, al no darse una alteración psicopatológica de la conciencia (fragmentada, invadida o disociada) ni de la capacidad intelectiva o volitiva, no es posible determinar su condición patológica conforme a los criterios psicopatológicos clásicos.

Encontraremos este tipo de consentimiento inestable-impulsivo en los trastornos de la personalidad de todo tipo, aunque preferentemente en los de tipo inestable-impulsivo como el trastorno límite o el histriónico, y en los que presentan inconsistencia o difusión severa de la identidad, como el narcisista

 © FEPSM

o el esquizotípico. Sin llegar al grado de trastorno de la personalidad, aquellas personas que presenten rasgos de inconsistencia del self (identidad y déficit de autodirección) y de disfunción interpersonal (dependencia fusional o antagonismo narcisista), serán proclives a situaciones de consentimiento viciado, inconsistente o inestable.

5. CONCLUSIONES

El consentimiento jurídico implica un acto voluntario y libre de la persona. La jurisprudencia y la propia psicopatología han tendido a considerar como libre a todo acto realizado por la persona sana que no está sometida a forzamiento o a engaño o a trastornos mentales incapacitantes. Sin embargo, la percepción de que toda conciencia humana actúa con libertad desde el dominio de su razón queda cuestionada por la evidente imposibilidad de separar la naturaleza racional de la conciencia de su propio anclaje en la corporalidad del sujeto. Desde la corporalización del sujeto, la voluntad sustituye a la conciencia como referente de la libertad, y la emocionalidad sustituye a la razón como fundamento último del consentimiento, de manera que los actos consentidos no tienen en último extremo que sujetarse a razón de ninguna clase. Desde esta corporalidad de la libertad, los fenómenos ligados a la regulación de las emociones y de los afectos van a cobrar una importancia crucial en la modulación del consentimiento humano, del mismo modo que la propia conducta moral se verá relativizada y sometida a nuevas valoraciones, exentas de referencias racionales, éticas o trascendentales e inspiradas en las necesidades emocionales y corporales del individuo.

© FEPSM

© FEPSM

5

El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual

EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

1. INTRODUCCIÓN

La violación ha existido siempre y su regulación legal ha sufrido cambios notables a lo largo de la historia[1], vinculados con las ideas morales imperantes[2].

En el Código de Hammurabi la violación de una mujer virgen estaba castigada con la muerte, pero si se violaba a mujer casada, la mujer compartía el destino de muerte de ahogamiento con su agresor, salvo que el marido decidiera sacarla del agua. En la Biblia se proponía el castigo de la violación de la mujer casada pero no de la mujer virgen[3].

En la monarquía romana el forzamiento de una mujer era admitido, ya que la relación del hombre con sus subordinados era de dominación y la violación de mujeres no sometidas se castigaba con la lapidación.

En la Edad Media la violación estaba vinculada con el honor por lo que no tenía castigo la violación de mujeres amancebadas o prostitutas[4], y como consecuencia del derecho de vasallaje se reconoció el llamado derecho de pernada (iusprimaenoctis).

---

[1] FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. "La frágil línea de la violencia y la intimidación en los delitos sexuales. La proyección del no estas figuras delictivas: reflexiones en torno a un único delito sexual por la visión de género. Apuntes para un bien jurídico colectivo propio de una sociedad del siglo XXI". Editorial Sepin. Junio de 2018.

[2] VALLEJO TORRES, Carla. "Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar sobre dentro. La ley Digital, 10039/2018. En este artículo se contienen las siguientes reflexiones sobre la relación de la regulación de los delitos sexuales con los roles históricos de hombres y mujeres. *"La regulación que se ha hecho de ellos ha respondido, y servido de sustento, a un concreto orden donde la mujer era definida por su condición de cuerpo sexuado y moral virtuosa que la hacía merecedora, entonces sí, de una protección penal que no se dispensaba a los hombres, en tanto que no se concebía a los mismos como posibles víctimas de tales delitos. El adulterio, únicamente femenino, la violación definida como yacimiento forzado con mujer, o el estupro con doncella menor de 23 años, encajaban como un guante dentro de los marcos de una sociedad donde los roles y la moral sexual determinaban también la titularidad de los derechos".*

[3] Deuteronomio, capítulo 22, versículos 25 a 26. "Pero si el hombre haya en el campo a la doncella desposada y la fuerza, él solo ha de morir; la doncella ninguna pena sufrirá, ni es culpada de muerte; porque, así como un salteador se arroja sobre su hermano y le quita la vida, de la misma manera fue asaltada la doncella; estaba sola en el campo, dio voces y ninguno apareció que la valiese. Si un hombre hallare a una doncella virgen que no está desposada, y forzándola la desflora y se pone la cosa en tela de juicio, dará el agresor al padre de la doncella cincuenta siclos de plata y la tomará por mujer, porque la desfloró; ni podrá repudiarla en todos los días de su vida".

[4] La Ley 80 de Toro, número 45, afirma no se debe imponer pena alguna por la fuerza ejercida en una mujer pública. Y en el artículo 670 del Código Penal de 1822 y también en el Código Penal de 1928 se reducía la pena a la mitad por rapto o violación de "una mujer pública, conocida como tal".

 © FEPSM

En la Alta Edad Media se reconoció a la mujer el derecho a denunciar la violación, debiéndose arañar la cara en señal de dolor, denunciado dentro de los tres días y sometiéndose al examen de las matronas.

Es a partir de la Revolución Francesa se empezó a vincular el castigo de la violación con la libertad de la mujer.

No hace muchos años, en el Código Penal de 1973 se castigaban estos delitos no como atentados contra la libertad sexual sino como atentados contra la honestidad y el perdón de la víctima se presumía cuando se casaba con su agresor. Además, la indemnización por el delito consistía en dar una dote a la víctima y reconocer a la prole, si la ley civil lo permitía.

Actualmente los delitos sexuales están vinculados con la libertad personal, con la libertad sexual en un doble aspecto: De un lado, toda persona tiene derecho a expresarse sexualmente como quiera y, de otro, tiene derecho a negarse y a no tolerar actos sexuales de otro cuando no preste consentimiento o cuando no esté en disposición de consentir.

La libertad sexual puede definirse en abstracto como la facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad y la indemnidad sexual se entiende como el derecho de menores y personas con discapacidad a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual[5].

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que introdujo una importante modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, los bienes jurídicos que protegen los tipos penales de este Capítulo *"no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos".*

En los últimos años y al empuje de los movimientos feministas se va abriendo paso un nuevo enfoque, la perspectiva de género, que busca encontrar nuevas herramientas para el tratamiento de la violencia contra la mujer. Su punto de partida es que la violencia de este tipo no es solo una violencia individual sino estructural, que tiende a perpetuar las estructuras patriarcales y que expresa una latente situación de dominación del hombre sobre la mujer que debe ser abordada con medidas antidiscriminatorias que tiendan a reequilibrar una situación de patente desigualdad. Esta nueva perspectiva pretende que el consentimiento y la libertad personal no sean los ejes para abordar los delitos sexuales sino la superación de desigualdad entre hombres y mujeres.

Esta posición, que es encomiable en sus objetivos y en muchos de sus logros y propuestas, no está exenta de riesgos ya que nunca debe olvidarse que el derecho penal no castiga estereotipos, ni perfiles criminales, sino hechos y personas concretas, y tampoco que la protección a la víctima de un delito no puede ser justificación para mitigar o reducir la vigencia del principio de presunción de inocencia, que es una conquista irrenunciable de la civilización, del estado de derecho y de la democracia.

---

[5] GONZALEZ CUSSAC Y OTROS. Derecho penal parte especial. Editorial Tirant lo Blanch. 6ª ed. Valencia 2019. Pág.209.

© FEPSM

2. TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales están regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal (artículos 178 a 194). El Título está compuesto de los siguientes capítulos: Capítulo I, de las agresiones sexuales; Capítulo II, de los abusos sexuales; Capítulo II bis, de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; Capítulo III, del acoso sexual; Capítulo IV, de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual; Capítulo V, de los delitos relativos a la prostitución y la explotación sexual y corrupción de menores; Capítulo VI, dedicado a disposiciones comunes a los capítulos anteriores.

Se suele decir que el Código Penal es la constitución en negativo porque detalla lo que el ciudadano no puede hacer, las acciones que pueden dar lugar a una sanción penal. Pues bien, siguiendo este esquema, en los delitos sexuales la ley penal no define en qué consiste el consentimiento o qué acciones están permitidas, sino lo contrario: Las acciones prohibidas y los supuestos en que o no hay consentimiento o el consentimiento está viciado o no se puede consentir o, aunque haya consentimiento, su existencia es irrelevante para la sanción penal.

El Código Penal define un amplio catálogo de conductas constitutivas de delito. Trataremos de caracterizar por sus rasgos más sobresalientes los distintos tipos penales.

a) Agresión sexual

Es cualquier atentado contra la libertad sexual, utilizando violencia o intimidación. En el caso de que el ataque consista en la penetración vaginal, anal o bucal, en la introducción de objetos por las dos primeras vías la pena es superior y la agresión se define legalmente como violación (artículos 178 a180 CP).

b) Abuso sexual

Se regula en los artículos 181 y 182 CP y consiste en la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual y que se realicen sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento.

La ley precisa en el artículo 181.2 CP que "*a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto"* y en el artículo 181.3 CP se señala que *"la misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima"*. En el artículo 182 CP también se define como abuso sexual la realización de actos de carácter sexual con persona mayor de 16 años y menor de 18 años, cuando se realicen *"interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima".*

c) Agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años

El Código Penal dedica un capítulo especial para los menores de 16 años y considera que todo acto sexual con ellos carece de consentimiento y se castiga como abuso sexual o como agresión sexual, en este último caso si hay violencia o intimidación (artículo 183 CP). Se castigan en este ámbito "determinar" a un menor para que participe en comportamientos de naturaleza sexual o le haga presenciar actos de esta naturaleza y también se castiga contactar con menores a través de Internet y

 © FEPSM

realizar actos de acercamiento para realizar abusos sexuales o actos pornográficos (artículo 183 bis CP).

d) Acoso sexual

Consiste en solicitar favores de naturaleza sexual provocando en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Se castiga más gravemente si el autor se prevale de una situación de superioridad, laboral, docente o jerárquica y cuando la víctima es especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o situación personal (artículo 184 CP).

e) Exhibicionismo y provocación sexual

Supone la realización de actos de exhibición obscena o la venta o exhibición de material pornográfico, con o sin consentimiento, a personas menores de edad, con discapacidad necesitadas de especial protección (artículo 185 y 186 CP).

f) Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores

Se castiga el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad para determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella (artículo 187 CP). También se castiga la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de un menor o de persona con discapacidad necesitada de especial protección, agravándose la pena cuando se emplee violencia o intimidación (artículo 188 CP). Por último, se castiga la utilización de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección en espectáculos o en la elaboración de cualquier material pornográfico (artículo 189 CP).

El objetivo de este pequeño trabajo es analizar los delitos sexuales desde la perspectiva del consentimiento de la víctima, que es el elemento esencial que determina, de un lado, si existe o no delito y, de otro, el tipo de delito cometido. A tal fin será suficiente analizar las distintas situaciones, relacionándolas con los delitos de abuso y agresión sexual, dado que las categorías utilizadas en estos delitos son de plena utilidad para la aplicación en los restantes delitos contra la libertad sexual: acoso sexual, exhibicionismo y prostitución y explotación y corrupción de menores.

3. ACTOS SEXUALES EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA: USO DE VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

El uso de violencia o intimidación es la nota distintiva del delito de agresión sexual, que puede ser definido como todo atentado contra la libertad sexual de una persona en contra de su consentimiento, mediante el empleo de violencia o intimidación.

En esta situación la víctima no consiente y el autor actúa sabiendo que la víctima no quiere el acto y consigue su propósito empleando medios violentos o intimidatorios.

a) Violencia

La violencia es el empleo de fuerza física sobre la víctima para doblegar su voluntad (STS 749/2010, de 23 de junio). En la STS 368/2010, de 26 de abril, se señala que la violencia es “acometimiento, coacción, imposición material e implica una agresión real más o menos violenta o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”.

 © FEPSM

No es necesario que sea irresistible, ni de inusual gravedad, sino suficiente para conseguir el fin pretendido y su entidad ha de valorarse en función de las circunstancias concurrentes. Señala Muñoz Conde que "no es necesario una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, para evitar males mayores, "consentir" en la agresión sexual apenas comiencen los actos de violencia".[6]

En la sentencia del Tribunal Supremo 754/2012 de 11 oct. 2012, se indica que:

> *"hemos venido perfilando los elementos integrantes de la violencia a que se refiere el artículo 178 CP , entendiendo que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto".*

La STS 1564/2005, de 27 de diciembre señala:

> *"en general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, si acaso dando preferencia a este último, máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa "cuota de sangre" para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, ello supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado".*

Hay casos en que se discute si la violencia empleada por el autor es suficiente para integrar el delito de agresión sexual. Así ocurrió en un caso reciente analizado por el Tribunal Supremo en que la sentencia de instancia describió la acción en los siguientes términos: *"la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo y una vez allí, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos".*

El alto tribunal en la STS 249/2019, de 14 de mayo (Ponente: Jorge Barreiro) estimó el recurso porque si bien

> *"el mero hecho de agarrar a la víctima sin que se especifique que fue un agarrón con fuerza, sino que la llevaba agarrada por el pasillo, no permite hablar de un acto violento. Ahora bien, no puede decirse lo mismo del hecho de tirarle del pelo cuando ya están dentro del cuarto de aseo y ella se acaba de negar rotundamente a realizar el coito vaginal con el acusado. La acción de tirar del pelo a una persona entra claramente, en principio, dentro del concepto de violencia, máxime cuando se hace sobre una persona que se está negando a tener una relación íntima con quien propina el tirón. En una situación de esa naturaleza y con el significado que tiene una actuación agresiva de esa índole, resulta claro que se está ante una conducta violenta que tiene un objetivo que no puede ser otro que doblegar la voluntad de una persona que se opone a lo que el acusado pretende. Otro tanto puede decirse del hecho de sujetarla con los antebrazos a la altura del cuello".*

[6] MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Ed. Tirant lo Blanch. Ed. 18. Valencia 2010. Pág. 2324.

© FEPSM

En la STS 254/2019, de 21 de mayo (Ponente: Magro Servet), se recuerda la sólida doctrina de que para apreciar la existencia de agresión sexual no se precisa de un acto heroico de oposición de la víctima y que, desde luego, la agresión sexual cabe en el ámbito matrimonial o de pareja.

> *"No puede, en consecuencia, exigirse a la víctima un acto heroico de oposición férrea que pueda determinar un serio peligro a su integridad física ante un relato de hechos probados como el descrito en el presente caso, destacando que en modo alguno puede admitirse que la relación de pareja otorgue a una persona el derecho a tener con la otra relaciones sexuales, por cuanto si ésta se niega y se emplea violencia, como aquí ocurrió, el hecho integra un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP. La violación en pareja deviene así ante situaciones como la presente en la que concurren los elementos típicos del delito de agresión sexual, porque el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro de la pareja, de tal manera que, si el acto sexual se consigue, como aquí ocurrió con la clara negativa de la víctima y se emplea violencia o intimidación el hecho es incardinable en el delito de violación".*

b) Intimidación

La intimidación es la vis compulsiva o psíquica. Consiste en cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento y se caracteriza porque compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o la advertencia de un mal inminente, grave, racional, fundado, capaz o idóneo para provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la víctima[7].

Es necesario que, por consecuencia de la intimidación ejercida, el sujeto pasivo esté convencido de que pende un mal que se puede hacer realidad en cualquier momento, aunque no sea cierta tal impresión.

La intimidación debe ir dirigida a doblegar la voluntad de la víctima y no es necesario que sea irresistible y basta que sea suficiente en el caso concreto, en función de las circunstancias, para conseguir el amedrentamiento de la víctima y para que el autor se aproveche de esa situación.

Lo normal es que la intimidación se exteriorice mediante amenazas, pero es suficiente que a través de la acción del sujeto activo la víctima sea consciente de que cierne sobre ella un mal real, grave y serio y de que no hay otra forma de vencerlo que accediendo a los deseos del agresor.

En la STS de 22 de mayo de 1996, se señalaba lo siguiente:

> *"en la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May. 1988, 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992, entre otras). La gravedad de la intimidación se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los*

[7] DEL MORAL GARCÍA, Antonio y otros. Obra colectiva. CODIGO PENAL. Comentarios y jurisprudencia. Editorial Comares. Granada 2018. Tomo II. Pág. 985.

 © FEPSM

actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones."

Y en la STS 953/2016, de 15 de diciembre, se afirma:

"la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males."

En los últimos años se viene abriendo paso la apreciación de la llamada "intimidación ambiental", que es aquella en que no es necesario que el autor exprese unas amenazas concretas hacia la víctima, sino que la situación intimidante se derive del contexto en el que se desarrolla la acción.

"*Así, en la ya lejana STS 136/2006 de 8 Feb. 2007, se declaró que "La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta".*

Este mismo criterio se ha utilizado en el conocido caso de La Manada (STS 344/2019, de 4 de julio-Ponente: Polo García) en la que se apreció intimidación ambiental por una actuación en grupo en un cubículo de estrechas dimensiones y sin posibilidad de salida, con cita de otra sentencia anterior STS 1291/2005, de 8 nov. 2005, en donde se argumenta en los siguientes términos:

"Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7. 3. 97 y 481/2004 de 7.4).

También se ha utilizado en la STS 332/2019, de 27 de junio (Ponente: Magro Servet) con el siguiente razonamiento:

"Hay que resaltar que cuando se dan casos como este en los que se trata de supuestos en los que el autor del delito se "aprovecha sexualmente" de la presencia de menores en su hogar, el silencio de los menores ante la "intimidación ambiental" que supone la ejecución de los hechos en un centro cerrado, como puede ser el domicilio de un hogar, o cualquier otro lugar del que no se pueda salir tan fácilmente, da lugar a que los menores se callen y no lo cuenten, hasta que un hecho puntual, como puede ser en este caso un amigo on line a quien ella le cuenta lo ocurrido, o el paso de los años y la negativa a seguir soportándolo al contar con una edad suficiente para darse cuenta del

 © FEPSM

daño que están sufriendo y que no deben consentir, les hace rechazar los hechos y denunciarlos a su madre".

4. ABUSOS SEXUALES NO CONSENTIDOS

En las agresiones sexuales el sujeto actúa contra el consentimiento de la víctima empleando violencia o intimidación. En cambio, en los abusos sexuales, que es una categoría amplia de delitos sexuales, el sujeto activo actúa sin emplear métodos violentos o intimidatorios, pero sin obtener el consentimiento de la víctima u obteniéndolo, pero de forma viciada. Haremos una reseña diferenciada de esos delitos que se engloban bajo la categoría común de abusos sexuales.

Tanto las agresiones como los abusos sexuales comparten la nota de ausencia de consentimiento y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha indicado que es perfectamente posible que en una situación que se inicie sin violencia el autor acabe empleando violencia o intimidación, en cuyo caso lo que inicialmente podría haber sido calificado como abuso se transmute en una agresión sexual.

El abuso sexual no consentido admite distintas modalidades de conformidad con el artículo 181.1 y 2 del Código Penal, y que son las siguientes:

a) Situaciones de pérdida de conocimiento

Cuando la víctima ha perdido el conocimiento o está narcotizada o anestesiada y, en general, cuando la víctima no está en condiciones físicas de ejercer sus facultades mentales (27/06/2012).

El Tribunal Supremo ha apreciado esta situación cuando la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa de la víctima.

> En la STS 1027/2010, de 25 de noviembre (Ponente: Soriano Soriano), con cita de la STS de 28/07/2009, se recuerda que *"la jurisprudencia ha señalado que no es un proceso con ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen a los impulsos sexuales trascendentes".* En este sentido la sentencia de esta Sala de 28-10-91, establece que *"si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerme a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios*"; y la de 15-2-94, precisa que *"la correcta interpretación del término privada de sentido exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios...".*

b) Abuso de trastorno mental

Cuando se abuse del trastorno mental de la víctima. En una situación así lo determinante es que la víctima sufra una enfermedad que le impida comprender la significación sexual de su conducta y actuar de acuerdo con dicha comprensión. Se precisa que el autor conozca el trastorno y se aproveche de esa circunstancia.

 © FEPSM

Las situaciones que pueden tener cabida en este tipo son muy variadas y su apreciación depende, en gran medida, del resultado de los informes periciales sobre la víctima.

Por citar algunos pronunciamientos más recientes, en la STS 127/2017, de 28 de febrero (Ponente: Giménez García) no se apreció la existencia de abusos sexuales en un supuesto de retraso mental ligero de la víctima, y se argumentó, de acuerdo con la prueba disponible que

> *"para el delito de abuso sexual el déficit intelecto-volitivo de la víctima debe de proyectarse necesariamente sobre la significación del acto sexual y sobre su capacidad de decidir, por lo tanto, la existencia de un retraso mental no tiene porqué incidir y afectar a la sexualidad en el doble sentido expuesto".* Más aún, como se recuerda en la STS 1035/2010 de 27 de octubre, en un caso del todo semejante al actual, ya se dijo que *"el retraso mental no es incompatible con la capacidad de autodeterminación sexual".*

En la STS 634/2015, de 28 de diciembre (Ponente: Colmenero Luarca) se apreció una situación de abuso sexual respecto de una mujer diagnosticada administrativamente en un 65%, y que se correspondía con un retraso mental ligero con retraso madurativo que afectaba de forma importante sus facultades cognoscitivas y volitivas y le impedía tomar decisiones de forma libre y consciente en todos los ámbitos de la vida.

Y en la más próxima STS 181/2019, de 2 abril (Ponente: Sánchez Melgar) se apreció la existencia de abuso sexual respecto de una mujer con una minusvalía psíquica del 66%, con incapacitación civil plena, porque mediante prueba pericial se constató que la víctima era

> "*incapaz de prestar un consentimiento válido en aquellas situaciones que requieran una elaboración intelectual medianamente complejas (tales como mantener una relación sexual), incapacidad que será más acentuada en situaciones de estrés o de excitación emocional o sexual, lo que incrementa su vulnerabilidad".*

c) Uso de fármacos o drogas

Cuando se anula la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto. A diferencia de los casos anteriores el sujeto activo se procura los medios idóneos para abusar sexualmente consiguiendo la inconsciencia de la víctima. Esta modalidad fue introducida por la Ley Orgánica 5/2010 y la doctrina se muestra unánime en considerar que esta conducta debiera ser castigada como una agresión sexual.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que no es preciso un estado de total inconsciencia sino un estado tal que impida oponerse a los deseos del asaltante.

5. ABUSOS SEXUALES CONSENTIDOS, PERO CON VICIO DE CONSENTIMIENTO

a) Abuso sexual mediante prevalimiento

El artículo 181.3 CP sanciona como abuso sexual con la misma pena que en los casos anteriores "cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

 © FEPSM

En estos casos hay consentimiento, pero está viciado. Es necesaria la existencia de una relación de superioridad y que sea aprovechada por el autor para obtener un consentimiento que de otra forma no se hubiera obtenido.

La situación de superioridad puede tener origen en motivos muy diversos: relaciones laborales, relaciones docentes, dependencia económica, diferencia de edad acentuada, amistad familiar, convivencia familiar, desamparo de la víctima, temor reverencial, etc.

Concretamente, para el caso de los abusos sexuales, la STS 542/2013, de 20 de mayo, define así el prevalimiento:

> *"El referido prevalimiento debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación."*

Según una constante doctrina jurisprudencial, en la descripción típica, se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente "manifiesta", es decir, objetivamente apreciable y no solo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea "eficaz", por tanto, debe tener relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce (STS 608/2015 de 20 de octubre).

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes: 1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre).

La antes citada STS 542/2013, de 20 de mayo distingue el prevalimiento de la intimidación argumentando que la primera es como la segunda, pero de grado inferior:

> *"Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal , es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual."*

En el caso de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre prevalimiento e intimidación cobra especial importancia, puesto que si concurre el prevalimiento estamos ante un delito de abusos

 © FEPSM

sexuales del art. 181.3 CP y, en cambio, si se produce intimidación la calificación sería de agresión sexual del art. 178 del CP.[8]

La STS 47/2013, de 29 de enero (Ponente: Colmenero Luarca) analizó la aplicación de esta clase de abusos en el contexto de malos tratos habituales en el ámbito doméstico concluyendo que podrá aplicarse el tipo dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso. El razonamiento del Tribunal Supremo fue el siguiente:

> *"Se ha planteado en alguna ocasión la existencia de abusos sexuales con prevalimiento en el marco de comportamientos propios de la violencia habitual en el ámbito doméstico dirigida por el varón contra la esposa o pareja sentimental. Como característica de esa clase de violencia se ha mencionado la existencia de una situación permanente de agresión, la "... permanencia en el trato violento" (STS núm. 770/2006 o 1212/2006), que causa un continuado temor a la víctima, la cual vive en "...un microcosmos regido por el miedo y la dominación", (STS núm. 927/2000), de forma que puede cuestionarse si eso, es decir, la superioridad del varón generada por su continua actitud violenta y despreciativa hacia la mujer, es suficiente para dar lugar al prevalimiento exigido en el artículo 181.3 del Código Penal.*

Esta Sala ha contemplado supuestos de agresiones sexuales en el ámbito de una relación matrimonial o equivalente (STS núm. 525/2009, entre otras), incluso en el marco de una relación de violencia física habitual del varón contra la mujer (STS núm. 433/20093 o STS núm. 506/2009, entre otras), cuando las características de la violencia o intimidación empleadas así como las demás circunstancias de los hechos permitan esa calificación jurídica.

> *Igualmente ha reconocido "...véanse la sentencia de 22/10/2007 y las que recoge- la situación fronteriza entre la intimidación y el prevalimiento, cuya diferenciación ha de ser siempre una actividad individualizada en cada caso; y que, en el supuesto de prevalimiento, el consentimiento de la víctima está meramente viciado mientras que, en el de intimidación, no existe tal consentimiento de la víctima, cuya voluntad está doblegada por el miedo que le provoca la actitud del agente", (STS núm. 436/2008).*

Ante situaciones de esta clase, no es posible establecer simplemente de forma genérica que toda relación sexual que tenga lugar en el marco de relaciones caracterizadas por esa clase de situación permanente de dominación constituye por ello mismo un delito de abusos sexuales con prevalimiento, pues no puede negarse de esa forma tan general que la víctima, en algunos casos o en algunos momentos de la convivencia de la pareja, pueda actuar, en el momento concreto en el que se produce el hecho, con suficiente libertad para rechazar o aceptar el acto sexual, o incluso desearlo libremente. Pues el abuso con prevalimiento no solo exige la existencia de una situación de superioridad manifiesta, sino, además, que ésta coarte (suficientemente) la libertad de la víctima y que el autor se aproveche de ella.

---

[8] En este sentido, la SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo (conocida como la sentencia de La Manada), entendió que no concurría violencia o intimidación y sí prevalimiento, mientras que el Tribunal Supremo estimó que la actuación en grupo y en un espacio reducido sin posibilidad de salida constituía un escenario que intimidó a la víctima (intimidación ambiental).

 © FEPSM

Pero tampoco puede negarse la posibilidad de que la situación general y permanente de dominación del varón sobre la mujer contribuya a que concretos actos de violencia inmediatamente anteriores o muy cercanos en el tiempo, aunque no estén dirigidos directamente a superar la falta de consentimiento o no tengan la entidad suficiente para, en atención a las circunstancias de todo tipo concurrentes, doblegar la voluntad contraria de la víctima, y, por lo tanto, no se aprecien como la violencia o intimidación propias de la agresión sexual, den lugar a una situación en la que, en tanto se actualiza para ese momento concreto la dominación del varón, la mujer, a pesar de su expreso rechazo, se vea constreñida a acceder a lo que se le pide. Así se entendió en la STS núm. 841/2007, en la que se destacaban a estos efectos dos factores: *"a) la situación genérica en que se desarrolla en vida de los esposos y b) muy especialmente las circunstancias que concurrieron en el concreto momento de las relaciones sexuales enjuiciadas."*.

Es claro que en esos supuestos, que deberán resultar del detenido examen de las circunstancias concurrentes, si no alcanzan los límites propios de la agresión sexual, podrá apreciarse una situación de superioridad manifiesta integrada por actos concretos de dominación muy cercanos o inmediatamente anteriores al acto sexual, que operan sobre una situación generalizada y permanente de esa misma clase y producen como efecto una coerción actual sobre la libertad de la víctima que le impide decidir libremente, y de la que el autor se aprovecha para obtener sus propósitos sin la oposición que aquella, de modo expreso, pretendiera mantener.

b) Abuso sexual mediante engaño sobre persona mayor de 16 años y menor de 18 años

Este tipo ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015. Precisa la realización de un acto de naturaleza sexual, agravándose le pena en los supuestos de penetración o introducción de objetos.

En relación con el engaño resulta ilustrativa la SSTS 1229/2011, de 16 de noviembre (Ponente: Manuel Marchena) en la que se hacen interesantes observaciones sobre los antecedentes históricos y contenido de esta modalidad de abuso sexual. Dice la sentencia que

> *"El artículo 183.1 del CP sanciona a quien, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis. La aplicación de este precepto, cuando no su misma existencia, suscita no pocas dificultades. No faltan quienes ven en el mismo una rémora histórica a la que el legislador no ha podido sustraerse, sancionando la promesa incumplida de matrimonio como elemento determinante de la prestación de un consentimiento viciado para el acceso carnal. La jurisprudencia histórica revela, sin embargo, una aplicación del estupro de prevalimiento -antecedente inmediato del precepto acogido en el art. 183.1 del CP - no siempre asociada a la promesa de matrimonio. Así, las SSTS 13 octubre 1967 y 20 enero 1973, condenaron al hombre casado que venció la resistencia de una menor persuadiéndola de que era soltero; la STS 26 junio 1929, consideró suficiente el engaño de quien había prometido a la mujer dejarla heredera de sus bienes y la STS 3 diciembre 1903, estimó que la simulación de una ceremonia formal de matrimonio, celebrada por sorpresa, a sabiendas de que no era jurídicamente válido, también integraba el abuso sexual logrado mediante engaño. Está también fuera de dudas que la determinación de la idoneidad del engaño ha de estar fijada, no con arreglo a parámetros universales, sino atendiendo a las circunstancias personales de quien presta su consentimiento para un acto sexual que, en otras circunstancias, no habría consentido. Ese engaño, pues, ha de ser determinante, en términos de causalidad jurídica, de la prestación del consentimiento".*

 © FEPSM

c) Abuso sexual mediante abuso de posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre víctima mayor de 16 años y menor de 18 años (artículo 182 CP)

Se precisa una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, que sea reconocida, es decir, tenida como existente por terceras personas, y que el autor se sirva de ella para ejecutar los actos de contenido sexual. Se trata de modalidades de prevalimiento por lo que este tipo puede plantear problemas concursales con los abusos sexuales mediante prevalimiento.

No faltan posiciones doctrinales que entienden la existencia de concurso de normas entre el artículo 181 y el artículo 182, dándose la paradoja de que este último, que tiende a proteger a menores de edad sanciona la misma conducta con menor pena caso de que los abusos consistan en acceso carnal.

6. ACTOS SEXUALES CON MENORES DE 16 AÑOS. IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO

Con carácter general y con la excepción de la previsión contenida en el artículo 183 *quarter*, el menor de 16 años de edad no está en condiciones de prestar consentimiento, por lo que el Código Penal sanciona los actos sexuales realizados sobre un menor de edad en sus distintas modalidades, agresión sexual, cuando hay violencia o intimidación, y abuso sexual en otro caso (artículo 183.1 CP).

Se sanciona también a quien determine a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, a quien le haga presenciar actos de carácter sexual o abusos sexuales (artículo 183 bis CP). También se castiga a quien contacte con un menor a través de Internet o por otro tipo de recurso tecnológico y le proponga mantener contactos sexuales o que participe en espectáculos o productos pornográficos, siempre que la propuesta sea acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, sancionándose más gravemente cuando el acercamiento se obtenga mediante intimidación, coacción o engaño. Así mismo, se castiga a quien contacte con un menor de 16 años por los mismos canales de comunicación y realice actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas con menores (artículo 183 ter).

A efectos de este pequeño trabajo, lo relevante es que las distintas conductas sancionadas tienen como sujeto pasivo a un menor de 16 años. La Ley prevé que un menor de 16 años no puede prestar válidamente consentimiento. Toda conducta de contenido sexual con una persona de tales características es constitutiva de delito, salvo lo previsto en el artículo *183 quarter*, en el que se dispone que *"el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez".*

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal justificó el cambio legislativo de la siguiente forma:

> *"Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la "edad de consentimiento sexual" como la "edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor." En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las*

 © FEPSM

Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código Penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima"

En efecto, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, estableció, entre otras prescripciones, la necesidad de que las legislaciones nacionales establecieran una "edad de consentimiento sexual", por debajo de la cual esté prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor, edad que ha sido fijada en 16 años. Y, como excepción, solo se permiten estas relaciones cuando el menor preste consentimiento libre y el autor sea una persona próxima al menor "por edad y grado de desarrollo o madurez".

Como ya señaló la STS 1001/2006, de 18 de enero *"la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo",* añadiendo la resolución judicial que *"en rigor no se trata de que el consentimiento sea válido o inválido conforme a la capacidad del sujeto pasivo, sino que por decisión del legislador las relaciones sexuales con menores de la edad establecida en el texto legal están prohibidas".*

En la sentencia citada se señala que la ley penal no fija una edad a partir de la cual se podrá prestar consentimiento, aunque la edad del texto pre-vigente (13 años) puede servir de criterio orientador, pero se deben dar dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez. Y añade la sentencia citada inicialmente que

"se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

Se ha apreciado la causa de justificación en relaciones entre una menor de 16 años y un varón de 18 años. También podría aplicarse en distancias de edad superiores, pero habría de valorarse no solo la proximidad de la edad, sino el grado de desarrollo y la madurez de ambos para determinar si existe desequilibro.

 © FEPSM

No se ha apreciado la causa de justificación cuando había una diferencia de edad de más de 8 años (STS 946/2016), ni en una diferencia de 35 años (ATS 21/01/2016) o en el caso de un varón de 20 años y una menor de 11 años (STS 1001/2016).

7. PRUEBA DE LOS HECHOS PUNIBLES

7.1. La declaración de la víctima

Este tipo de delitos se cometen en ámbitos privados, sin la presencia de testigos. Suelen tener una relevancia destacada las pruebas periciales y documentales acreditativas de las lesiones causadas, también las pruebas demostrativas de las secuelas causadas a la víctima y, de forma muy relevante, las pruebas biológicas que permiten acreditar mediante el estudio de los marcadores de ADN la existencia de relación sexual entre ofensor y víctima.

Pero en muchas ocasiones la única prueba disponible es la declaración de la víctima.

La declaración de la víctima ha merecido la atención del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Es cierto que el Juez o Tribunal que dicta sentencia es libre para valorar la prueba y llegar a un pronunciamiento de condena o de absolución. En eso consiste su magisterio, pero también lo es que, para salvaguardar el principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, la condena no puede estar basada en la simple apreciación subjetiva de un testimonio. El juez debe explicar por qué se cree al testigo y debe hacer ese esfuerzo, con mayor razón, cuando la única prueba de la que dispone es la declaración de ese testigo.

En efecto, el principio de presunción de inocencia obliga a que la condena se fundamente en prueba suficiente y también a que la valoración de esa prueba se realice con criterios de razonabilidad, de acuerdo con las reglas de experiencia, de los conocimientos científicos y de la lógica. Y la primera cuestión que plantea ese enunciado es si un solo testimonio es suficiente[9].

Sobre esta cuestión se pronunció el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia número 258/2007, de 18 de diciembre, seguida por muchas otras, y ha establecido de forma reiterada que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (por todas, STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 4). La exclusión del testigo único como prueba de cargo (*testimonium unius non valet)* es una regla propia de un sistema de prueba tasada. En cambio, un sistema basado en la valoración racional admite que la condena tenga su fundamento en un solo testigo.

Por tanto, nada se puede objetar a que la sentencia condenatoria tenga como único fundamento la declaración de la víctima, pero esa afirmación de principio precisa de algunos matices. De un lado, esa escasez probatoria solo estará justificada cuando no se disponga de otras pruebas, bien por la clandestinidad del delito bien por la forma y momento en que se conozca. De otro lado, esa declaración habrá de ser valorada con especial atención y cautela, debiéndose hacer un singular esfuerzo para

[9] Ya en la Biblia se establecía prevención contra un solo testimonio. “Por deposición de dos o tres testigos perderá la vida el que es digno de muerte. Ninguno será condenado a muerte por el dicho de un solo testigo contra él”. Deuteronomio. Capítulo 17, versículo 6.

 © FEPSM

justificar las razones objetivas que conducen a dotar de credibilidad a ese testimonio. Las concretas circunstancias de cada supuesto determinarán la respuesta.

Cuando el juez se enfrenta a la tarea de determinar si un testimonio es creíble juegan percepciones vinculadas con la inmediación judicial tales como la forma de expresión, la vehemencia, los sentimientos que se transmiten, etc., pero ese conjunto de datos que se derivan del contacto directo con la prueba son insuficientes para la valoración del testimonio. Es necesario completar esa percepción con otros datos.

Precisamente para hacer posible esa indagación esta Sala ha identificado una serie de criterios o parámetros que hacen posible o facilitan ese análisis.

a) Credibilidad subjetiva

La comprobación de la credibilidad subjetiva exige el análisis de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan y también obliga al análisis de posibles motivaciones espurias, lo que conlleva al examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

Si se formula una grave acusación, que afecta a ámbitos muy íntimos de la denunciante, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando pueda atisbarse racionalmente otra motivación, de carácter espurio, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará elementos relevantes de corroboración.

En el análisis de esta materia ha de tomarse en consideración que, como ha señalado reiteradamente esta Sala (STS 609/2013, de 10 de julio, y núm. 553/2014, de 30 de junio, entre otras), el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración de la víctima.

b) Credibilidad objetiva

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). La coherencia interna se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de contradicciones y de elementos fácticos escasamente verosímiles.

c) Persistencia en la incriminación

El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

 © FEPSM

1. Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones" (STS de 18 de junio de 1998, entre otras).
2. Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
3. Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo en el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

La valoración de estos parámetros debe ser entendida en sus justos términos. No se trata de presupuestos que necesariamente deban estar presentes de forma íntegra, ya que ello conduciría a una valoración tasada de la prueba, lo que no se compadece con el principio de libre valoración de la prueba establecido como regla general en el artículo 741 de la LECrim.

Estos criterios son orientativos, permiten exteriorizar el razonamiento judicial que se ha seguido para otorgar credibilidad a los testimonios y hacen posible que esa credibilidad no descanse en un puro subjetivismo, ajeno a todo control externo, sino en criterios lógicos y racionales.

Según se expresa en la STS 355/2015, de 28 de mayo,

> *"es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado".*

Por último y como cierre de este apartado es obligado citar un párrafo de la anterior sentencia en la que se hace una alusión precisa a la operatividad de estos parámetros en la valoración de la declaración del testimonio de la víctima. Dice la sentencia:

> *"la deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".*

7.2 Los informes periciales

En las investigaciones de delitos sexuales suelen utilizarse pruebas periciales para acreditar la credibilidad de un testimonio o para determinar el perfil psicológico del agresor o de la víctima. En ocasiones estas pericias pretenden simplemente reforzar la tesis de la acusación o de la defensa, pero también se ha pretendido que se constituyan en las pruebas esenciales, bien como sustitutivos de una

 © FEPSM

determinada declaración, bien como medio de apreciación de la credibilidad de un determinado testimonio.

Existen pronunciamientos de la Sala II del Tribunal Supremo que limitan de manera notoria el valor probatorio de este tipo de pericias.

a) En no pocas ocasiones se ha pretendido acreditar una agresión sexual no por los medios probatorios habituales sino a partir del perfil del acusado. Se parte de la hipótesis de que si la prueba pericial establece que éste tiene el perfil psicológico de un maltratador o de un agresor sexual la denuncia de maltrato o de agresión sexual debería ser apreciada positivamente. El Tribunal Supremo ha salido al paso de semejante planteamiento y puede servir de referencia la STS 238/2011, de 21 de marzo, (Ponente: Prego Oliver) que se pronuncia sobre la cuestión en los siguientes términos:

> *"Por lo que respecta al denominado "perfil" psicológico del maltratador, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando aduce que no hay un perfil sino varios. Pero es que, en todo caso semejante diagnóstico, obviamente encaminado a la determinación de la propensión al delito de maltrato, es decir de un grado de peligrosidad, podrá ser útil a la Administración Pública que ha de prestar servicios de prevención del maltrato familiar, de protección de víctimas y en su caso de reeducación de quien tenga ese perfil. Pero es improcedente, e incluso inconveniente, en el ámbito de un proceso penal. No estamos en un Derecho Penal de autor, sino de responsabilidad por el hecho. Es maltratador quien de hecho maltrata, y esto solo puede afirmarse de quien se prueba, en juicio y con todas las garantías, que realizó esa acción típica, tenga o no tenga perfil psicológico de maltratador. Así que introducir en un proceso penal ese dato solo es pertinente si como diagnostico psicológico afecta a la imputabilidad -lo que obviamente no sucede- pero en absoluto procede como un elemento auxiliador de la valoración de las pruebas. La presunción de inocencia rige para todos incluso para los que ofrezcan ese perfil o cualquier otro perfil criminal; y para una razonable valoración de las pruebas de cargo, lícitas y válidas, que desvirtúe la presunción de inocencia no se precisa de la averiguación del perfil psicológico del acusado denotativo de su inclinación a la comisión del tipo penal que se le imputa. Más bien el hacerlo introduce un inconveniente factor de prejuicio incompatible con una objetiva valoración razonable de las pruebas y con el correcto entendimiento de la presunción de inocencia y de la responsabilidad penal por el hecho. Y por las mismas razones, pero en sentido contrario, es claro que carecer de tal perfil psicológico no es incompatible con la posibilidad de ejecución del maltrato, ni puede servir para apoyar una valoración probatoria favorable al acusado, que ya dispone para ello de la presunción de su inocencia y del principio "in dubio pro reo", sin necesidad de acreditar que tiene perfiles psicológicos socialmente aceptables".*

b) En sentido inverso, no han faltado estrategias procesales tendentes a desacreditar el testimonio de la víctima a partir de su perfil psicológico o de su historial psiquiátrico. Aun cuando la personalidad de víctima y acusado deben ser tomadas en consideración, junto con todos los demás factores o circunstancias que puedan incidir en la valoración de una declaración, lo que no es admisible es indagar de forma innecesaria sobre el historial de la víctima con la única finalidad de desacreditarla ante el tribunal. A ello se refirió, por citar un precedente, la STS 07-02-2006, n.º 96/2006 (Ponente: Soriano Soriano) en la que se puede leer:

> *"Pero además de innecesaria también podía tildarse de contraproducente, en tanto pretendía convertirse en un escudriñamiento innecesario de la personalidad de la perjudicada, con posibilidad*

 © FEPSM

de vulnerar el derecho de la intimidad, produciéndose entonces el doble efecto del sufrimiento producido por el delito y el posterior del sometimiento a una indagación exhaustiva de circunstancias personales, con lo que conlleva de victimización judicial secundaria".

c) Probablemente el problema procesal más relevante sobre esta cuestión ha sido determinar la relevancia probatoria de los informes sobre credibilidad de testimonio. Los psiquiatras y psicólogos tienen conocimientos especializados sobre el comportamiento humano y se ha pretendido que sus informes sean determinantes a la hora de valorar si un determinado testimonio es creíble, lo que resulta determinante cuando la única prueba de cargo es el testimonio de la víctima.

Según señala Prat Westerlindh "para analizar la fiabilidad de un testigo se utilizan múltiples técnicas[10]: indicadores consistentes en comparar diversos aspectos del testimonio, relacionados o no con los hechos delictivos; la estilometría, que analiza la forma habitual de comunicarse una persona y sus modificaciones al ser preguntada por unos hechos concretos; y los test psicométricos y proyectivos, que estudian la personalidad y su relación con determinados aspectos comportamentales relacionados con el hecho delictivo concreto: tendencia simuladora, búsqueda de sensaciones, ganancia secundaria, etc. Las conclusiones de tales informes generalmente se mueven sobre parámetros imprecisos como: altamente creíble, probablemente creíble, o no creíble".

No faltan autores que inciden en que este tipo de informes no analizan la fisiología de la decisión y, como consecuencia de las distintas técnicas utilizadas, sus conclusiones son muy variables.

Pero a pesar de posibles insuficiencias, no cabe duda de que la labor de los peritos puede aportar conocimientos especializados que sirvan para valorar un testimonio, singularmente cuando se trata de menores o incapaces, en que su proceso de comunicación es más limitado. En cualquier caso, las aportaciones de los peritos no pueden sustituir la función del juez que debe apreciar el testimonio de forma directa y debe, además confrontarlo con los restantes datos que se deriven de todo el material probatorio[11].

En la STS 339/2007, de 30 de abril (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre) se reconoce la relevancia probatoria de este tipo de informes con la siguiente argumentación:

"Nuestra sentencia 715/2003 de 16.5, mantiene la doctrina de que, aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que esta materia le encomienda el art. 741 LECrim, desarrollo penal del art. 117 CE, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos

[10] PRAT WESTERLINDH, Carlos. Nuevos detectores de mentiras y Derecho penal. La Ley Penal, N.º 84, Sección Estudios, Julio 2011, Editorial Wolters Kluwer

[11] Se pronuncia en igual sentido MAGRO SERVET, Vicente. "Especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio". Diario La Ley, N.º 7013, Sección Doctrina, 16 de septiembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-260, Editorial LA LEY

 © FEPSM

conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza sexual. Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convictiva".

En la STS 436/2013, de 17 de mayo (Ponente: Marchena Gómez) se incide en dos aspectos: De un lado, en el riesgo de que este tipo de periciales conlleven una innecesaria victimización secundaria, al someter a la víctima a una pericia innecesaria, y, de otro, en poner de relieve que la pericial no puede nunca sustituir la función valorativa del juez. La argumentación de la sentencia es la siguiente:

"Quien acude a la jurisdicción penal a denunciar la ofensa por varios delitos -en el presente caso, especialmente degradantes-, no puede verse sometido a un rutinario e inaceptable protocolo encaminado a comprobar, incluso mediante obligadas pruebas psicológicas, si dice o no la verdad. La conclusión acerca de la credibilidad del testigo víctima ha de ser el resultado de una valoración de su testimonio junto a los demás elementos de prueba ofrecidos por el Fiscal y el resto de las partes. La idea de que la duda sobre la fiabilidad de su testimonio ha de ser resuelta, siempre y en todo caso, mediante un dictamen psicológico acerca de su grado de fabulación, no puede ser aceptada por la Sala. Es cierto que no faltarán casos en los que ese dictamen puede resultar especialmente útil. Tratándose de menores víctimas de delitos o de personas con antecedentes psiquiátricos que incluyan entre los síntomas de su padecimiento la deformación de sus propias percepciones sensitivas, la opinión del experto puede añadir un elemento de juicio que facilite el proceso de valoración probatoria. Pero tanto en uno como en otro caso, el técnico que ofrece al órgano decisorio su opinión científica no puede convertirse en un pseudoponente con capacidad para condicionar de forma decisiva el desenlace probatorio. Es al Tribunal, solo a él, a quien incumbe valorar los medios de prueba practicados en el plenario (art. 741 LECrim), sin alterar la naturaleza del dictamen pericial, adjudicándole un valor decisorio incompatible con su propio significado".

7.3. Un nuevo enfoque: La perspectiva de género

a) Definición

Según Aurelia Martín[12] la perspectiva de género "constituye una herramienta esencial para comprender aspectos fundamentales relativos a la construcción cultural de la identidad personal, así como para entender cómo se generan y reproducen determinadas jerarquías, relaciones de dominación y desigualdades sociales".

Siguiendo a Miranda Novoa[13] "la perspectiva de género comienza a emplearse como un instrumento analítico útil para detectar situaciones de discriminación de las mujeres. Dicho instrumento tiene como

[12] MARTÍN, Aurelia. Antropología del género: culturas, mitos y estereotipos sexuales, Madrid, Cátedra, 2006, p. 10.

[13] MIRANDA NOVOA, Martha. "Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género". Díkaion - ISSN 0120-8942, Año 26 - Vol.21 Núm. 2 – Chía, Colombia - diciembre 2012

 © FEPSM

objetivo la transformación de la sociedad y la modificación de las condiciones sociales que perpetúan la subordinación de la mujer. Se trata de conseguir que tanto ellas como los varones participen en las distintas facetas de la vida en un plano de igualdad, es decir, sin reglas rígidas de género. Por ello, el campo de acción de la perspectiva de género abarca diversos ámbitos como, por ejemplo, el educativo, el familiar, el laboral, el político y el legislativo, entre otros".

Una formulación de este principio más ceñida al ámbito jurídico puede encontrarse en las afirmaciones de Lucía Avilés[14]: "La mirada, o si se prefiere, la perspectiva de género pretende la deconstrucción de lo jurídico para la plena realización del principio de igualdad y no discriminación. Permite constatar con argumentos jurídicos que de manera sistemática se ha construido la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las personas, especialmente las de las mujeres, y pretende ser la herramienta de interpretación necesaria (ajustada a la realidad actual según el art. 3 del Código Civil español) para enfocar los conceptos de discriminación y violencia, mostrándonos que son un fenómeno estructural y sistemático y no algo anecdótico entre sujetos socialmente aislados. La aplicación de la perspectiva de género como instrumento o método jurídico de análisis requiere constatar la existencia de una relación desequilibrada de poder, se ha de identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección".

b) Planes de formación

Este nuevo enfoque ha dado lugar a una acerada crítica sobre la forma en que los jueces y tribunal interpretan y aplican las normas en las que el género tiene incidencia[15] y estas críticas han dado lugar a la puesta en funcionamiento de un específico plan de formación de la Carrera Judicial sobre esta materia. El contenido del Plan de Formación, en la medida en que integre o no conocimientos especializados, permitirá visualizar si estas críticas estaban o no justificadas.

c) Victimización secundaria

También ha dado lugar a una valoración crítica del trato que se presta a la víctima en los procesos judiciales.

En realidad, esta censura es muy antigua y es justo reconocer que históricamente el trato judicial a las víctimas ha sido muy deficiente, pero los esfuerzos para su mejora han sido notables en los últimos decenios.

Se han adoptado iniciativas legislativas muy relevantes en este campo como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

También destaca en esta dirección las prescripciones establecidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011).

---

[14] AVILÉS, Lucia. "Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué". http://www.mujeresjuezas.es/2017/08/29/juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-que-y-para-que/INFORMES, PERSPECTIVA AGOSTO 29, 2017

[15] ACALE SÁNCHEZ, María. Tratamiento penal de la violencia sexual: La forma más primaria de la violencia de género. Dentro de la obra colectiva "La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España". Ed.Tirant Lo Blanch. Valencia 2018.

 © FEPSM

Resulta de especial relevancia a los efectos que ahora comentamos el artículo 56 del citado Convenio, relativo a las medidas de protección, en el que se dispone:

1 las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarios para proteger los derechos e intereses de las víctimas, incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales, en especial:

a) velando por que tanto ellas como sus familiares y testigos de cargo estén al amparo de los riesgos de intimidación, represalias y nueva victimización;

b) velando por que las víctimas sean informadas, al menos en los casos en que las víctimas y sus familiares podrían estar en peligro, cuando el autor del delito se evada o salga en libertad de forma temporal o definitiva;

c) manteniéndolas informadas, según las condiciones establecidas en su derecho interno, de sus derechos y de los servicios existentes a su disposición, así como del curso dado a su demanda, de los cargos imputados, del desarrollo general de la investigación o del procedimiento y de su papel en el mismo, y de la resolución recaída;

d) dando a las víctimas, de conformidad con las normas procedimentales de su derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de presentar elementos de prueba y de exponer sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones, directamente o a través de un intermediario, y de que éstos sean examinados;

e) proporcionando a las víctimas una asistencia adecuada para que sus derechos e intereses sean debidamente expuestos y considerados;

f) velando por que se puedan adoptar medidas para proteger la vida privada y la imagen de la víctima;

g) velando por que, siempre que sea posible, se evite el contacto entre las víctimas y los autores de los delitos en la sede de los tribunales o de los locales de las fuerzas y cuerpos de seguridad;

h) proporcionando a las víctimas intérpretes independientes y competentes, cuando las víctimas sean parte en el procedimiento o cuando aporten elementos de prueba;

i) permitiendo a las víctimas declarar ante el tribunal, de conformidad con las normas de su derecho interno, sin estar presente, o al menos sin que el presunto autor del delito esté presente, especialmente recurriendo a las tecnologías de la comunicación adecuadas, si se dispone de ellas.

En el artículo 54, relativo a “la investigación y pruebas” se establece que

“las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario”.

Para evitar la victimización secundaria no solo eran necesarias reformas legales como las expuestas, sino también un cambio de mentalidad en todos los operadores jurídicos, que en buena medida ya se están produciendo.

El juez o tribunal debe prevenir la victimización secundaria de la supuesta víctima con independencia del resultado del proceso. El trato debe ser cortés y amable y se deben evitar las declaraciones y

 © FEPSM

comparecencias innecesarias. Tanto en la redacción de la sentencia como en el tratamiento del proceso se debe guardar la mayor sensibilidad y respecto frente a quien denuncia. En consecuencia, las diligencias que hayan de practicarse para llegar a la verdad judicial no pueden desarrollarse en unos términos en que se convierta a la posible víctima en acusada, ni tampoco se pueden convertir en una oportunidad para poner en cuestión su honorabilidad, su moral o sus costumbres.

Sin embargo, tampoco puede obviarse el hecho de que, si no hay más prueba que la declaración de la víctima y el acusado niega los hechos, resulta forzoso interrogar al testigo sobre detalles del suceso enjuiciado que sirvan no solo para una correcta descripción y conocimiento del acontecimiento, sino también para analizar si el testimonio tiene el suficiente peso convectivo para un pronunciamiento de condena. No se trata de cuestionar la credibilidad del testigo, sino de que éste aporte datos concretos que permitan afirmar desde una perspectiva objetiva que su testimonio es sólido y suficiente.

No se pueden establecer pautas más precisas y capacidad de dirección procesal del juez o tribunal cobran un especial protagonismo. Deben velar por evitar preguntas innecesarias, climas hostiles e indagaciones en la vida privada que no tengan más finalidad que comprometer la honorabilidad del testigo, pero, a la vez, debe guardar la debida imparcialidad y neutralidad frente a las partes. Se trata de una tarea no exenta de dificultades que solo se puede abordar desde la máxima profesionalidad y sensibilidad.

No cabe duda de que en este campo todos los esfuerzos son pocos. El objetivo de evitar la victimización secundaria derivada de la propia existencia del proceso debe estar siempre presente en la práctica procesal.

d) Nuevo enfoque en la interpretación y aplicación de las normas penales

La perspectiva de género, tal y como venimos diciendo, supone también un nuevo enfoque en la interpretación y aplicación de las normas.

El artículo 49.2 del Convenio de Estambul, en el ámbito de las obligaciones generales de naturaleza procesal se establece que

> *"Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio"*

Y la Sala II del Tribunal ya ha reconocido la aplicabilidad de esta nueva perspectiva. Así en la STS 217/2019, de 25 de abril (Ponente: Magro Servet), se hace referencia a esta cuestión en los siguientes términos:

> *Recuerda la doctrina en este contexto que la expresión violencia de género tiene su origen en el término inglés gender-based violence o gender violence formulado en la ya citada Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 y que en su Declaración 118 recogía que "la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o*

 © FEPSM

consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad".

Estas situaciones de agresiones de hombres sobre mujeres, y más aún en el contexto de la relación de pareja deben afrontarse con la necesaria perspectiva de género, que, al decir de la doctrina especializada en la materia, y en su enfoque desde el derecho, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres.

La perspectiva de género, ogender mainstreaming approach, incide en la forma de enfocar la violencia en pareja, y desde el análisis de que la violencia de género, al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género en la relación de pareja se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa una de las formas más extremas de desigualdad de género y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación a sus derechos humanos. La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o subordinación femenina…El enfoque con el que debe realizarse este análisis de casos como el presente se enraíza desde la perspectiva de género en razón a la necesidad de que todas las formas de subordinación femenina sean eliminadas".

No se puede desconocer, sin embargo, que la "perspectiva de género", es un concepto que está en cuestión y que en el ámbito social y político no es de general aceptación. Y quienes se oponen consideran que, "en ocasiones, el enfoque de género ha dado pábulo en los tribunales a lo que, sin temor a exagerar, puede ser entendido como una prerrogativa por -razón de género- en el intento de hacer justicia más allá de lo que razonablemente se puede interpretar que se ha establecido en la ley"[16].

La perspectiva de género pretende abordar problemas jurídicos utilizando nuevos enfoques en los que se tenga en especial consideración la situación de la mujer y el contexto de dominación que soporta. Veamos algún ejemplo que ha sido objeto de análisis por la doctrina científica.

Supongamos el caso de la mujer que da muerte a su marido maltratador y lo hace aprovechando que está dormido. Los criterios ordinarios de aplicación del derecho penal llevarían a castigar la acción como un delito de asesinato por la concurrencia de la circunstancia de alevosía, es decir, por ejecutar empleando un medio encaminado a asegurar su resultado sin riesgo para la autora que pudiera provenir de la eventual defensa del ofendido (artículo 139.1.1º CP). Sin embargo "la perspectiva de género" podría ofrecer algunas soluciones novedosas.

El punto de partida habría de ser el hecho de que la víctima de maltrato en la mayor parte de las ocasiones carece de capacidad de enfrentamiento directo con su agresor y necesita aprovechar su

[16] PABLO DE LORA "Lo sexual es político (y jurídico)". Ed.Alianza, Madrid, 2019

 © FEPSM

situación de desvalimiento para darle muerte. Así, para Larrauri[17], no debería castigarse a la mujer de forma agravada por utilizar un medio que es necesario para poder ejecutar el hecho en sus circunstancias. En cambio, Pérez Manzano[18], admitiendo que el hecho pueda ser calificado como asesinato, entiende que podría aplicarse la eximente de legítima defensa (artículo 20.4 CP). Se suele exigir para la existencia de causa de justificación que se reaccione ante un ataque actual y la perspectiva de género permitiría tomar en consideración que en una situación de maltrato hacia la mujer la situación de coacción y amenaza es permanente, porque es precisamente ese contexto el que singulariza la violencia de género frente a otras formas de violencia. Se propugna que la situación de legítima defensa no solo se da cuando hay un ataque físico actual o inminente, sino cuando se ha generado un clima de presión y amenaza que subsiste y se mantiene en el tiempo. En esos casos el ataque a la dignidad, e integridad física de la mujer permanecería y la muerte del agresor podría estar justificada.

Se trata de posiciones dogmáticas novedosas que no resuelven algunos interrogantes: ¿la víctima podría haber optado por irse del domicilio y separarse? ¿Podría haber pedido auxilio a la policía antes de dar muerte al maltratador?

Pongamos otro ejemplo relacionado con los delitos sexuales. ¿En caso de que no se cuente con más prueba que la declaración de la víctima, el juez o tribunal podría prescindir de los parámetros ordinarios de valoración de su testimonio para justificar un pronunciamiento de condena?

Supongamos que la víctima ha tenido un comportamiento errático y ha cambiado su declaración en varias ocasiones, afirmando la existencia de la agresión, en una declaración y negándola en otra; supongamos que no precisa bien la agresión porque a la hora de declarar afirma que se siente presionada; supongamos que no hay elementos de corroboración externa porque la agresión se produjo en un entorno privado y así un largo etcétera. Se trata de insuficiencias que desde un punto de vista objetivo socaban la credibilidad de ese testimonio y la pregunta que surge de forma inmediata es si el enfoque de género permite establecer un tratamiento singular y llegar a inferencias probatorias distintas de las que se habrían establecido en otro caso.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo admiten que la declaración de la víctima puede ser la prueba única para llegar a un pronunciamiento de condena, pero en una situación así la valoración de la declaración debe ser especialmente cuidadosa. A mi juicio, se trata de un principio irrenunciable y lo contrario vulneraría el principio de presunción de inocencia, como también vulneran ese capital principio las tesis más extremas que abogan por que sea el agresor el que tenga la carga de acreditar que mantuvo relaciones sexuales consentidas.

No cabe duda de que toda relación o contacto sexual exige el consentimiento, que suele ser verbal o gestual y no escrito, por lo que no se puede exigir que en caso de conflicto sobre su existencia se obligue al acusado a demostrar que la relación sexual fue consentida. La agresión sexual exige que se actúe en contra del consentimiento y los abusos sexuales precisan que el autor actúe sin consentimiento, por lo que en ambos casos debe ser la acusación la que acredite la ausencia de consentimiento.

---

[17] LARRAURI PIJOAN, E., Mujeres y sistema penal: violencia doméstica, Buenos Aires (B de f), 2008

[18] PEREZ MANZANO, Mercedes. Algunas Claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción. ISSN: 1575-720-X RJUAM, n.º 34, 2016-II, pp. 17-65

 © FEPSM

© FEPSM

Conclusiones

ISABEL NICASIO JARAMILLO - MARÍA JOSÉ JAÉN MORENO

1. PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PSIQUIÁTRICA DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO CIVIL

I

1.-Las distintas definiciones que se ofrecen del consentimiento se desarrollan en torno a la capacidad del sujeto de decidir, de elegir y otorgar con libertad, y por ello surgen en el ámbito del acto humano. El acto humano se relaciona con el sujeto desde el punto de vista psíquico, con las funciones psíquicas, y de entre ellas, las que más influencia tienen en el consentimiento son la consciencia, el sistema cognitivo y la voluntad.

La consciencia como función de funciones, solo con un nivel adecuado y suficiente permitirá un consentimiento válido.

El sistema cognitivo, como manifestación de la interrelación de las funciones psíquicas, reúne a la memoria, la atención, el pensamiento, el lenguaje, la percepción y la inteligencia, por lo que está muy relacionado con la edad cronológica que es transcendente para la prestación del consentimiento, y tiene notoria importancia en ciertas regulaciones legales, especialmente relacionadas con la autonomía del paciente en el ámbito sanitario.

La voluntad es una supra-función que permite al individuo elegir entre dos o más motivaciones después de llevar a cabo un período de reflexión, conduciendo a la meta específica que es el acto humano.

2.- La voluntad (Blanco Picabia) puede ser definida como la confluencia de funciones o circunstancias, en que se aúna lo pasado, lo presente y lo futuro, lo temido y lo deseado, lo pensado y lo sentido, lo biológico, lo psicológico y lo social y que dirige la actuación de la persona hacia el logro de un fin percibido por ella como deseado. Se trata de una función tardía en el ser humano, de carácter inhibidor, que está muy influida por la cultura y que es muy vulnerable a las patologías mentales, abusos de sustancias e influjo de emociones fuertes.

La voluntad es un proceso de sobreposición del yo-consciente sobre los sentimientos y las emociones, un proceso de autodominio y de toma de decisiones conscientes, que permite a la persona posicionarse frente a los impulsos en el momento de adoptar una decisión.

3.- En la toma de decisión que conlleva la acción electiva, junto con la intervención del sistema cognitivo y la autorreflexión, concurre también lo emocional, como asimismo tiene influencia el entorno. Ello obliga a plantearse cuánto de libertad existe en el consentimiento si viene influido por el inconsciente y por el entorno.

La voluntad puede posicionarse de dos maneras en la decisión y en la ejecución (entendida esta como el acto humano): cuando la voluntad solo tiene efecto organizador y ejecutivo, no decide, no es libre en lo que respecta a la decisión, que viene condicionada por el impulso más fuerte. En segundo lugar, la voluntad que decide respecto de los distintos motivos en competencia, tras la reflexión, que es la se tiene a nivel del consentimiento.

 © FEPSM

4.- Un supuesto especialmente problemático lo constituye el consentimiento en las relaciones sexuales y en los actos médicos. El momento actual se posiciona en la individualidad del consentimiento, de manera que se parte de una completa libertad del individuo para la prestación del consentimiento. Así pues, el hombre tiene plena libertad para decidir sobre cualquier circunstancia que tenga relación con él mismo, obviándose cualquier interferencia en la decisión que provenga de la cultura o desde el inconsciente.

Sin embargo, las circunstancias en que el consentimiento se otorga son muy complejas y no pueden explicarse sin preguntarse previamente el por qué o la finalidad del acto, la intención. Cada persona tiene unos límites físicos, psíquicos, vivenciales que no se pueden rebasar y unos fines a los que aspira; y ello va a influir en el consentimiento prestado, que no puede ser sometido únicamente a la racionalidad.

En cualquier caso, existen dudas de que la sola moralidad del consentimiento legitime la validez de ciertos actos en que se afectan relaciones con terceros, que socialmente pueden venir cuestionadas, como ciertas prácticas sexuales o como el auxilio al suicidio.

II

1.-La función notarial se conceptúa como exponente de la fe pública y garante de la seguridad jurídica preventiva. Se fundamenta en la defensa de los derechos de los ciudadanos y en la seguridad jurídica, con base en el artículo 9 de la Constitución.

En materia de capacidad la función notarial es relevante para determinar la validez del consentimiento para un acto concreto. El notario realiza más que un juicio de capacidad, un juicio de discernimiento para el acto concreto, que además plasma en el documento público otorgado, lo que conlleva una presunción iuris tantum de capacidad en el sujeto otorgante, oponible frente a todos.

2.- El juicio de discernimiento o capacidad que realiza el notario se aleja del juicio de capacidad médico, por cuanto éste es estático y objetivo, y el juicio de capacidad notarial es proactivo y dinámico, puesto que, junto con el juicio sobre la capacidad del sujeto y la voluntariedad del acto, conlleva un juicio de la comprensión del cliente de la trascendencia del acto y de sus efectos.

En esta función, el notario se encuentra en una situación privilegiada que le ofrece la proximidad al acto concreto, pues conoce la realidad social y económica de la persona, de su entorno. Se trata de una valoración de la capacidad no abstracta sino concreta, referida de forma exclusiva al acto que se está otorgando, donde el notario actúa no solo como garante de la seguridad preventiva, sino como apoyo o refuerzo del contratante en la comprensión del acto y de su trascendencia jurídica.

3.- La incorporación a nuestro derecho interno de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha supuesto un cambio del paradigma de la capacidad, al suprimir las diferencias entre capacidad de obrar y capacidad civil, consagrando el principio de capacidad jurídica universal. Los sistemas de protección de las personas con alguna discapacidad se conciben como sistemas de apoyo, en los que los notarios tienen una importante función.

En los supuestos de personas en situación de vulnerabilidad la actuación notarial tiene gran relevancia por referirse no solo al juicio de capacidad, sino a la libertad y voluntariedad del acto, esto es, a la existencia en sí de consentimiento frente a posibles influencias abusivas sobre dicha persona para el otorgamiento del acto o negocio jurídico. Ello se evidencia con especial significación en el caso de la

 © FEPSM

persona anciana y con relación al otorgamiento de ciertos actos o negocios jurídicos, entre los cuales destacan el otorgamiento de poderes generales o la celebración de negocios gratuitos, donación, y el testamento.

El juicio de capacidad se encomienda por la Ley a la aptitud, experiencia y buen hacer del notario. En este sentido los intentos de consensuar protocolos acerca de las circunstancias que manifiesten la capacidad y voluntariedad del acto, de forma que se atenúe la discrecionalidad del juicio notarial, no han tenido hasta el momento éxito.

III

1.- El negocio jurídico es una expresión de la voluntad en las relaciones privadas de las personas. Es precisamente en razón de dicha voluntad interviniente, por lo que se derivan del negocio jurídico los efectos que le son propios. Por ello, en el ámbito de los negocios jurídicos y de los contratos se exige el consentimiento y la capacidad.

El marco normativo de este tipo de relaciones privadas requiere en todo caso, la existencia del consentimiento como presupuesto, pues es la expresión de la voluntad de la persona, que legitima los efectos del negocio. No se plantea en la ley motivaciones e intenciones, siendo el fundamento de la norma más práctico, pues presupone el consentimiento formado de manera libre y voluntaria, sin entrar a valorar las motivaciones íntimas que lo sustentan. En razón de ello, se establecen legalmente los supuestos de inexistencia del negocio por falta de consentimiento y los mecanismos de impugnación precisos para destruir la apariencia de un negocio celebrado sin consentimiento.

2.- La ley regula qué personas pueden prestar el consentimiento a través de bases objetivas abstractas, que eluden la necesidad de comprobar la existencia de la capacidad para consentir en cada uno de los negocios o actos celebrados por la persona, lo que de facto vendría a paralizar el funcionamiento mismo de la actividad negocial. Las premisas desde las que se construyen las bases de la capacidad para consentir son dos: de un lado la edad y de otro la inexistencia de sentencia de modificación de la capacidad que afecte al acto o negocio celebrado.

3.- En relación con la edad, la experiencia demuestra que a partir de la mayoría de edad la persona es apta para formar y manifestar libremente su voluntad. Por ello, con carácter general y sin perjuicio de la concreta regulación para ciertos negocios jurídicos, la capacidad para otorgar el consentimiento se sitúa en la mayoría de edad.

Asistimos, sin embargo, a una transformación legislativa y normativa con relación a la capacidad del menor que se fundamenta en los derechos fundamentales del niño, y que, a través de reformas legislativas, introducen la posibilidad de celebración de negocios por menores de edad en función de su madurez o de su capacidad natural. Ello no deja de presentar problemas con relación a las consecuencias derivadas de la validez de estos negocios celebrados por terceros con menores de edad, que pueden arrojar una cierta inseguridad jurídica, motivada por la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a los menores.

4.- La sentencia de modificación de la capacidad se dicta en el curso de un procedimiento judicial, tras la práctica de toda prueba necesaria, y puede declarar una limitación total o parcial de la capacidad, así como establecer los medios de sustitución de la voluntad, de representación o de apoyo de la persona con la capacidad modificada con relación a los concretos negocios o actos jurídicos afectados.

 © FEPSM

El sistema aún vigente permite la graduación de la modificación de la capacidad y de los distintos apoyos establecidos a la persona en función de la capacidad para cada caso concreto.

5.- Es posible, sin embargo, que la persona no se encuentre incapacitada y, sin embargo, no preste válidamente el consentimiento, bien por concurrir en la misma una causa de afectación de su capacidad o bien por concurrir un vicio de su voluntad que venga a anular la misma: error, dolo, intimidación y violencia. En estos últimos casos es la voluntad la que no es libre, lo que permite la impugnación de la validez de los negocios jurídicos.

6.- La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha conocido especialmente, en materia de impugnación de la validez del consentimiento por falta de capacidad, de impugnaciones del consentimiento formado por falta de información, o vicios de la voluntad. Igualmente se ha pronunciado la jurisprudencia sobre supuestos de excesos, abusos o defraudación del patrimonio de personas con deficiencias mentales por sus guardadores de hecho. Especial trascendencia tienen los pronunciamientos sobre impugnaciones testamentarias e impugnación del matrimonio celebrado por una persona no incapacitada, pero aquejada de alguna deficiencia o discapacidad mental.

Con relación a los supuestos de impugnación testamentaria, el juicio que se realiza por el juzgador es de carácter prospectivo, generalmente tras el fallecimiento del testador. En estos casos, tratándose de testamento notarial donde el notario ha realizado un juicio de capacidad del testador, y especialmente en los casos en que ha hecho uso del derecho a auxiliarse de dos facultativos para el dictamen sobre la capacidad del testador, las resoluciones suelen mantener la validez del acto. Igualmente se valora con relación a la eficacia del acto que el testamento se ajuste a la línea de vida del testador, o que, por el contrario, se aparte de manera injustificada y sorpresiva de la misma, como elemento que puede conllevar una afectación o influencia de la voluntad.

Igualmente, con relación al matrimonio celebrado por una persona con alguna deficiencia mental la Sala ha mantenido la validez de dicho matrimonio, en razón del derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental y a la constatación de actos jurídicos, situaciones de hecho convivenciales consentidas, incompatibles con la impugnación posterior a la muerte del matrimonio celebrado.

7.- La Sala Primera se ha pronunciado igualmente sobre el procedimiento de modificación de la capacidad. Hasta que no se produzca la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha preferido un sistema de apoyos a la persona con discapacidad, que no conlleve la sustitución de la misma en los actos o negocios jurídicos afectados por su modificación de la capacidad, prefiriendo la curatela a la tutela.

El Anteproyecto de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil supera el juicio de capacidad para optar por un sistema de provisión de apoyos. Opta claramente el Anteproyecto por la guarda de hecho como sistema de protección de la persona con discapacidad, dando asimismo mayor relevancia a las medidas de autoprotección diseñadas por la propia persona antes de su discapacidad que a las medidas judiciales, que se contemplan con carácter subsidiario. No obstante, parece necesario pensar en la posibilidad de controles que impidan que estas situaciones de guarda de hecho o estas medidas previas al momento de pérdida de la capacidad puedan permitir abusos respecto de las personas afectadas.

 © FEPSM

IV

1.- El juicio de capacidad jurídica plantea en los casos de personas vulnerables, especialmente de las personas mayores, problemas derivados de la propia complejidad de la cuestión. El condicionamiento de una persona por la problemática de abandono, de indiferencia o desapego de sus familiares más directos puede afectar a la voluntad. Pero ello puede ocurrir también en otras personas que pudieran encontrarse fuertemente influidas en el ámbito emocional. Si bien puede relacionarse la ancianidad con un momento de inicio de deterioro mental mínimo, debe tenerse especial cuidado con el hecho de analizar la cuestión del consentimiento de la persona mayor para el otorgamiento de ciertos actos desde un prejuicio provocado por su edad.

Por otro lado, este juicio de capacidad se está limitando exclusivamente a la capacidad cognitiva. Pueden existir otros supuestos en que el sujeto esté afectado no en su discernimiento, sino en su voluntad, en la percepción de la realidad, o en su deseo, como por ejemplo en situaciones de enfermedades como la depresión. Es difícil para el jurista, en sus respectivos ámbitos de actuación, contemplar estas situaciones, pues el plano emocional concurre siempre en cualquier acto jurídico. Una cosa es tener la capacidad y otra utilizarla, pues existen motivaciones detrás del acto que escapan al juicio de capacidad. Estas situaciones parecen escapar del debate de la capacidad para el jurista, que acude a criterios prácticos y objetivos.

Especialmente problemática resulta la indagación de la influencia en el acto. Existen presiones e influencias en los actos que son tolerables. Otras, en cambio, conllevan una clara manipulación, que puede apreciarse en cuidadores de hecho de personas vulnerables, personas ancianas o dependientes.

2.- La capacidad para el derecho se fundamenta en criterios definidores de las facultades contemplados de una manera muy general, entre ellos la voluntad. No se contempla, por ejemplo, la relevancia del acto para determinar la capacidad exigida para el mismo. Pudiera servir en este sentido el uso de las escalas móviles de la capacidad utilizadas en la psiquiatría.

3.- En los supuestos de dependencia emocional o moral, como los expuestos con relación a personas ancianas o dependientes, es posible que las categorías clásicas de los vicios del consentimiento, error, dolo, intimidación o violencia, o de la inexistencia del consentimiento, no estén dando una respuesta correcta a estas situaciones de influencia sobre las personas indicadas.

4.- La amplitud de la redacción del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al hablar de promover, favorecer y facilitar los derechos de las personas con discapacidad, y la equiparación de la discapacidad física, psíquica y sensorial, plantea con relación a la discapacidad psíquica importantes interrogantes. El respeto a la voluntad que exige la norma ¿debe entenderse también referido a la voluntad patológica que puede perjudicar a la propia persona?

Por otro lado, el sistema de apoyos sometidos a la revisión judicial, por ejemplo, en el sistema de apoyos a través de la curatela, con relación a personas afectadas de una enfermedad degenerativa e irreversible, como en el caso de la demencia tipo Alzheimer, obliga a una revisión judicial permanente de los sistemas de apoyo que puede no estar justificada en relación con la situación padecida por la persona.

 © FEPSM

5.- Parece existir una confusión en la Convención entre los derechos humanos y los derechos civiles, tratándose de categorías diferentes. Los derechos humanos son inmanentes a toda persona, son universales. Con relación a los derechos civiles precisan en todo caso no desconocer una realidad cierta, la existencia de la enfermedad mental y de las situaciones que afectan a la capacidad del individuo, a los que, en todo caso, la norma debe dar adecuada respuesta.

2. PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PSIQUIÁTRICA DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL

1.- El consentimiento es de base un fenómeno interpersonal, no solamente de la conciencia individual y, por tanto, más cercano a la corporalidad. Hablamos de que un consentimiento es libre cuando ocurre de forma consciente (sano) y voluntariamente, pero también hay otros aspectos a valorar que lo convierten en un concepto, cuando menos, nebuloso como son: el tener que ser fundamentado, serio, maduro, sin ligereza o con experiencia.

2.- La relación interpersonal, desde el punto de vista psicobiológico se divide en la emocionalidad (deseos, contra-deseos), el miedo (peligro) y la moralidad (consideración del mundo, representación del Otro).

2.1. Psicobiología de la emocionalidad.

- Hipersensibilidad interpersonal. Localizada en áreas de la amígdala-hipocampo (sistema límbico). Tiene dos posibles reacciones rápidas: la sugestionabilidad que si es muy agradable puede dar lugar a consentimientos precipitados y la intolerancia al rechazo que puede llevar a consentimientos angustiados.

- Desregulación emocional. Se refiere a la incapacidad para regular las emociones y el procesamiento de la información lo que en general acaba en conductas impulsivas. Basado en la desconexión de la amígdala de las áreas frontales, desregulación del sistema límbico y del córtex cingulado. Aparecerán conductas impulsivas de base emocional, con consentimientos ambivalentes, disociados y también con consentimientos impulsivos.

- Fragilidad de la identidad (difuminación-difusión de la identidad). Localizado entre el estriado-tálamo y área insular-cingular y prefrontal medial. En este caso el consentimiento se da por idealización y, por ende, es inconsciente o fanatizado (políticos, terroristas…), con la característica de que será un consentimiento intermitente.

- Intolerancia a la soledad. Aparece por alteraciones de la vinculación-individualización y se asocia a la imposibilidad de la autodirección en solitario. A nivel neurobiológico se centra en áreas prefrontales. Da lugar a graves personalidades dependientes que conllevan consentimientos desesperados y esfuerzos frenéticos por no ser abandonados.

- Sentimiento crónico de vacío. Tiene que ver con la incapacidad para conectar, para sentirse amado y amar. Basado biológicamente en el funcionamiento del área insular-cingular y del área tegmental ventral, áreas que conectan con el anhelo, el deseo de ir más allá, y mediadas por la dopamina. En este caso el consentimiento será autodestructivo: suicidio, explotación sexual, masoquismo, fanatismo suicida, etc.

 © FEPSM

- Empatía. Dentro de esta puede distinguirse la empatía identificativa (entiendo lo que el otro siente), que da lugar a consentimientos gregarios y la empatía comprensiva (entiendo la emocionalidad del otro), que conlleva una buena relación de apego dando lugar a consentimientos más adecuados.

2.2. Miedo (paralizante). Cuando se suma la existencia de una constitución vulnerable (desarrollo anómalo de la personalidad, abusos, daño por traumas…) y una figura intimidante, el consentimiento es dado de forma forzada ya que hay pánico a la autodestrucción.

2.3. Moralidad. Constituida por contenidos simbólicos (el bien, el respeto…), parte intrínseca en el proceso del desarrollo de la conducta. Actualmente, la nueva conciencia ideologizada en la que la libertad es considerada por encima de todo, como la afirmación de la individualidad, dará lugar a la aparición de decisiones caprichosas, exaltación de la incorrección interpersonal o toma de decisiones impulsivas y arbitrarias.

3.- Los juzgados de violencia sobre la mujer son juzgados de instrucción con la única diferencia del ámbito competencial (relaciones interpersonales o familiares): la denunciante debe ser mujer y el investigado hombre (marido-exmarido o pareja-expareja).

4.- Los objetivos que persiguen en ocasiones la denunciante y el órgano judicial pueden no coincidir. Para este último consiste en: 1) aclarar si los hechos han sucedido y 2) si es punible conforme a lo que dicta el Código Penal. Para ello, la base del proceso es llevar a cabo un correcto interrogatorio para dilucidar los hechos, que deben poder describirse con detalle y que culminen con una sentencia y la imposición de una pena concreta.

5.- Por otro lado, en ocasiones, el objetivo que persigue la mujer es superar una situación concreta, no que se condene al investigado, una oportunidad de autodeterminación para dirigir su vida. El consentimiento de la mujer puede ser en este caso viciado de origen ya que se basa en una falta de información previa, que en ocasiones puede ser ambigua, confusa o incluso errónea o difusa. El consentimiento es aceptar o permitir algo, pero para ello debe contarse con toda la información para tomar una decisión libre pero también responsable.

6.- El juez debe mantener la perspectiva jurídica. El interrogatorio debe ser muy detallado, ya que el testimonio de la mujer fijará los hechos punibles. Hay ocasiones en las que es la única prueba útil, lo que genera un desgaste emocional insuperable.

7.- El consentimiento en relación con los delitos contra la libertad sexual es un concepto determinante. Desde la perspectiva de género, además de este debe tenerse en consideración la dominación del hombre sobre la mujer y, por tanto, hay que considerar el contexto y que se compense la desigualdad estructural en la que se produce.

8.- El Código Penal determina en qué supuesto no hay consentimiento, está viciado o la persona no está en situación de consentir. Para que éste sea considerado adecuado, se requiere que tanto por la mujer como por el hombre exista una relación plena y permanente.

9.- Delitos sexuales castigados por el Código Penal y su relación con el consentimiento.

9.1. Agresión sexual: contacto sexual de cualquier tipo en el que el acto se hace en contra del consentimiento usando la violencia (cualquier fuerza física para vencer su resistencia) o la

 © FEPSM

intimidación (el empleo de amenazas de un mal próximo o inminente que se usa para vencer la resistencia). En ambos casos lo determinante es que sea “suficiente”.

9.2. Abuso sexual: no son en contra del consentimiento de la víctima, pero sí son sin su consentimiento. Por ejemplo, en situaciones de pérdida del conocimiento (limitación lo suficientemente relevante como para que se vea afectada la capacidad para otorgar consentimiento) o cuando existe un trastorno mental que impida consentir. En estos casos, el informe pericial será determinante para explicar las limitaciones en la toma de decisiones. También hay consentimiento viciado cuando se basa en el prevalimiento (miedo paralizante), situaciones de superioridad que hace que la capacidad de reacción de la víctima se vea muy limitada.

10.- Las dificultades a nivel jurídico, en la mayoría de los casos, se encuentran en las pruebas. Son delitos que suelen acontecer en el ámbito privado y que adolecen de pruebas claras, por lo que hay que afrontar con mucho detalle la declaración de la víctima.

11.- El Tribunal Superior de Justicia dice que la prueba de un solo testigo es suficiente para la condena y, si basta o no, dependerá de que el juez considere al testigo creíble. En estos casos, además de la impresión subjetiva se utilizan los siguientes parámetros:

- Credibilidad subjetiva. Se tendrá en cuenta que el sujeto no padezca una anomalía psíquica que pueda incidir en la percepción de la realidad.
- Motivaciones espurias.
- Credibilidad objetiva. Analizar la coherencia de la propia declaración, que no tenga contradicciones.
- Corroboraciones periféricas. Por ejemplo, en el caso de informes sobre lesiones físicas. Dota al testimonio de una consistencia que hace más sencillo afirmar que es cierto.
- Persistencia de la incriminación.
- Convención de la declaración. Además de decir lo que ha ocurrido hay que concretar el cómo, el dónde, el cuándo y el por qué. Hay que ahondar en los detalles sobre lo sucedido.

En todo caso, estos parámetros no son exigibles en todas las ocasiones. Para valorar la credibilidad no tienen por qué cumplirse todos, pero si ninguno está presente debe entenderse que la credibilidad del testigo no es aceptable.

12.- En el caso de los informes psicológicos sobre víctima el Tribunal Superior de Justicia entiende que no son necesarios y que pueden ser contraproducentes. Según el Convenio de Estambul, estos deberían ser directamente rechazados salvo en circunstancias muy concretas. En el caso de los informes del perfil psicológico del agresor, la jurisprudencia es restrictiva, se castigan hechos, no perfiles, por lo tanto, hay que demostrar que se ha llevado a cabo el hecho punible.

 © FEPSM

© FEPSM