

El consentimiento por representación en el ámbito sanitario: la necesidad de un mayor reconocimiento al guardador de hecho

Con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que pretendía adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se modificaron leyes como la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado, el Código de Comercio, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, el Código Penal y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Como vemos, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se reformó de una manera amplia nuestro ordenamiento jurídico, si bien otras leyes quedaron intactas, como es el caso de la legislación sanitaria que no fue modificada y adaptada a los requerimientos del Convenio de Nueva York.

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 (en adelante LAP) es una de las leyes que, por el momento, no ha sido modificada. En su artículo 9.3 se regula el consentimiento por representación estableciendo los supuestos en los que éste debe prestarse. Es evidente que el apartado b)¹, con la aprobación de la Ley 8/2021, devino inaplicable al haberse eliminado la posibilidad de modificar la capacidad de una persona mediante sentencia². Por otro lado, también resulta indiscutible la necesidad de reformar el apartado a) que establece que cabe el consentimiento por representación “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Como vemos, esta regulación no es coherente con la Ley 8/2021 que impuso el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones³. Es por este motivo por el que no se entiende que este apartado b) prevea en primer lugar el consentimiento por

¹ En él se recoge que cabe el consentimiento por representación: “Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”.

² GARRIDO GARCÍA, A.: “Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, p. 120.

³ Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

representación, cuando esto debe ser algo excepcional y ser el propio paciente el que tome sus propias decisiones con los apoyos previstos⁴.

Atendiendo ahora a la figura de la guarda de hecho, se trata de una medida de apoyo que se ha visto reforzada con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pero que ya se encontraba regulada desde el año 1983. Era entendida como la prestación de asistencia por una persona, normalmente un familiar que, de manera libre y voluntaria, proporcionaba cuidados a la persona guardada⁵. Esta institución jurídica pasó de ser contemplada como una medida temporal u ocasional a ser una medida apta y suficiente por sí misma para proteger los derechos de la persona con discapacidad⁶. Pues como así se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, la guarda de hecho “había sido entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”.

Este mayor reconocimiento otorgado a la guarda de hecho responde a la importancia que esta figura estaba cobrando cada vez en mayor medida en la sociedad del momento. Se trataba de una institución en auge, pues era frecuente que las personas mayores que por razones de edad y envejecimiento tuvieran algún tipo de discapacidad, fueran atendidos por sus familiares o personas cercanas sin ser incapacitadas judicialmente, al igual que las personas discapacitadas que, al adquirir la mayoría de edad, eran sus padres o familiares los que actuaban como guardadores de hecho salvo que concurriera alguna circunstancia especial que hiciera necesario iniciar el procedimiento de incapacitación⁷. Así se reconoció en la propia Ley 9/2021 al indicarse que: “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”⁸.

En ese trabajo del legislador de adoptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se

⁴ ANDREU MARTÍNEZ, B.: “Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: el dilema que plantea la ley de autonomía del paciente y su reflejo en la doctrina del TC”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, nº 20, p. 134.

⁵ SANTOS URBENAJA, F.: *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación. Madrid, 2006, p.

⁶ BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO C.: “La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho”, *Revista jurídica valenciana*, nº 41, 2023, p. 93.

La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho. Autores: Carlos Bellido González del Campo

⁷ LORA TAMAYO VILLACIEROS M./ PÉREZ RAMOS C.: “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”. Consultado en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8>

2021#:~:text=Y%20es%20cierto%20que%2C%20o,que%20iban%20mermando%20en%20sus [Fecha última consulta: 21/10/2024].

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

decide otorgar entre las medidas de apoyo previstas un orden de prelación con el fin de respetar siempre la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad⁹, de tal manera que son las medidas de apoyo voluntarias las que gozan de una preeminencia en este sistema, pues como así se dispone en el artículo 249 CC las medida de origen legal o judicial “solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”. Así, atendiendo a la regulación prevista en el Código Civil, ante la inexistencia de medidas de apoyo voluntarias previstas por la propia persona discapacitada –mediante la autotutela, poderes o mandatos preventivos- se aplicarán las medidas de apoyo legales o judiciales.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente¹⁰. Es una medida de apoyo de origen legal, estable y con un carácter de estabilidad y permanencia. Sólo en defecto de guarda de hecho eficaz habrá de acudir al correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria de provisión de apoyos¹¹. En virtud de lo anterior, la guarda de hecho está llamada a ser la medida de apoyo más común de las personas con discapacidad y mayores, ya que son escasas las situaciones de ausencia de guardador de hecho o guarda ineficaz.

Es por este motivo expresado previamente por el que es importante dotar a la guarda de hecho de un papel predominante y de una regulación adecuada que permita tener por satisfechos los intereses de todas las partes en juego, es decir, tanto del discapacitado, como del guardador. Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya n.º 797/2022, de 14 de julio, ECLI:ES:APBI:2022:1869 que la guarda de hecho: “(...) se desarrolla ya como medio ordinario, preferente y no provisional de apoyo sin necesidad de reconocimiento o investidura judicial -a salvo de los supuestos legales que existen un control judicial previo, como los actos que requieran acreditar la representación y para prestar el consentimiento en los actos que enumera el art. 287 CC-, es decir sin necesidad de que se constituya por una sentencia judicial -que, todo lo más, puede declararla, en cuanto que prueba su existencia-“. Por lo tanto, la guarda de hecho no requiere el inicio de un procedimiento o un nombramiento judicial que reconozca esta situación, sino que se trata de una medida informal basada en una relación de confianza con la persona guardada¹². No obstante, la realización de determinados actos por el guardador implicará, como veremos, la necesidad de

⁹ Así entiende TORAL LARA E.: “Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dirs. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. TORAL LARA), LA LEY, Wolters Kluwer, 2021, p. 135. al afirmar que: “La voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad deben constituir, junto con sus derechos, el criterio fundamental para instituir los mecanismos de apoyo, junto con sus derechos, el criterio fundamental para instituir los mecanismos de apoyo que sean necesarios, y para determinar su contenido, alcance y modo de ejercicio por parte de los encargados de suministrar el apoyo.

¹⁰ Así lo determina el artículo 250. 4º CC.

¹¹ LÓPEZ SAN LUIS R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 75.

¹² TORAL LARA E.: “Las medidas de apoyo”, cit., p. 135.

obtener la correspondiente autorización judicial, momento a partir del cual su actuación queda bajo el control judicial¹³.

Con la regulación prevista en la Ley 8/2021 se tiende a favorecer que sea la propia persona la que, como normal general, tome sus propias decisiones, siendo representada solo de manera excepcional. Esta ley prevé que estas decisiones no se refieran solo al ámbito patrimonial, sino también al ámbito personal, para que la persona discapacitada también pueda ser apoyada en la toma de decisiones relacionadas con la vida ordinaria. Así lo establece el preámbulo al indicar que: “es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc”.

En lo referente a la salud del discapacitado, es decir, al ámbito sanitario, es importante detenernos en analizar cuál es el papel que actualmente presenta el guardador de hecho en este medio y por qué es necesario su reforzamiento o quizás, la modificación de la normativa actual.

Si volvemos a fijarnos en la regulación prevista en el apartado a) del artículo 9.3 LAP, vemos como la necesidad de su reforma es evidente. Insistiendo en el orden de prelación establecido en el Código Civil para las medidas de apoyo, el consentimiento por representación no puede ser aplicado sin atender a las medidas ya previstas. Por ello habrá que fijarnos, en primer lugar, si existen medidas de apoyo voluntarias designadas por la propia persona con discapacidad que incorporen la asistencia en el ámbito de la salud o, incluso, una autcuratela con facultades en este ámbito, pues la persona interesada puede haberlo previsto de tal manera. Asimismo, habrá de estar también a si el paciente ha otorgado documento de instrucciones previas, previsto en la LAP y en el que uno de sus contenidos es precisamente la designación de “representante sanitario”¹⁴.

Por otro lado se encuentran las medidas judiciales, que al constituirse le pueden ser atribuidas funciones representativas¹⁵, como es el caso de la curatela con funciones representativas en la que la autoridad judicial establece, por ejemplo, la asistencia en el ámbito de la salud. Es importante destacar que la prestación del consentimiento informado en todo lo referente al ámbito de la salud, está excluido de la necesidad de

¹³ TORAL LARA E.: “Las medidas de apoyo”, cit., p. 169.

¹⁴ ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: el dilema que plantea la ley de autonomía del paciente y su reflejo en la doctrina del TC”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, n.º. 20, 2024, pg. 139

¹⁵ Así dispone el artículo 269 III CC que “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

obtener autorización judicial¹⁶. Estas medidas judiciales, como sabemos, solo tendrán cabida en ausencia de medidas de apoyo voluntarias o una guarda de hecho eficaz.

Por lo tanto, debemos plantearnos qué papel tiene el guardador de hecho en la prestación del consentimiento por representación y determinar si puede existir un guardador con facultades representativas en el ámbito sanitario. Si atendemos a lo dispuesto en el artículo 264 CC, el guardador de hecho deberá obtener autorización judicial para realizar determinadas actuaciones representativas que comprendan uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, es decir, esta regulación no comprende la posibilidad de otorgar al guardador de hecho la facultad de representación en un ámbito concreto, como es el ámbito de la salud, sino simplemente en un acto o varios determinados. Por este motivo, la jurisprudencia del TS se decanta por una medida de apoyo formal como la curatela representativa, en lugar de la guarda de hecho, al menos en los casos en que la persona requiera de una actuación representativa intensa o cotidiana como es en el ámbito sanitario¹⁷.

No obstante, atendiendo a la regulación prevista en el ya mencionado art. 9.3 LAP resulta llamativo que, en ausencia de un "representante legal" que pueda dar el consentimiento en nombre del paciente, se permite que personas cercanas a él, ya sea por vínculos familiares o de hecho, lo hagan sin necesidad de autorización judicial. Esto contrasta con la práctica habitual en el ámbito sanitario, donde se permite que ciertos individuos muy cercanos al paciente que no puede consentir lo hagan en su lugar, sin requerir un control judicial previo (salvo lo indicado en el artículo 9.6 de la LAP). Por ello, es fundamental que la futura regulación del consentimiento informado mantenga una norma similar a la actual del artículo 9.3.a), pero incluyendo medidas de apoyo informales, como la guarda de hecho. En el ámbito sanitario, no es necesario contar con una medida de apoyo con poderes representativos para tomar decisiones por el paciente. Si existe tal figura con poderes de representación en temas de salud, se recurrirá a ella; de lo contrario, otras medidas de apoyo o, en última instancia, los familiares, podrán proporcionar el consentimiento en estas situaciones¹⁸.

¹⁶ Así lo recoge el artículo 287 1º CC al disponer que "El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales".

¹⁷ En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ CARRASCO, M^o DEL CARMEN: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad". *Derecho Privado y Constitución*, 39, 2021, pp. 229-231.

¹⁸ En este sentido se pronuncia ANDREU MARTÍNEZ, B.: "Autonomía en el ámbito sanitario", cit., p. 144.