

PROFA. DRA. SOFÍA DE SALAS MURILLO
Profa. Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

*Capacidad, discapacidad,
incapacidad e incapacitación:
funciones y disfunciones*

El título de la conferencia introductoria es “Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones”.

A pesar del aparente juego de palabras, lo que pretendo en ella es aclarar conceptos y hacer una presentación global de la respuesta de nuestro sistema jurídico ante la realidad de todas esas personas que conviven con nosotros, que, por circunstancias de enfermedad o deficiencia congénita o sobrevenida con el paso del tiempo, se hallan en una situación de especial vulnerabilidad, y que requieren un especial apoyo no sólo por parte de la sociedad y de la familia, sino una especial y concreta respuesta del sistema jurídico de un Estado, que, como el nuestro, es de bienestar. No en vano, el mandato constitucional del art. 49 CE ordena a los poderes públicos realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Y el art. 50 CE, dispone que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

De hecho, si los pilares del Estado de Bienestar de los que más se hablaba hace unos años eran la Protección sanitaria y la Seguridad Social, hoy se habla de los Servicios Sociales en colaboración con el Tercer Sector, y de la atención a las situaciones de dependencia como cuarto pilar del sistema de bienestar.

En los treinta años que han pasado desde la redacción del texto constitucional, se han tomado muchas medidas, pero ahora parece que el legislador y el Gobierno han prestado una especial atención. Y no podía ser de otro modo si se tiene en cuenta el vuelco demográfico que ha sufrido la población española precisamente en esos 30 años. Teniendo en cuenta los datos que nos aporta, precisamente la Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia, tenemos que saber que:

En 1970, en España había 3,3 millones de personas mayores de 65 años (o sea, 9,7 % de la población).

En el año 2000, eran más de 6,6 millones, es decir el 16,6 %.

Todo ello teniendo presente que el colectivo de edad de personas octogenarias se ha duplicado en sólo 20 años.

De estas personas mayores de 65 años más del 32 % sufre algún tipo de discapacidad, frente al 5 % que representan los discapacitados respecto al total de la población menor de esa edad.

A esta realidad, derivada del envejecimiento, debe añadirse la derivada de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. Eso teniendo en cuenta que los avances en diagnóstico prenatal han hecho disminuir correlativamente enfermedades como el Síndrome de Down, pero no tanto por tratamiento terapéutico cuanto por aborto de los así diagnosticados.

La necesidad de una respuesta adecuada por parte del Derecho es patente y la actualidad legislativa, innegable.

El 1 de enero de 2007 acaba de entrar en vigor la Ley de Dependencia, que ha sido calificada como la Ley social más importante de la Legislatura.

En Aragón, por citar hechos recientes, el 8 de febrero de 2007, se constituyó el Consejo Aragonés de la Discapacidad, órgano colegiado que coordinará la política integral de atención a las personas con discapacidad, y en el que está representando el Gobierno de

Aragón, las entidades más representativas de los diferentes tipos de discapacidad, las organizaciones empresariales y sindicales y la Universidad de Zaragoza.

No faltan proyectos de Ley actualmente en tramitación sobre materias relacionadas con la discapacidad, a los que haré referencia.

Y a nivel internacional, no podemos dejar de referirnos a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es éste el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante protector de este grupo social, que reúne a más de 650 millones de personas, el 10 % de la población mundial. Quiero subrayar la importancia que tiene este texto para las personas con discapacidad, ya que en algunos países, sobre todo los menos desarrollados, es el único instrumento del que podrá disponer este grupo social. Precisamente el 7 de noviembre de 2007, el Pleno del Senado ha autorizado la adhesión de España a la Convención de la ONU sobre la Discapacidad, que obliga a los países que la ratifican a reconocer que todas las personas son iguales ante la ley, a prohibir la discriminación basada en las discapacidades y a garantizar igual protección de la norma para todos.

1. Terminología

Se parte de que discapacidad, incapacidad, dependencia, situación de disminución psíquica o física, etc. son términos que reflejan realidades de diverso cariz pero con un común denominador: una persona que por su situación vital está necesitada, ella y su entorno familiar, de una especial protección.

Pero ciertamente, si cada vez vamos avanzando más en este campo y en términos generales no podemos hablar de “lagunas”, sí que existe una variedad normativa y terminológica tal, que siendo una la persona destinataria de las normas, es objeto de diferentes calificaciones y regulaciones. No existe un estatuto general del discapacitado, porque, para empezar es difícil ponernos de acuerdo en su nomenclatura.

Por eso merece la pena hacer una visión panorámica de nuestro sistema jurídico.

Puestos a seguir un orden, quizá por mi condición de civilista, aunque más bien por antigüedad de legislación, comenzaré haciendo referencia a la incapacitación.

1.1. INCAPACITACIÓN

Como sabemos, el Código Civil establece una institución de protección para aquellas personas que por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico no puedan gobernarse por sí mismas ni administrar sus bienes.

La incapacitación judicial es el único medio para reconocer y declarar la inexistencia o limitación de la capacidad de obrar de los ciudadanos, que de otro modo se presume plena.

La regulación de esta incapacitación judicial se establece en los artículos 199 y siguientes del Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículos 756 a 763, con relación a los procesos sobre capacidad de las personas. A estos efectos civiles, quien ha sido objeto de esta declaración en sentencia judicial firme tiene la condición de “incapacitado”. Como también es sabido, dicha declaración no se queda ahí sino que va acompañada de la asignación de un régimen de sometimiento a tutela, curatela o patria potestad rehabilitada o prorrogada, según los casos.

No quiero dejar de recordar que la incapacitación judicial no es un procedimiento obligatorio: de hecho, muchas personas en las que concurre una enfermedad o deficiencia que las harían susceptibles de incapacitación no lo están, y oficialmente son “capaces”, pues nuestros Tribunales son clarísimos en la presunción de capacidad, pero que en realidad son “incapaces”. En el ámbito civil seguimos hablando, para referirnos a éstos de “incapaces naturales”.

1.2. INCAPACIDAD E INVALIDEZ EN EL ÁMBITO LABORAL

Si del ámbito civil saltamos al laboral, nos encontramos con el concepto de “incapacidad laboral”. Así, la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS, Dec-Leg. 1/1994, de 20 de junio), dispone en el artículo 136 que:

“1. En la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

2. En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen”.

A diferencia de la incapacidad permanente, la calificación de la invalidez es ajena a la capacidad laboral de la persona, por lo que se utiliza el término invalidez frente al de incapacidad propia de una prestación de nivel contributivo.

1.3. MINUSVALÍA

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) dispone en su artículo 7 que: “a los efectos de la presente ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, regula el reconocimiento de grado de minusvalía, el establecimiento de los baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento (IMSERSO y órganos de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas).

En Aragón, el Instituto Aragonés de Servicios Sociales es el organismo oficial encargado de la gestión y resolución de las solicitudes.

La calificación del grado de minusvalía valora tanto las discapacidades que presente la persona, las dificultades para realizar las actividades de la vida diaria como vestirse, comer, desplazarse, así como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural. El grado de minusvalía así obtenido se expresa en porcentaje.

¿Para qué sirve este reconocimiento?

El reconocimiento del grado de minusvalía tiene como finalidad garantizar el acceso del ciudadano a los más variados beneficios y recursos que los organismos públicos proporcionan. Así, por ejemplo, a las personas con un 33 % de minusvalía se les otorga el reconocimiento y pueden beneficiarse de:

- Adaptación del acceso a vivienda.
- Adaptación de pruebas selectivas.
- Adaptación de puesto de trabajo.
- Atención en Centro especializado.

- Ayudas técnicas.
- Exenciones fiscales.
- Tarjeta de aparcamiento.
- Prestaciones no Contributivas.
- Protección familiar por hijo a cargo.
- Ayudas para la eliminación de barreras.

Desde 2004, en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía se hará constar como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda.

Con la finalidad de que la valoración y calificación de las situaciones de minusvalía sea uniforme en todo el territorio del Estado se crea, como instrumento de coordinación y consulta entre las distintas Administraciones públicas competentes en la materia, la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía.

Clara muestra de la diferenciación existente entre la valoración de las actividades para la vida diaria y la valoración de la capacidad para el trabajo la proporciona la jurisprudencia al establecer que el “reconocimiento de la incapacidad permanente no puede sustituir la detallada aplicación del baremo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre”. El TS ha dicho por ejemplo en una sentencia de 2 de diciembre de 1997 que “La pretensión de que una persona a la que se le ha declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, de que se le reconozca el grado de minusvalía del 33 por ciento carece de fundamento legal, pugna con la configuración del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, y consagraría situaciones de desigualdad carentes de justificación objetiva, al posibilitar que personas con un pequeño grado de minusvalía, pero que hubiesen sido declaradas en situación de incapacidad permanente total, con derecho a una pensión vitalicia, pudiesen beneficiarse de los derechos y de los servicios establecidos a favor de las personas que realmente acreditan el 33 por ciento”.

1.4. DISCAPACIDAD

En la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional, se utilizan los términos discapacitado o persona con discapacidad en vez de minusválido o persona con minusvalía.

Traslación del término *disability*, ha sido el término utilizado en las Asambleas Generales de Naciones Unidas, por la OMS, en especial a través de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)¹.

Por supuesto, en el ámbito europeo, es el término utilizado en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam que habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de discapacidad.

En su desarrollo, se aprueba la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Asimismo, el año 2003 fue “Año Europeo de las Personas con Discapacidad”.

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido los nuevos enfoques y estrategias operadas en la manera de entender la discapacidad. Y el tema, en la línea de los pronunciamientos europeos, se enfoca no como “ayuda especial o benéfica”, sino como consecución de la igualdad de estas personas real y efectiva y no meramente formal; por ello se promueven las condiciones que faciliten la plenitud de derechos y la participación en la vida política, económica, social y cultural.

Por ello, cuando se habla de discapacidad cada vez más se utiliza el término derechos humanos aplicando la legislación de no discriminación, y no sólo utilizando medidas de acción positiva. Relacionado con esto, aunque no exactamente coincidente, luego nos hablarán de la ley de dependencia, en la que se configura como un derecho subjetivo la promoción de la autonomía personal y la atención a persona en situación de dependencia.

Buena muestra de los cambios producidos la proporcionan los siguientes textos legales que en diferentes ámbitos materiales han promovido la igualdad real:

1 Aprobada el 22 de mayo de 2001, sus objetivos son proporcionar una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los estados relacionados con ella y establecer un lenguaje común para describirlos, dispone en el Anexo I sobre cuestiones taxonómicas y terminológicas que: “discapacidad es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), establece en el artículo 1.2 que a los efectos de esta ley (establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades) tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento². Se completa con el RD 1.417/2006, que establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad y el RD 366/2007, de 16 de marzo, que establece las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

También el Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, TRLIRPF, dispone que tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. Se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

Esto último ha sido objeto de críticas³, si bien también aparece en otros sectores del ordenamiento como el RD 304/2004, de 20 de febrero, sobre Reglamento del TRL de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

En el ámbito civil, una ley muy querida por nosotros es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, y b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Grado que se habrá de acreditar mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme con independencia de que concurren o no

2 En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

3 Pues supone extender el régimen fiscal más favorable de que disfrutaban las personas con discapacidad más severamente afectadas, a todos los incapacitados judicialmente, que, en muchas ocasiones no alcanzan –pese a que por su minusvalía no pueden gobernarse por sí mismos– la calificación del 65 %.

las causas de incapacitación judicial y de que concurriendo, la persona haya sido o no judicialmente incapacitada⁴.

¿Cuál es la finalidad de la Ley?

El legislador ha partido de una situación de hecho de todos conocida, objetiva y real: la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores. Uno de los elementos que más repercutirán en su bienestar es, junto a los medios proporcionados por los poderes públicos de manera directa o indirecta, la existencia de medios económicos a su disposición.

La ley contempla los casos en los que dichos medios proceden de la propia persona con discapacidad o de su familia, regulando lo que denomina patrimonio especialmente protegido.

Además de esto, la Ley reforma la regulación del Código Civil en materia de tutela y en el ámbito del Derecho de Sucesiones. Destaca en primer lugar la regulación de la autotutela: cualquier persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, puede en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas, en las que llega un momento en que la persona deja de poder regirse por sí misma. Como medida de garantía, el documento público por el que se constituya la autotutela se comunicará de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado, facilitando de este modo que ante un posible procedimiento de incapacitación, el Juez pueda conocer el nombramiento del tutor recabando la correspondiente certificación del Registro Civil, al efecto de comprobar la existencia o no de dicha declaración de voluntad.

Puesto que nuestro Sistema Nacional de Dependencia se basa en un sistema de copago, es de interés general que el patrimonio de las personas mayores sea debidamente organizado y gestionado para que pueda atender esos futuros pagos. Tal y como parece que se configura, se hace depender de la renta y no del patrimonio. Se evitan así operaciones fraudulentas provenientes del entorno del discapacitado y tendentes a descapitalizarlo. Y se evita, por supuesto, la desincentivación que ello supondría respecto a la constitución de patrimonios jurídicos protegidos.

4 La incapacitación solamente se exige como presupuesto necesario para permitir el gravamen de la legítima a través de sustituciones fideicomisarias en beneficio de hijos o descendientes.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, conceptualizado el término discapacidad con el doble componente de factores personales y ambientales, no se es minusválido o discapacitado, sino ciudadano beneficiario de derechos económicos, servicios o ayudas que los organismos públicos otorguen para conseguir la igualdad real, porque se acredita, entre otros requisitos, el grado de minusvalía exigido por la legislación respectiva.

Quiero llamar la atención de que la reciente Ley de dependencia toma partido por esta terminología hasta el punto de que la Disposición adicional octava (“Terminología”) señala que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas.

1.6. DEPENDENCIA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, recoge un listado de definiciones en su artículo 2, en las que no voy a entrar, pero define, entre otras cosas, Autonomía y Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental intelectual o sensorial, precisan de la atención de otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

No voy a detenerme en este concepto puesto que es objeto de una ponencia específica, pero sí que quiero resaltar que el concepto regulado es amplísimo y engloba a causas de la dependencia que no son sólo la minusvalía, sino también la edad o la enfermedad. Los objetivos de la Ley son específicos para la dependencia, y de hecho instauran una calificación y baremo propios (RD 504/2007, de 20 de abril, aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia). Lo que está claro es que al menos a efectos económicos se evita la duplicidad de ayudas por un mismo concepto (prestaciones de análoga naturaleza y finalidad), como recuerda el art. 31. No obstante, ello hará que haya que estar muy atentos.

Pues bien, al hilo del mapa conceptual y terminológico he tratado de hacer una visión panorámica de las diferentes figuras que existen en nuestro sistema para dar respuesta a la situación del discapacitado.

De todas formas, a pesar de la buena voluntad de los poderes públicos y en especial del legislador, son muchos los problemas que se han suscitado.

De entre ellos, hay varios que son bien conocidos y no de fácil solución:

1. La sobrecarga de labores que se encomiendan al Juez y, especialmente, al Ministerio Fiscal en esta materia y que hace que en muchas ocasiones no llegue a cumplir muchos de los cometidos que se le encomiendan: vigilancia de las tutelas, del patrimonio jurídico protegido, y en especial, la promoción misma de las declaraciones de incapacitación. En esta última se supone que el Fiscal debería ser “ayudado” por la información que obligatoriamente deben proporcionarle las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona (art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Pero es también sabido que esta obligación es generalmente incumplida. Y ello, hoy por hoy, no preocupa, porque tampoco las Fiscalías disponen de los medios materiales y personales para realizar esa labor en todos los casos en los que hipotéticamente se les podría hacer tal comunicación. Bien es verdad que existen Juzgados especiales en las grandes poblaciones, pero muchas capitales de provincia pequeñas sufren el colapso de sus Juzgados de 1ª instancia, que someten los procesos de incapacitación al mismo ritmo y tramitación que el resto de los procedimientos, con todo lo que ello supone.
2. La falta de unidad de criterio en la propia incapacitación: no existe un parecer uniforme, no sólo en cuanto a la valoración de las causas de incapacitación en sí (lo que para unos juzgados es causa de sumisión a tutela, para otros no lo es, o lo es a curatela), sino en cuanto a la extensión misma de la limitación de la capacidad. Es un difícil equilibrio, porque ha de procederse a un examen individualizado de cada caso, huyendo de la aplicación de criterios unificados o estándar.
3. Pero saltando a un ámbito más amplio, y desde las necesidades sentidas por el discapacitado y su familia, el problema de la falta de unidad de criterio que hemos planteado se hace mayor. El discapacitado se halla ante una dispersión normativa, de valoración y de criterios: a los efectos de recibir la declaración de minusvalía se le aplica el criterio del RD 1971/1999; para obtener la correspondiente declaración de incapacitación se siguen otros criterios regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil; a efectos de la Ley 39/2006, se utiliza un baremo estatal que incluye unos grados y niveles propios, etc. Y qué duda cabe, respecto a esto último, que a pesar de que el baremo sea estatal “para asegurar la garantía de la igualdad que impone

el art. 149.1.1 CE”, dado que los órganos de valoración serán los que determinen las Comunidades Autónomas (quienes a su vez, harán aportaciones económicas de distinto volumen), posiblemente una misma persona podrá ser considerada de modo diferente según el entorno en el que se halle.

4. La necesidad también de criterios claros para otro profesional al que le toca apreciar la capacidad: el Notario. Recordemos que él tiene que calificar que a su juicio el otorgante tiene capacidad. Es preciso potenciar la utilización de protocolos sencillos y concretos de actuación a la hora de fijar la capacidad de las personas para el otorgamiento de documentos. Esto permitirá dedicar especial atención para evitar posibles influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial. El Notario, en el ejercicio de su función, juzga la capacidad del otorgante para cada acto jurídico concreto. De ahí que se hable de capacidades y no de capacidad. Este juicio nace del diálogo personal, de la dedicación y atención personal del Notario a cada otorgante. Esta valoración de la capacidad recae bajo la exclusiva responsabilidad del Notario.
5. Un problema que va a dar mucho de sí: el reflejo registral de estas situaciones de cara a la seguridad jurídica.

Hay un problema de dispersión de la información y de falta de acceso fácil y sencillo. Por ejemplo, se aboga por permitir:

- Una reforma del Registro Civil a fin de que la publicidad formal que ofrece relativa a la incapacitación sea eficaz y atienda a las necesidades del tráfico (Notarios, autoridades que expidan permisos de armas, de conducción...).
- El acceso de los Notarios a las Sentencias de incapacitación a través de un sistema adecuado por el que se pueda conocer dicha situación, entendiéndose que ello no contraviene la Ley de Protección de Datos por cuanto los propios incapacitados son los más interesados en dar publicidad a su situación.
- Es necesaria una publicidad adecuada de los documentos de autotutela, que asegure su conocimiento en el momento en que es necesario (el de la actuación de presunto incapaz), pero que, por otro lado, no violente su derecho a la intimidad; equilibrio que no se compagina bien con el acceso público que, en la actualidad, supone el sistema del Registro Civil. Todo ello se superaría mediante un archivo específico, con acceso limitado a los funcionarios especialmente interesados, lo que asegura privacidad y seguridad. En caso de que ello no fuera posible, sería necesaria una modificación del

Reglamento de Registro Civil, que asegure que las notas relativas a autotutela fueran reservadas.

No es adecuada la publicidad mediante nota al margen de la partida de nacimiento, partida cuya ubicación en muchos casos se desconoce.

En materia de autotutela, se pone de manifiesto la deficitaria regulación de un sistema de publicidad a través del Registro Civil. Sería necesario el estudio de un sistema que asegure que el juez conoce la voluntad del incapaz en el momento del nombramiento de tutor, así como que los terceros no conozcan el contenido íntegro del documento, sino sólo su existencia y el Notario a quien el juez debe solicitarle la copia.

Se halla en trámite un Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Registro Civil de 1958, precisamente sobre materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003 (Consejo de Ministros del 10 de noviembre de 2006).

- Crea en el Registro Civil Central un punto de concentración de toda la información relativa a las modificaciones judiciales en la capacidad de obrar, la constitución o la modificación de organismos tutelares. Este servicio acogerá también lo relativo a prórrogas o rehabilitaciones de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos.
- Puesta en práctica de un principio de coordinación informativa entre las distintas secciones del Registro Civil, así como entre los distintos Registros Civiles de España. Igualmente, la coordinación se extiende a las relaciones entre el Registro Civil y los Registros de la Propiedad y Mercantiles que reflejen esas situaciones de incapacidad y constitución de patrimonios protegidos, y el Notariado, que autoriza los documentos públicos en que se recogen disposiciones referentes a esta cuestión.
- Establece la necesaria publicidad a través del Registro Civil, no sólo de los nombramientos de administradores o representantes legales de estas personas, sino, incluso, de la propia constitución de dichos patrimonios.

En esta línea (aunque esto no esté en este proyecto) se propone la existencia de un expediente judicial único, que siga a la persona en los supuestos de cambio de jurisdicción, y que estos casos sean tratados por Juzgados especializados o un solo órgano judicial.

6. El propio procedimiento de incapacitación es puesto en tela de juicio y desde el punto de vista terminológico se pretende que sea “proceso de modificación de la capacidad de obrar” y desde diversos sectores se ha abogado por la supresión de su carácter contradictorio, sustituyéndolo por uno, según los casos, de jurisdicción voluntaria. Se mantendría la esfera contenciosa para el caso de oposición.

La falta de equipos multidisciplinares de apoyos adecuados hace que de hecho no se gradúen siempre bien las sentencias.

De hecho se quiere recurrir a muchos procedimientos alternativos a la incapacitación, como las posibilidades que vía poderes preventivos ofrece la Ley 41/2003 o supuestos de habilitaciones judiciales previas para actos concretos que potencie las capacidades del discapacitado.

7. El Proyecto de ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (Boletín Oficial de las Cortes Generales el 27 de octubre de 2006) ha sido recientemente retirado. Es una ley que se prometió en la disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, largamente esperada, pues aún seguía vigente la regulación del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que ha permanecido vigente (y aún lo está) más de ciento veinte años. Era una ley que pretende dotar de mayor flexibilidad a determinados asuntos, en los que no hay contraposición de las partes, permitiendo que los administre no solo un juez, sino también en determinados casos, un Secretario Judicial, un Notario, un Registrador u otro funcionario designado.

Se incluyen disposiciones sobre constitución de tutela y curatela, guarda de hecho, protección patrimonial, derecho al honor, intimidad y propia imagen de persona incapacitada y actos de disposición o gravamen de bienes de persona incapacitada (permitiéndose que el juez al autorizar la venta exima de subasta, lo que venía demandándose desde hace mucho tiempo por familias y profesionales del Derecho). De hecho se venía pidiendo la posibilidad de un expediente de declaración de incapacidad notarial a través de esta vía de jurisdicción voluntaria sobre todo en supuestos de relación entre padres e hijos.

En todo caso, el proceso no puede ser otra barrera para la persona con discapacidad. Hoy por hoy, es conflictivo y oneroso, de modo que es procedente manejar como hipótesis de trabajo:

- En primer lugar, el archivo del expediente y su traslado a servicios sociales asistenciales, en el caso de que tan sólo se trate de dar solución a problemas de relación social.
 - En segundo lugar, la utilización de las demás herramientas que permite el ordenamiento jurídico para complementar el ejercicio de la facultad de obrar de las personas. Entre éstas pueden mencionarse la institución de la guarda de hecho, susceptible de apoyo con medidas jurisdiccionales; la utilización de autorizaciones judiciales individualizadas; la aplicación de medidas cautelares del artículo 762 de la Lec., que permitan no llegar a un proceso de incapacitación, y la utilización de poderes que prevean la situación de incapacitación, física o jurídica.
8. Otra cuestión a la que hay que atender es a la de uno de los protagonistas en la sombra del ámbito de la discapacidad: el guardador de hecho. Junto a la atención que ha recibido en otros ámbitos (por poner un ejemplo relativamente reciente, se alude a él para declararlo responsable civil subsidiario en leyes penales), la proyectada Ley de Dependencia le atribuye un importante papel en el ámbito familiar, que irá incluso, acompañado de cierta retribución económica.

La sociedad civil pide la rehabilitación de la figura del guardador de hecho. Si una persona está debidamente protegida, no se debe instar la incapacitación judicial. Es necesario establecer sistemas que permitan a los guardadores de hecho hacer constar su status, bien a través de medidas preliminares, bien mediante expedientes de jurisdicción voluntaria o mediante otros documentos fehacientes.

9. Se están constituyendo pocos patrimonios protegidos (PPD), y ello es debido, entre otras razones (se ha dicho en los últimos foros de la Fundación Aequalitas) a sus escasas ventajas fiscales, a la imposibilidad de disposición durante cuatro años y de una responsabilidad separada, y en general, el desconocimiento de esta figura por las partes interesadas. Como de esta y otras cuestiones, se tratará en otras conferencias, concluyo mi intervención, poniéndome a su disposición para las preguntas que deseen.