

SANTOS MORÓN, M.^a José: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela libre de Derecho y Economía, Colección solidaridad 15, Madrid, 2000, 349 pp.

Los derechos de la personalidad de los incapacitados es uno de los temas más importantes y menos estudiados, al menos con profundidad, en el Derecho español. La profesora Santos Morón, ante el vacío doctrinal existente y las constantes reformas legales en la materia, ha tratado de conseguir llenar ese vacío, y, como veremos a lo largo de esta recensión, lo ha conseguido con gran acierto y rigor científico.

Su obra no supone un estudio profundo de todos los derechos de la personalidad de los incapacitados, pues como sabemos, sería un trabajo imposible de llevar a cabo, pero sí se ocupa de analizar los derechos que más pueden verse afectados: derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, al honor, a la intimidad y a la imagen, y, como veremos, en general, cómo puede verse afectada la dignidad humana de estas personas. A pesar de que este tipo de estudios siempre suele implicar una serie de prejuicios de tipo ético, la doctora Santos Morón sabe dejar a un lado ese aspecto subjetivo, para destacar los problemas y darles una solución objetiva atendiendo a la normativa constitucional así como al Derecho positivo existente, proponiendo soluciones de *lege ferenda* apoyada en el ámbito del Derecho comparado, manejado con gran maestría a lo largo de toda la obra.

El objetivo fundamental de la autora ha sido determinar en qué medida los incapacitados, por razón de enfermedad o deficiencia psíquica, pueden ejercer su autonomía en el ámbito de los derechos de la personalidad. Para ello, se tiene en cuenta la existencia o no de sentencia de incapacitación, así como el paralelismo que de hecho existe entre la situación de estos sujetos y la de los menores. Y aquí se va a hacer notar la importancia de la denominada «capacidad natural» para la actuación de estos sujetos y su diferencia con la capacidad de obrar, tomando como modelo la regulación del Código civil suizo, que permite realizar actos de ejercicio de los derechos de la personalidad a menores e incapacitados, dando un concepto legal de tal capacidad. Un dato fundamental, que no puede dejar de evitarse, es que la autora, cuando se plantea el problema general del posible ejercicio de los derechos de la personalidad por incapacitados judicialmente, tanto de forma absoluta como relativa, se centra en el tema de la existencia de límites de la sentencia de incapacitación en materia de derechos fundamentales, tema no tratado anteriormente. ¿Puede el juez, incluso incapacitando absolutamente a una persona, impedir el ejercicio de sus derechos de la personalidad en ese mismo acto? Como se deduce de lo señalado anteriormente, es difícil admitirlo a pesar de la opinión mayoritaria al respecto y más, teniendo en cuenta, el artículo 267 CC. La doctora Santos Morón, coherente con su postura en toda la obra, nos da los argumentos suficientes para entender esa negativa a admitir un límite general en la sentencia de incapacitación.

Manifestadas estas primeras observaciones generales, que nos sirven de introducción para el análisis estructural de la obra, vamos a ir exponiendo su contenido. El libro se compone de dos partes. La primera parte, contenido científico de la obra, está formada por cuatro capítulos en los que se analizan los problemas centrales del tema objeto de estudio. La segunda parte, consta de seis anexos en los que se recogen la normativa fundamental utilizada: española, alemana, francesa, suiza e italiana, así como, en su integridad, la STC 215/1994, de 14 de julio.

Entrando en el análisis de la primera parte, hemos de destacar, que tras una breve «Introducción» en la que se parte de la siguiente idea: «Si se quiere que la integración de estos individuos (incapacitados) sea real y efectiva (art. 49 CE) no

basta con exigir que el Estado adopte medidas concretas que faciliten la integración de los disminuidos psíquicos en la sociedad. Debe tenerse en cuenta que el respeto a los valores consagrados en el artículo 10 CE obliga a reconocer a todo individuo –incluidos los que padecen algún tipo de alteración mental– un cierto ámbito de autonomía acorde con su capacidad de discernimiento real. De ahí que la capacidad de obrar de los sujetos mencionados deba ser restringida sólo en la medida necesaria para la defensa de sus intereses»; la autora entra a analizar el régimen jurídico existente en otros países para los incapacitados.

Así, el capítulo primero, «La incapacitación en el Derecho comparado», comienza por el estudio de la regulación alemana. En el Derecho alemán se ha producido en los años 90 la sustitución de la incapacitación por la denominada «*Betreuung*», cuya finalidad fundamental fue reforzar los derechos y posición jurídica de los discapacitados psíquicos y físicos, garantizando el respeto a sus derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la autodeterminación. El sistema francés actual, que también es expuesto, es similar al sistema español, y la autora expone sucintamente los distintos regímenes de protección previstos: tutela, curatela y salvaguarda de justicia. El Derecho italiano, por su parte, distingue dos grados de incapacidad: la interdicción y la inhabilitación que son expuestos brevemente por la autora.

El capítulo segundo, «El ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de los incapacitados. Análisis general de la cuestión», plantea la protección legal de la que gozan los incapacitados en el Derecho español. La autora parte, acertadamente, de la constancia de que las medidas protectoras de menores e incapacitados en general suelen ir dirigidas a la protección de los intereses patrimoniales, olvidándose la protección de los intereses personales. Respecto de estos últimos, sólo se encuentra una alusión en materia de menores, que es la recogida en el artículo 162 CC y en el artículo 3 LO 1/1982 en lo relativo al honor, intimidad e imagen, excluyendo la representación legal de los padres en materia de derechos de la personalidad, no obstante, no es una exclusión absoluta, puesto que como resalta la doctora Santos Morón en consonancia con la doctrina, en ocasiones los padres pueden actuar por su obligación de velar por los menores, sin actuar como representantes. Esta misma normativa es de aplicación analógica a incapacitados, debido al paralelismo existente entre la normativa referente a la patria potestad y a la tutela. De ahí se deduce que menores e incapacitados deben tener poder para ejercitar sus derechos de la personalidad por sí mismos. ¿Cuándo se ostenta ese poder y su ejercicio es eficaz? Aquí la autora utiliza un dato básico y constante en las concepciones jurídicas actuales: cuando se poseen ciertas condiciones de madurez, que en el caso de incapacitados, implica posesión de capacidad de discernimiento. Esto choca, a primera vista, con la idea de que un sujeto incapacitado absolutamente por sentencia, tal y como se deduce del artículo 267, no puede ejercitar sus derechos de la personalidad, incluso podría pensarse que la propia sentencia de incapacitación al no decir nada implica la prohibición de tal ejercicio al estar incapacitado de forma total. Pero, como señala la autora, el choque no es más que aparente, y de acuerdo con la normativa constitucional que ordena respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), salvo que la sentencia de incapacitación disponga lo contrario no puede afectar la incapacitación al ejercicio de los derechos de la personalidad, pues como afirma de modo expreso la autora: «la incapacitación por sí misma, aunque conlleve el sometimiento a tutela, no afecta a la esfera personal del incapacitado. ... para que una prohibición de este tipo (por parte de la sentencia) sea aceptable es necesario que se imponga en interés del propio incapacitado, es decir, como medida de protección ante los perjuicios que pudieran derivarse de su actuación. Ahora bien,

ello presupone que el incapacitado carece de entendimiento suficiente para adoptar decisiones relativas al derecho en cuestión ... el juez, al dictar sentencia de incapacitación, (no) puede evaluar la capacidad natural del sujeto para tomar concretas decisiones relativas a sus derechos de la personalidad». En cada caso concreto habrá de valorarse la capacidad natural del sujeto, que no puede valorarse de forma abstracta y anticipada. El concepto de capacidad natural, básico en la tesis de la autora, es similar a la capacidad de discernimiento tal y como se regula en el artículo 19 del Código Suizo.

El capítulo tercero, «La realización de actos relativos a la integridad física y a la salud del incapacitado», estudia el valor del consentimiento para recibir un tratamiento médico y la posibilidad de que pueda darlo un incapacitado. Partiendo de que el consentimiento informado (art. 10 LGS) es un derecho fundamental del paciente que legitima la actuación médica, la autora comienza por analizar tal consentimiento dentro de la normativa penal, analizando con gran detalle y precisión la evolución sufrida desde el antiguo artículo 428 CP donde el consentimiento no tenía ninguna consecuencia hasta los actuales artículos 155 y 156 CP donde el consentimiento es atenuante de la responsabilidad penal. Tras destacar la importancia del consentimiento en los tratamientos médicos, se entra en el análisis del artículo 10.6 LGS. ¿Cuál es la capacidad necesaria para otorgar el consentimiento? La autora llega a la conclusión, por los supuestos excluidos, que la ley no atiende al estado civil sino a las condiciones de madurez y discernimiento del sujeto que va a ser intervenido en ese momento, esto es, a su capacidad natural. Esta conclusión queda reforzada mediante el estudio que, sobre la teoría del consentimiento informado, se realiza en el Derecho anglosajón, destacando la «Family Law Reform Act» en Gran Bretaña y el «Statutory Law» de Estados Unidos. Igualmente, analiza la doctora Santos Morón de forma detallada, los distintos tipos de test para considerar capaz a un sujeto, destacando su poca validez al no existir un criterio unánime y llegando a la conclusión de que la capacidad para emitir el consentimiento a un tratamiento médico es una cuestión de hecho que debe determinarse en el caso concreto. La misma solución rige en el Derecho continental, concretamente en Alemania y en Italia, frente al supuesto francés donde depende del régimen jurídico al que esté sometido el incapacitado. En conclusión, la doctrina penalista mayoritaria en España, como en el Derecho comparado, entiende que la validez del consentimiento a un tratamiento médico depende de la capacidad natural de entendimiento del sujeto, que ha de ser valorada por el médico en el caso concreto. Tras este tema, la autora analiza la posibilidad de que el incapacitado opte por una solución irracional o incomprensible, dando solución al respecto, y así como la posibilidad de que se carezca de capacidad natural para consentir, ¿puede intervenir en este último caso un tercero? La solución, en este caso, la da el artículo 10.6 LGS, permitiendo el consentimiento del tutor si es un tratamiento médico terapéutico y la intervención es estrictamente necesaria. En otro caso, la autora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 216 CC y la finalidad de las instituciones tutelares, considera que habrá de atender al mayor interés o beneficio del incapaz, siendo en este caso de gran utilidad la normativa alemana que atiende a los deseos y opiniones del incapaz antes de ser incapacitado. Finalmente se plantea la posibilidad de realizar un tratamiento médico forzoso, limitándolo con gran acierto a los casos en que peligre la salud o vida del incapaz. La misma solución sería aplicable a los casos de recepción de órganos con fines terapéuticos. Continúa analizando, como nueva forma de intervención médica, la posibilidad de que el incapaz pueda realizar donaciones de órganos, cuya solución adopta atendiendo a la filosofía de la nueva regulación dada por el RD de 1999 donde prevalece el principio de protección frente a la

autonomía de los sujetos con capacidad limitada, criticando la autora, de forma coherente, el olvido a los deseos del menor o incapaz. Distinto es si la donación es para después de muerto, en este caso habría que atender a su posible oposición en vida si no se aplican las reglas generales. Siguiendo con su estudio, y siendo exhaustiva en el tema, la doctora Santos Morón, analiza la posibilidad de donación de médula ósea, admitiéndolo si existe relación genética entre donante y receptor y hay previa autorización de padres o tutores, al no existir grave perjuicio para el incapaz. Finalmente se analizan dos temas de grandes implicaciones éticas: la esterilización y el aborto. Respecto del primero, la autora, tras destacar su despenalización desde 1983 y su actual regulación en el artículo 156 CP, distingue según tenga carácter terapéutico, donde bastaría capacidad natural de comprensión y juicio, y si no existiese podría consentir el representante legal por ser una medida que tiende a preservar la salud; pero si no tiene tal carácter habría que atender a un mayor grado de discernimiento, al tener carácter mutilante y privar de la capacidad reproductora, debiendo concurrir los requisitos del párrafo segundo del artículo 156 CP. La solución por la que aboga la autora es la del derecho anglosajón y alemán. Si el incapaz carece de capacidad para consentir, con base en el fundamento del libre desarrollo de la sexualidad, y en interés del incapaz, podría realizarse la esterilización con un control añadido: la autorización judicial. Ahora bien, ¿esterilización masculina o femenina?, habrá que atender a quien menores riesgos suponga la intervención, a diferencia de la polémica alemana. Para terminar con este apartado, la autora analiza la posibilidad de una esterilización forzosa. Finalmente, en materia de aborto, la autora acertadamente considera que es un acto personalísimo de la mujer, atendiendo a una ponderación de los intereses en juego. La capacidad necesaria para consentir se determina considerando el aborto como una modalidad de intervención médico quirúrgica: bastará capacidad natural de entendimiento y juicio, si no existe tal capacidad en ocasiones muy limitadas, podrá actuar su representante legal como ocurre en Francia y Alemania siempre que sea por indicación terapéutica.

El cuarto capítulo se dedica, como su título indica, a «El consentimiento a las intromisiones en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen». La autora, muy acertadamente, intenta, y lo consigue, distinguir entre la capacidad necesaria para decidir acerca del ejercicio de derechos fundamentales, convirtiendo en lícita una ingerencia y la capacidad para celebrar contratos relativos a tales derechos. Partiendo de esta distinción, se destaca como el artículo 3 LO 1/1982 exige capacidad natural para el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que son actos relativos a la esfera personal que no pueden hacerse depender de la capacidad de obrar. Sólo busca evitar la antijuridicidad de la actuación del tercero. Respecto al consentimiento para contratar respecto de estos derechos, la autora deja bien claro la imposibilidad de realizar contratos respecto al honor, aunque en el ejercicio de los otros derechos pueda verse afectado. Y, de otro lado, no hay duda que en materia contractual ha de intervenir el representante legal del incapacitado, si bien habrá de tenerse en cuenta su consentimiento si tiene suficiente juicio. La falta de capacidad natural, en casos excepcionales, permite que los representantes legales puedan otorgar el consentimiento a la ingerencia con el control del Ministerio Fiscal. Finalmente, en los casos en que los menores o incapacitados quieran celebrar un contrato sobre sus derechos fundamentales y los representantes legales se nieguen, es posible acudir al Juez para que éste lo autorice si es beneficioso para ellos.

Los anexos, como he señalado anteriormente, recogen la normativa aplicable al caso de los distintos ordenamientos que se han mencionado y que es utilizada por la autora.

En general, y como se deduce de lo hasta aquí expuesto, es una obra muy completa, y muy útil, que destaca de forma crítica los defectos tanto legales como judiciales en materia de incapacitación y que habrán de ser tenidos en cuenta si queremos que estos sujetos desarrollen de forma clara su dignidad. La autora es rigurosa y objetiva en todo su estudio, a pesar de las implicaciones éticas que tienen los temas, sin caer en ningún caso en el subjetivismo y destacando siempre la idea básica que ha de regir en materia de incapacitación: el beneficio o interés del incapacitado, fomentando su pleno desarrollo al concederle un grado de autonomía suficiente al adoptar decisiones, cosa que parece olvidarse en materia judicial.

En conclusión estamos ante una gran obra, que permite profundizar en otros derechos fundamentales del incapaz, y que será de gran utilidad no sólo por la magnífica bibliografía empleada sino por su argumentación y soluciones a problemas básicos y poco estudiados hasta ahora. Es básica su lectura para todos aquellos interesados en temas de menores e incapacitados porque resuelve innumerables dudas haciendo pensar al lector en lo diferente que puede llegar a ser la teoría de la práctica.

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ

VV.AA.: *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, 362 pp.

Si resulta todavía cierto que, en las postrimerías del siglo, Francia continúa siendo un *peso pesado* en el ámbito del Derecho comparado, también hay que decir que uno de los actuales comparatistas franceses más distinguidos es el prof. Denis Tallon, perteneciente a esa generación dedicada, no tanto a teorizar, cuanto a poner en práctica las reglas y métodos que laboriosamente —hay que reconocerlo—, se van abriendo paso a paso sobre aquél, en la ciencia jurídica.

La presente obra respeta escrupulosamente los cánones clásicos en este tipo de obras de homenaje, vigentes en el país vecino, no faltando así una sucinta, pero emocionada, presentación del homenajeado (debida a la pluma de dos ilustres comparatistas galas, las profesoras Camille Jauffrey-Spinosi e Isabel de Lamberterie), seguida de la puntual y extensa enumeración de las publicaciones de aquél; tras ello se insertan los veintiséis trabajos de colaboración, agrupados en los dos apartados que luego indicaré; concluyendo el volumen con el extenso catálogo de suscriptores, personas físicas o jurídicas que se adhieren al homenaje sin haber colaborado en el volumen. La dimensión internacional del prof. Tallon se advierte en la nacionalidad de los colaboradores; hay más extranjeros (quince) que franceses (once) como autores de trabajos, advirtiéndose entre aquéllos la presencia de cuatro ingleses, tres holandeses, dos griegos y uno de los siguientes países: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Hungría y Chequia. Entre los suscriptores, los hay de casi todo los continentes, y no faltan, esta vez, varios españoles.

El personaje y su obra. Nacido en París en 1924, Licenciado en Filología Inglesa y Doctorado en Derecho, transcurre su carrera docente entre las Universidades de Nancy y París, con el entonces obligado paréntesis en la Universidad de Túnez. En 1955 es destinado a la Universidad de Nancy como *Agregé de Droit*