

Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración¹

SOFÍA DE SALAS MURILLO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Si la edad es uno de los criterios utilizado tradicionalmente para la graduación de la capacidad de obrar, el otro es el que modernamente se conoce como capacidad psíquica o intelectual. Pero así como la edad es un dato de fácil y objetiva constatación, la discapacidad, para tener relevancia en el Derecho, ha de ser apreciada y valorada según unos criterios y estándares que no siempre son uniformes. El objetivo de este trabajo es mostrar una visión general de los mismos en el ordenamiento jurídico español y analizar sus interrelaciones, en la medida que ello pueda influir en la conformación de un estatuto jurídico de la persona con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad – capacidad de obrar – dependencia – incapacitación

ABSTRACT

If the age is one of the criteria used to calibrate the capacity to act, the other is the nowadays known as mental or intellectual ability. But as well as the age is an easy and objectively verifiable fact, the mental disability, in order to be relevant for law, must be appreciated and valued according to criteria and standards that are not always uniform. This paper aims to show an overview in the Spanish legal system and analyze their interrelations, to the extent that it might influence for the design of a legal status of the person with disability.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Instrumentos de coordinación legislativa en materia de discapacidad» (SEJ2007-67022JURI), cuyo Investigador principal es el Dr. Martínez de Aguirre Aldaz.

KEYWORDS

Disability – exercise of legal capacity – dependency – disablement

SUMARIO: 1. *Introducción: la configuración del estatuto de la persona con discapacidad psíquica o intelectual comporta la ineludible necesidad de valoración.*–2. *Operadores jurídicos que valoran la capacidad:* 2.1 Valoración judicial de la capacidad: 2.1.1 El juez civil en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. 2.1.2 El juez civil ha de valorar la capacidad en los pleitos en los que se cuestiona la validez del negocio jurídico por falta de aptitud para entenderlo y quererlo. 2.1.3 La apreciación judicial de la capacidad para efectuar actos *personalísimos*. 2.1.4 El juez civil a efectos de apreciar la imputabilidad civil. 2.1.5 El juez de lo penal. 2.1.6 El juez de lo social. 2.2 La calificación notarial de la capacidad. 2.3 La calificación administrativa de la capacidad: 2.3.1 La calificación de la «minusvalía». 2.3.2 La calificación de la «dependencia». 2.3.3 La calificación de la «(in)capacidad laboral». 2.4 La calificación médica de la capacidad a efectos del consentimiento informado. 2.5 La «calificación» del interesado de su propia capacidad.–3. *Relación entre las diversas calificaciones de la capacidad o discapacidad de la persona:* 3.1 Aplicación múltiple de la calificación administrativa de minusvalía. 3.1.1 Incursión de la certificación de minusvalía en el ámbito civil a través de la Ley 41/2003. 3.1.2 Conexión de la certificación de minusvalía con la declaración de incapacidad laboral. 3.1.3 Certificación de minusvalía e incapacidad laboral a los efectos de igualdad de oportunidades. 3.1.4 Minusvalía, incapacidad laboral e incapacitación judicial en el ámbito fiscal. 3.1.5 Interrelaciones de la baremación de la dependencia. 3.2 El valor de la sentencia de incapacitación fuera del Derecho civil.–4. *En torno a la formulación de un estatuto.*

1. INTRODUCCIÓN: LA CONFIGURACIÓN DEL ESTATUTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA O INTELLECTUAL COMPORTA LA INELUDIBLE NECESIDAD DE VALORACIÓN

La fijación del ámbito subjetivo del llamado *estatuto jurídico del menor*² es sencilla, puesto que se realiza conforme a criterios objetivos de cómputo de edad.

² De este estatuto habla Francisco RIVERO HERNÁNDEZ en *El interés del menor*, Dykinson, 2007, 2.^a ed., especialmente pp. 35 a 41, para destacar el carácter de orden público de las normas que lo integran y el principio del interés de menor que lo preside.

En este sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, norma de cabecera de dicho estatuto, afirma en su artículo 1 que «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»; en términos similares se expresa el artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996. Así, el ámbito subjetivo de aplicación del estatuto del menor viene marcado por la minoría de edad que, en el caso español, incluye a los que todavía no han cumplido 18 años³.

De entre las normas que integran este estatuto, al Derecho civil interesan especialmente las que determinan la capacidad de obrar del menor, puesto que es la mayoría de edad la que marca la atribución de una capacidad de obrar general (art. 322 CC). Capacidad de obrar del menor, como es sabido, limitada, pero que se va ampliando por medio de capacidades especiales, bien señaladas a través de la edad, bien vinculadas directa o indirectamente al proceso de progresiva adquisición de capacidad natural del menor como consecuencia de su desarrollo⁴.

Si la *edad* es uno de los criterios que nuestro sistema ha utilizado tradicionalmente para la graduación de la capacidad de obrar, el otro ha sido el que modernamente llamaríamos de *capacidad psíquica o intelectual*; concepto al que, expresado en términos negativos y al hilo de la capacidad para prestar consentimiento en el ámbito contractual, se refiere el artículo 1263 CC: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados».

Por ello es habitual, junto al tratamiento jurídico de la menor edad, aludir al de la –de una u otra forma denominada– *capacidad psíquica o intelectual*. Y ello por cuanto las normas que integran ambos estatutos jurídicos, se caracterizan, entre otras cosas, por contener restricciones más o menos amplias en la capacidad de obrar, que vienen acompañadas de las correspondientes instituciones de guarda.

Pero así como la edad es un dato de fácil y objetiva constatación, la discapacidad, para tener relevancia en el Derecho, ha de ser apreciada y valorada según unos criterios y estándares que no siempre

³ En Aragón, según el artículo 11.b de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, es mayor de edad el menor de 18 años «que ha contraído matrimonio», teniendo en cuenta que la dispensa sólo se otorga a partir de los 14 años (cfr. art. 48.II CC). Esta mayoría de edad le hace «capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley» (art. 1.2 Ley 13/2006).

⁴ Cfr. por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *ADC*, tomo XLV, fasc. IV, 1992.

son uniformes. El objetivo de este trabajo es mostrar una visión general de los mismos en el ordenamiento jurídico español y analizar sus interrelaciones, en la medida que ello pueda influir en la conformación de un *estatuto jurídico de la persona con discapacidad*.

Valoración, en especial, de la capacidad de tipo psíquico o intelectual. Es ésta una cuestión nuclear para el Derecho en general y el ordenamiento jurídico privado en particular, en la medida en que, junto con otros factores, determina la presencia, limitación o ausencia de la facultad de autogobierno –eje sobre el que gira la incapacitación– o de un consentimiento válidamente formado en el negocio jurídico del que se trate. Ello es compatible lógicamente, pues así lo reconoce el propio Código civil, con que algunas enfermedades o deficiencias de tipo físico o de tipo sensorial puedan incidir en el autogobierno; y por supuesto, con el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, abarque tanto la discapacidad física o sensorial como psíquica.

No quiero dejar de resaltar ahora que precisamente, la necesidad de valoración es uno de los puntos comunes de las diferentes situaciones encuadrables en el heterogéneo concepto de discapacidad. La clasificación tradicional distingue entre discapacidad física, psíquica o intelectual y sensorial; no obstante, cada uno de estos apartados se ha abierto a nuevos contenidos (v.gr. la discapacidad intelectual, prácticamente identificada con el retraso mental, actualmente incluye enfermedades como el autismo, que no tiene porqué llevar aparejado aquél), y se alude a un cuarto tipo de discapacidad, que es la que deriva de los trastornos psiquiátricos o psicológicos. Sea del tipo que sea, si por algo se caracteriza la discapacidad es por la necesidad de apoyo social para poder hacer real la igualdad de oportunidades, y la articulación de estos apoyos pasa por la valoración de la discapacidad.

El enfoque y *modus operandi* de dicha valoración ha ido evolucionando.

En efecto, con una u otra terminología, la discapacidad ha sido objeto de regulación jurídica desde el Derecho Romano donde se aplicaba v.gr. la *cura furiosi*, y la relevancia de lo psíquico, se ha venido apreciando, cuando menos, en los campos que hoy llamaríamos civil y penal. En estos ámbitos hemos asistido a un tránsito desde una apreciación en términos de ser o no ser, y acaso intuitiva, a una apreciación más afinada, que en concreto, en el ámbito civil, se manifiesta en la –anhelada aunque no siempre conseguida– graduación de la sentencia de incapacitación y en la elección de la figura de guarda apropiada.

Que desde otros ámbitos, como el laboral, tributario, asistencial o de servicios sociales se tenga en cuenta esta valoración de la capacidad es más reciente, y va de la mano no sólo de la propia aparición de algunas de estas ramas del Derecho, sino de la evolución general de nuestros sistemas políticos y jurídicos.

Quiero resaltar no obstante que es en el Sector público donde se da un nuevo paso en la evolución en la especialización de los mecanismos de respuesta, a través de conceptos como el *PIA* o plan individualizado de actuación, al que alude la Ley 39/2006, conocida como Ley de dependencia. En el ámbito civil es éste el horizonte que el Ministerio Fiscal propone en la STS de 29 de abril de 2009 (Sala 1.ª, Ponente Roca Trías), cuando afirma que la aplicación de la Convención de Naciones Unidas de 2006 supone que «(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta (F.J. 3.º)». Simplemente dejo aquí apuntada la cuestión, que se aleja en parte del tema de que nos ocupa.

Sea como fuere, la relevancia de la capacidad o la discapacidad para el Derecho pasa por su valoración. Fruto de esa valoración, el Derecho asigna las medidas de respuesta apropiadas.

Comenzaremos con una prospectiva, no exhaustiva por supuesto, de los distintos operadores jurídicos a los que corresponde valorar la capacidad o discapacidad de las personas. Advertiré que me refiero a éstos y no a todos y cada de uno de los agentes que intervienen de una forma u otra en los procesos judiciales, administrativos o privados. En concreto no me referiré ahora a la figura del Ministerio Fiscal, pese a su esencial protagonismo en materia de discapacidad.

Esta labor ha de realizarse a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, de la que puede afirmarse constituye el *estatuto de la persona con discapacidad* en el plano internacional⁵.

La importancia capital de esta Convención viene dada, entre otros aspectos, por su fuerza obligatoria para los países que la han firmado y ratificado, a diferencia de los instrumentos internacionales que, con carácter de *soft law*, contemplaban hasta el momento la discapacidad⁶.

⁵ *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (publicada en BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008) y *Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, ratificado en la misma fecha (publicado en BOE núm. 97 de 22 de abril de 2008).

⁶ El Año Internacional de los Impedidos en 1981 (proclamado en 1976 por Resolución 31/123 de la Asamblea General) condujo a la aprobación por la Asamblea General del Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Dicho Programa determinó dos metas para la cooperación internacional: la igualdad y la plena participación de las personas con

Esta Convención, que forma parte del ordenamiento jurídico español⁷, no ha sido objeto, en cuanto a su desarrollo legislativo en el ámbito nacional, del mismo tratamiento que la de derechos del Niño de 1989 (Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996), pese a que protección de los niños (art. 39.4), y de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49) se hallan emplazados en el mismo Capítulo III «*De los principios rectores de la política social y económica*» del Título I de la Constitución.

Son muchos, y con una enorme carga de profundidad, los aspectos relevantes de esta Convención. En este sentido, se ha destacado que, a diferencia de la citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad de 2006 no contiene solamente un desarrollo de derechos sustantivos, sino también que tales derechos son abordados en concreto desde la perspectiva y la fórmula propias de los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, de modo que en el desarrollo de cada derecho se especifican los medios de acción positiva que son necesarios para su logro, teniendo en cuenta dichos principios⁸.

Desde la perspectiva del Derecho civil, reviste capital importancia el artículo 12 referido a la capacidad jurídica, que fue una de las cuestiones más duras y delicadas en los trabajos preparatorios, y de hecho, el desacuerdo sobre dicho punto estuvo a punto de impedir la aprobación del Convenio⁹. La importancia de este nuevo

discapacidad en la vida social y el desarrollo. Un resultado importante del *Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos* (1983-1992) fue la aprobación por la Asamblea General en 1993 de las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. Las Normas fueron un instrumento para la elaboración de políticas y sirven de base para la cooperación técnica y económica. En 1991, la Asamblea aprobó un nuevo conjunto de normas para la protección de las personas con enfermedades mentales, los *Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental*. En 1994 la Asamblea hizo suya una estrategia a largo plazo para fomentar la ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, con la meta de «una sociedad para todos». La accesibilidad, el empleo y los servicios sociales y las redes de seguridad social son las cuestiones de política prioritarias enunciadas por la Asamblea en 1997. Todos ellos, no obstante, no dejan de ser recomendaciones.

Fuente: <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/humanrights/disable.htm>

⁷ España no sólo ha ratificado la Convención y el Protocolo Facultativo, sino que lo ha hecho sin formular ningún tipo de reserva ni utilizando cláusulas *opt-out* para eludir control alguno, sino que se somete a todos los controles previstos en ambos instrumentos internacionales.

⁸ En este sentido, Antonio GARCÍA PONS, en *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más señas, Madrid, 2008, pp. 36 y 37 con citas de participantes en la redacción del Convenio.

⁹ Fundamentalmente por el rechazo de los países islámicos, China y Rusia, que proponían reconocer capacidad jurídica a la persona con discapacidad, pero sin mención alguna a la capacidad de obrar. La decisiva labor de la Unión Europea en este punto tuvo como fruto la aprobación del texto actual, que alude a la capacidad de obrar al menos como «*ejercicio de su capacidad jurídica*», para reconocer el acceso al apoyo que puedan nece-

enfoque del «ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad, de las *medidas relativas* a dicho ejercicio plasmadas en «*salvaguardias adecuadas y efectivas*» ya se vislumbra en la citada STS de 29 de abril de 2009, en la que el Ministerio Fiscal propone una nueva concepción de las medidas de guarda legal, y en concreto, un recurso más generalizado a la curatela como medida de apoyo a la persona con discapacidad, más respetuosa y acorde con su dignidad que la tutela. Argumentos no aceptados por la Sala 1.^a pero que quedan reflejados como indicadores, quizá, de nuevos vientos en esta materia.

Pero como líneas atrás anunciaba, elegiré únicamente uno de los muchos aspectos de la Convención, a los efectos que interesan en la configuración del estatuto de la persona con discapacidad, y que es, precisamente, la definición *convencional* de persona con discapacidad. Y quiero resaltar que precisamente, ésta es una de las diferencias relevantes en cuanto a ambos estatutos: la dificultad que entraña la delimitación del ámbito subjetivo del estatuto de las personas con discapacidad.

Dicho ámbito viene anunciado en su aparentemente sencillo título, que utiliza una terminología cargada de contenido y consecuencias prácticas.

En él se habla de *personas con discapacidad*, y no de minusválidos, ni deficientes o inválidos. Se trata de evitar toda terminología que pueda evocar una discriminación negativa: ni disminuido, ni *minus-válido*, ni *in-válido*, *in-capacidad* y ni siquiera se habla de discapacidad, *disability*, en general, sino de personas con discapacidad (*persons with disabilities*).

El desarrollo de este concepto se encuentra en el artículo 1.2: «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»¹⁰.

sitar para dicho ejercicio (art. 12.3) y para que «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» (art. 12.4).

¹⁰ Esta terminología va en la línea de la segunda edición de la Clasificación Internacional aprobada por la OMS, en su 54.^a Asamblea Mundial, mediante Resolución WHA 54.21, de 22 de mayo de 2001, que pasa a denominarse *International Classification of Functioning, Disability and Health* [ICF], y sustituye a la anterior *International Clas-*

A lo largo de la exposición que sigue, observaremos cómo esta concepción funcional y relacional de la discapacidad ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico antes de la incorporación de la Convención al mismo.

2. OPERADORES JURÍDICOS QUE VALORAN LA CAPACIDAD

La calificación de la capacidad es llevada a cabo por diversos agentes, tanto en el ámbito de lo que usualmente denominamos Derecho privado, como del Derecho público.

Me referiré a continuación a la labor que en este sentido hacen jueces, notarios y Administraciones públicas, sin olvidar que el ordenamiento jurídico encomienda también labores de valoración, con trascendencia jurídica a los médicos e incluso al propio interesado. Veremos, en rasgos generales, qué conceptos y criterios se utilizan en cada caso.

2.1 VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD

2.1.1 El juez civil en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar

Como se sabe, 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.

sification of Impairments, Disabilities and Handicaps [ICIDH]. En la versión oficial en lengua castellana de esta Resolución se habla Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud [CIF]. Es muy significativo también, que la poderosa AAMR, que elabora sus propias definiciones de *mental retardation* tenidas en cuenta igual o más que el CIF, se llame ahora *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities*, y que consideren como sinónimos el término *Intellectual Disability* y el de *Mental Retardation*.

http://www.aamr.org/content_96.cfm?navID=20.

En nuestro sistema, la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006 ordena las correspondientes adaptaciones terminológicas. *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.*

Estando este trabajo en prensa, se aprobó el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, que reforma el RD 1971/1999, para hacer la correspondiente adecuación terminológica ordenando que el término de «minusvalía» sea sustituido por el de «discapacidad», y el de «grado de discapacidad» por el de «grado de limitaciones en la actividad».

Téngase en cuenta esta norma para todas las alusiones que en este trabajo sigue habiendo a la «minusvalía».

En este contexto, lo que el juez califica es la capacidad de autogobierno, cuya ausencia o disminución es el presupuesto legal de la incapacitación. Conviene recordar que en este punto hay una reserva formal de Ley efectuada por el propio artículo 199 CC: «*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*». Reserva de Ley que contrasta, por cierto, con la regulación reglamentaria de la decisiva calificación de minusvalía, como veremos.

Lo decisivo es el resultado originado por la enfermedad o deficiencia en la medida en que supone una limitación en la adopción de decisiones y en la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica, tanto en el plano estricto de la personalidad como en el económico o patrimonial [por todas, STS de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/5204)]. Resultado que va desde un autogobierno casi inexistente, hasta uno limitado.

En esta labor el juez actúa, o por lo menos, decide, solo; no está, en el sentido técnico de la palabra, asistido por un equipo, pero sí ilustrado por unas pruebas que el artículo 759 LEC considera preceptivas, tanto en primera como en segunda instancia; estas pruebas son la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen del presunto incapaz por el juez y los dictámenes periciales.

El objeto de valoración no es por tanto la existencia de una enfermedad o deficiencia.

Ciertamente al dictamen pericial médico –obligatorio *ex art. 759.1 LEC*– corresponde determinar datos de enfermedad, relacionarla con habilidades relevantes al dominio que se enjuicia y concretar congruencias e incongruencias al respecto¹¹. En ese sentido, el dictamen sirve para que el juez pueda conocer plenamente la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias permanentes que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, pero no es el único criterio, ni siquiera el determinante.

De hecho, la labor del juez en los procesos de modificación de la capacidad de obrar supone una «compleja valoración de las con-

¹¹ El catedrático de Psiquiatría CALCEDO ORDÓÑEZ configura como objetivos de la pericia médica en el proceso de incapacitación civil los siguientes: 1) Enfermedad física o psiquiátrica que padece el presunto incapaz; 2) Naturaleza o etiología de la misma; 3) Si la enfermedad es persistente e irreversible; 4) Incongruencias que determina en las actividades de vida independiente, económico-administrativas, salud y transporte del presunto incapaz; 5) Cualquier otro extremo que el perito considere de interés para una mayor información y esclarecimiento sobre el presunto incapaz. Las inferencias sobre volición y discernimiento del presunto incapaz quedarían sólo a criterio del juez, no del perito. CALCEDO ORDÓÑEZ, Alfredo, «La pericia médica en el procedimiento de incapacitación civil», en *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, p. 264.

diciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona», como ha tenido ocasión de recordar la STS 29 de abril de 2009¹² y siempre de cara a fijar la capacidad de autogobierno, eje alrededor del cual nuestra legislación hace girar la existencia y extensión de la incapacitación.

En relación a esto ha de tenerse presente, en primer lugar, la tendencia actual a que la aproximación clínica que efectúa el médico perito sea *funcional* y no *por diagnóstico* o *desenlace*. Aproximación funcional que ofrece una «visión más comprensiva de cómo pueden manejarse y se manejan las personas, sean presuntos incapaces o no» y que consiste en concretar cuál es el estado de las habilidades funcionales específicas del área objetada y en especial, de la vida independiente, de la gestión económica y el cuidado de la salud¹³.

Pero esta concepción flexible y adaptada a la realidad de la pericia no queda, digamos, *crystalizada* en el dictamen, pues éste, como todas las pruebas es objeto de la sana crítica por parte del

¹² En el caso que se sustancia en la sentencia se reconoce que «la resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí solo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en otros criterios accesorios tales como su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos para administrar sus bienes y negocios» (FJ 8.º).

¹³ Para una completa visión de estas cuestiones y de los modelos de evaluación forense –en concreto el de MCGARRY y el de GRISO– cfr. el trabajo de CALCEDO ORDÓÑEZ, *cit.*, pp. 227 y ss.

Si la causa que origina la limitación o ausencia de autogobierno es una enfermedad o trastorno mental, será habitual acudir al DSM-IV, clasificación elaborada por la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos; cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-IV); está en vías de preparación el DSM-V. La OMS recomienda el uso del CIE-10, que es la décima versión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud [ICD, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*].

Si la causa es una deficiencia psíquica o retraso mental, se recurre a los criterios tenidos en cuenta por la AAIDD (antigua AAMR), que define éste como «una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en conducta adaptativa, expresada en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina con anterioridad a los 18 años»; LUCKASSON, R. et al., *Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, 10.ª ed. (traducción de Luckasson, R. y cols. *Mental Retardation: Definition, Classification, and Systems of Supports*, Washington, 2002, 10th Edition). Esta décima edición sigue la línea iniciada en la novena (aparecida en 1992) que supuso un cambio de paradigma en la concepción del retraso mental, al considerarlo fruto no sólo de una circunstancia personal, sino también de la interacción con el entorno de la persona con condiciones concretas de limitación en dos o más áreas de habilidades adaptativas. De hecho, la capacidad adaptativa –manifestación del criterio funcional del que hablamos en el texto– se revela de especial importancia en los casos de retraso mental leve, en los que el solo coeficiente intelectual no es determinante de ningún tipo de incapacidad, sino que ha de ponerse en relación con estos aspectos funcionales del individuo: comunicación, cuidado personal, utilización de la comunidad, autogobierno, habilidades académicas, etc.; cfr. asimismo, DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, «Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, dir. por González Poveda, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 72 y 75.

juez (o el tribunal), lo que, como apunta Calcedo Ordóñez, hace que el enjuiciamiento adquiera connotación de discrecional, no siendo científico en su totalidad: «... por científicamente que se definan en el presunto incapaz las causas, déficit e incongruencias, nada nos dicen del sentido de justicia que anima una sociedad. Este sentido sólo puede ser revelado a través de las normas, esto es, de lo que se considera social y moralmente admisible dada la situación del presunto incapaz. De ahí que sea el/la juez o el tribunal quien resuelva esa situación mediante juicios de existencia o de realidad –no de valor– sobre si los hechos probados son concordantes con el marco jurídico de la incapacitación»¹⁴.

Y ahí es donde, como apuntaba al principio, el juez ha de actuar y decidir, y no sólo para determinar la existencia y extensión de la incapacitación, sino para la elección de la figura adecuada de guarda legal y la persona concreta que ha de asumirla.

2.1.2 El juez civil ha de valorar la capacidad en los pleitos en los que se cuestiona la validez del negocio jurídico por falta de aptitud para entenderlo y quererlo

El problema se suscita respecto a quienes sin estar incapacitados carecen de la aptitud mental suficiente para formar y exteriorizar su voluntad. Ellos no entran en el ámbito de prohibición del artículo 1263.2.º CC, que prohíbe contratar a los incapacitados, pero sin embargo, sus actos se pueden impugnar por ausencia o defecto del consentimiento.

En estos casos, la valoración de la capacidad no constituye –a diferencia de los procesos de modificación de la capacidad de obrar– el objeto *único* del proceso, puesto que el juez valora dos bloques de cuestiones: las condiciones de legalidad específicas del acto en sí, y como especialidad de ese concreto proceso, la «aptitud de entender y querer» el acto concreto realizado¹⁵.

Esto puede determinar algunas diferencias en la actuación judicial respecto a lo que acabamos de ver en el apartado anterior.

La primera viene dada por la ausencia de especialización, que sí se da en los Juzgados de incapacitaciones. Falta de especialización que ciertamente se compensa por el hecho de que la trascendencia de la decisión es menor en este caso: anulación de un negocio jurídico *versus* restricción, en principio estable aunque

¹⁴ CALCEDO ORDÓÑEZ, *op. cit.*, p. 260.

¹⁵ Expresión empleada por la RDGRN de 3 de marzo de 1989 [RJ 1989/2380], que podría equivaler a la de «discernimiento» frecuentemente empleada por nuestro Código civil.

modificable, de la capacidad de obrar con nombramiento de eventuales representantes legales.

Una segunda diferencia viene dada porque el juez no debe olvidarse de juzgar todas las condiciones de legalidad del negocio jurídico, sin dejarse mediatizar exclusivamente por la eventual ausencia de capacidad; calificación de condiciones de legalidad cuya concurrencia o no podría tener consecuencias distintas y adicionales a la anulación del acto, influyendo en la determinación de las indemnizaciones o provocando acaso la imposición de una sanción administrativa¹⁶.

Como última diferencia con la labor del juez en los procesos de modificación de la capacidad de obrar, cabe recordar que en el caso que nos ocupa ahora, el juez puede anular un acto o negocio jurídico por un trastorno mental transitorio, un estado de embriaguez o cualquier otra circunstancia de carácter no permanente, que no sería presupuesto de una incapacitación, pero que sí permite anular el acto realizado en esas condiciones.

Por otra parte, y a la hora de valorar dicha aptitud, la jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la *presunción de capacidad* de la persona. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente¹⁷. Son numerosos los casos resueltos por nuestros tribunales, que en la duda, o mejor dicho, ante la falta de una prueba cumplida sobre la incapacidad, mantienen la validez del acto jurídico en cuestión. La eventual incapacitación posterior no tiene efecto retroactivo, y en algunas ocasiones, de modo inicum, ni siquiera se tiene en cuenta como indicio de incapacidad¹⁸.

¹⁶ Es un problema similar al que se da en el enjuiciamiento penal de un delito realizado por una persona con un trastorno o anomalía psíquica, en el que como afirma QUINTERO OLIVARES, en el proceso contra un «loco» delincuente, se olvida en ocasiones enjuiciar el hecho, pues se centra exclusivamente en su locura, colocando al procesado en una situación de marginación, en la que se le niega la condición de ciudadano normal y con ella el derecho al enjuiciamiento completo, a cambio de un etiquetamiento y del sometimiento a una medidas de seguridad. Con ello, se omite analizar factores, como el miedo, el error, etc. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Locos y culpables*, Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 38 y 141.

¹⁷ La STS de 7 de octubre de 1982 [RJ 1982/5545] refundiendo sentencias anteriores (desde 1944) señala que, al aplicar las normas de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1.º toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti*; 2.º aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda.

¹⁸ El artículo 289 del proyecto de Código civil de 1851 declaraba nulos de pleno derecho los actos posteriores a la sentencia de incapacitación; respecto a los anteriores, disponía que podían ser anulados cuando la causa de incapacitación existía notoriamente

2.1.3 La apreciación judicial de la capacidad para efectuar actos personalísimos

Los llamados actos *personalísimos* pueden ser realizados por la persona con discapacidad, incluso aunque esté incapacitada judicialmente, sin que en principio pueda ser sustituido en ellos por su representante legal¹⁹.

Sólo se excluyen de forma absoluta del ámbito de actuación del incapacitado si lo señala expresamente la sentencia de incapacitación. Así, la sentencia puede excluir el derecho al sufragio (el art. 3.1 de la LO 5/1983 de Régimen Electoral General dispone que carecen de tal derecho «*los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho a sufragio*»); la testamentifacción activa (art. 665 CC), etc.

Si no es así, corresponde al juez en algunos casos, apreciar la concurrencia *ad casum* de la capacidad natural, es decir, de la aptitud para comprender la naturaleza del hecho y su trascendencia. Le corresponde esta función concretamente en lo relativo al matrimonio y reconocimiento de hijos extramatrimoniales. En otros casos, como el de la testamentifacción activa, la apreciación corresponde al notario autorizante del testamento quien debe recabar el dictamen vinculante de dos notarios que reconozcan al incapacitado y «*respondan de su capacidad*» (art. 665 CC).

El encargado del Registro civil tiene que apreciar la capacidad para contraer matrimonio

Dispone el artículo 56 CC que «*Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme*

en la época de su otorgamiento; cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. tomo I, Madrid, 1852, reimpresión al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 162. No fue éste el criterio acogido en Código civil de 1889 ni en sus reformas posteriores; del sistema que instaura se deriva que para anular los actos anteriores, se exige la demostración de la falta de capacidad en el acto del que se trate.

¹⁹ Esta categoría de actos, entre los que se suele citar el testamento, matrimonio, reconocimiento de hijos, etc. no tiene consagración legislativa como tal, y su autonomía es puesta en tela de juicio, entre otras, por la STC 312/2000. La idea de acto personalísimo va ligada más bien, y precisamente, a la idea de insustituibilidad en su ejercicio, y de hecho, la doctrina suele hacer mención de dicha categoría al hablar de la representación, como un límite a ésta. Así, al referirse a ciertos negocios jurídicos familiares (capitulaciones matrimoniales, emancipación, adopción, reconocimiento de hijo extramatrimonial), DELGADO ECHEVERRÍA los califica de actos personalísimos, y en consecuencia «sólo puede decidir el interesado tanto en la celebración como en el objeto (contenido de los capítulos) o determinación de la persona a la que se refiere el acto (emancipación, adopción o reconocimiento)»; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, I-3, Dykinson, Madrid, 2005, p. 276.

la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas se exigirá dictamen sobre su aptitud para prestar consentimiento.»

Aquí también se exige la capacidad de entender y querer ese acto. Capacidad que puede tener, como ha declarado la RDGRN 1 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9716], *v.gr.* un oligofrénico (en el caso eran dos) en grado leve. Se suele pedir, con buen criterio una edad mental equivalente a la de 14 años, edad a partir de la cual se puede dispensar el impedimento de edad (art. 48 CC). Si el dictamen es favorable, vincula al instructor del expediente. Y ello, como digo, aunque el contrayente haya sido judicialmente incapacitado, con tal de que tenga dicho grado de discernimiento, o hubiera prestado su consentimiento en intervalo lúcido (RDGRN 18 de marzo de 1994 [RJ 1994/2957]).

Un nuevo momento para calificar la aptitud psíquica con la que se consintió a la celebración del matrimonio, será el de la resolución de la demanda de nulidad de matrimonio alegando la falta de aquélla. En este sentido, la jurisprudencia, especialmente de los Tribunales canónicos ha ido acuñando criterios de decisión al respecto.

Reconocimiento de un hijo extramatrimonial

El artículo 121 CC condiciona la validez del reconocimiento efectuado por los «*incapaces*» a su aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta aprobación judicial como apunta García Cantero, «tiene por objeto comprobar la verosimilitud de la paternidad o maternidad reconocida, y el discernimiento y voluntariedad del acto, sin que el Juez tenga que profundizar en la realidad biológica ni solicitar otras pruebas»²⁰. En la aprobación el juez ha de calificar la capacidad psíquica, necesaria para reconocer, y física, necesaria para procrear²¹. Sin la aprobación judicial, el reconocimiento no vincula a su autor, careciendo de la irrevocabilidad de todo reconocimiento válido. La autorización ha de darse en el marco de un proceso de jurisdicción voluntaria para el que es competente el Juez encargado del Registro civil en el que se inscribe o está inscrito el nacimiento del reconocido (Instrucción DGRN de 30 de noviembre de 1989) y en el que debe ser oído, además del Ministerio fiscal, el que efectúa el reconocimiento.

²⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V-II 10.ª ed., Madrid, Reus, 1995, pp. 158 a 162.

²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Elcano, 2006, p. 263.

2.1.4 El juez civil a efectos de apreciar la imputabilidad civil

En el campo de la responsabilidad civil, si admitimos que la llamada *imputabilidad civil* es uno de los requisitos necesarios para que surja la obligación de indemnizar por el daño, el juez debe apreciar dicha imputabilidad. Imputabilidad civil que, en términos generales, se considera un requisito subjetivo que implica una determinada capacidad de entender y de querer, en definitiva, la capacidad de una persona para obrar voluntariamente²², lo cual supone libertad y entendimiento. Por ello se ha definido también como la «capacidad de comprender la injusticia de su acción y de obrar en consecuencia»²³, o en definitiva, de discernir la trascendencia de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto²⁴.

Ciertamente, se va, solamente, a apreciar la capacidad de una persona en un momento concreto –el de realización del acto dañoso– a los simples efectos de imponer una obligación sobre su patrimonio, de modo que si la responsabilidad civil es eminentemente compensatoria y se resuelve finalmente en un «pago», no es de extrañar que el estándar de capacidad sea menor que en el supuesto de la incapacitación; como lo importante es que la víctima cobre, basta con tener una mínima conciencia de los hechos para resultar obligado: es un estándar de mínimos, distinto de la búsqueda de la verdad material (y no formal) que se persigue con la incapacitación, donde hay que afinar en la medida de la capacidad, para, con arreglo a ella, graduar exactamente la limitación de la misma y el régimen de protección que la acompañe²⁵.

²² BORREL MACIÁ, Antonio, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1941. También se ha dicho que «La imputabilidad es el grado de desarrollo psíquico que se alcanza normalmente antes de la mayoría de edad y que constituye el presupuesto de capacidad indispensable para la imputación subjetiva (y no meramente material) de los propios actos»; en este sentido, LEÓN GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. VI, Euns, Pamplona, 1969, p. 303.

²³ SANTOS BRIZ, Jaime, «La culpa en Derecho civil. Ampliación actual del concepto», *RDJ*, 1967, p. 621.

²⁴ Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 229. En parecido sentido, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, p. 416.

²⁵ En el Proyecto de armonización europeo en Derecho de daños elaborado por el *European Group on Tort Law (Principles of European Tort Law)*, sin referirse expresamente a la imputabilidad civil, contempla la discapacidad (física y psíquica) como factor de atenuación o adaptación del estándar de conducta exigible: *Art. 4:102 (2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o*

2.1.5 El juez de lo penal

Como antes he apuntado, la valoración de la capacidad psíquica reviste una especial relevancia en el ámbito penal, en lo relativo a los criterios de medición y apreciación de la incidencia de la anomalía psíquica y su relación con la capacidad de culpabilidad en un sujeto determinado.

El Código penal español no define la imputabilidad, si bien su artículo 20 contiene tres eximentes (1.^a, 2.^a y 3.^a) que según la opinión unánime de la Ciencia penal española tienen la naturaleza de causas de inimputabilidad, porque excluyen la capacidad de culpabilidad²⁶.

Dos de las tres causas de exención que contempla el artículo 20 CP –20.1.º *anomalía o alteración psíquica*; 20.2.º *trastorno mental transitorio, señaladamente a causa de intoxicación por alcohol u otras drogas*–, hacen referencia a una patología de tipo psiquiátrico con la condición, en ambos casos, de que impida al autor del hecho «... comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión». Asimismo, la tercera –3.º *alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia*– hace referencia a un sujeto que por este motivo «*tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*», por lo que todas ellas operan sobre un mismo concepto global²⁷.

Respecto a los criterios de apreciación de la capacidad en este ámbito, se observa que el tenor del artículo 20.1.º CP responde a una fórmula mixta biológica-psicológica.

El presupuesto biológico es una «*anomalía o alteración psíquica*» permanente, fórmula mucho más flexible que la de «*enajenado*»

psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla. Sólo la discapacidad de tipo psíquico del autor del hecho dañoso es la que permite imponer una responsabilidad por hecho ajeno a su guardador: Art. 6:101. La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión. Versión española disponible en <http://www.egtl.org>.

²⁶ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Tomo III, Teoría jurídica del delito*/2, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 51 y ss.

²⁷ La diferencia entre la eximente del artículo 20.1 CP y la del 20.2 no radica en el pretendido carácter permanente de la primera frente al transitorio de la segunda, sino más bien en la etiología del trastorno pues, *stricto sensu*, el núm. 1 del artículo 20 CP se refiere a la afección psiquiátrica tanto permanente como transitoria, mientras que el artículo 20.2 CP se aplicaría a los casos de intoxicación plena por el consumo de sustancias o de síndrome de abstinencia; siempre, en ambos casos –20.1 y 20.2–, que no se dé la *actio libera in causa*, que excluiría la inimputabilidad del sujeto. La capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión» incide sobre las tres causas de inimputabilidad (arts. 20.1, 20.2 y 20.3 CP), si bien sólo se recoge de manera expresa en los dos primeros números del artículo 20 CP. Sobre estas cuestiones, cfr. MORA URRUELA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia-Comares, 2004.

empleada por el Código penal de 1973, que comprende no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, sino también las oligofrenias. Según la opinión dominante, el retraso mental, únicamente constituye eximente completa cuando es profundo, mientras que el grave o moderado sólo da lugar a una eximente incompleta (art. 21.1.^a CP)²⁸. El retraso mental leve no se admite siquiera como atenuante, lo que no es sino una manifestación de la consideración como tierra de nadie de ese campo falto de regulación clara que es la inteligencia límite.

El presupuesto psicológico se refiere a la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Para que haya modificación de la responsabilidad penal es necesario que el sujeto responsable, a causa de la anomalía o alteración psíquica, bien no pueda comprender la ilicitud del hecho, bien actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso procederá aplicar la eximente completa, o bien le sea sumamente difícil aquella comprensión, supuesto en que procederá la eximente incompleta. No quiere decirse, *a sensu contrario*, que para ser considerado imputable sea necesario saber que el acto es contrario a una norma concreta, sino que basta con comprender que el acto realizado contraviene el ordenamiento jurídico, para lo cual, previamente, ha de tenerse conocimiento de su existencia y obligatoriedad, al menos en términos generales.

Las alteraciones en la percepción a las que se refiere el artículo 20.3.º CP —señaladamente, sordomudez y ceguera—, tienen relevancia en la medida que produzcan una incomunicación lo suficientemente profunda como para determinar una grave alteración de la conciencia de la realidad.

Para la apreciación de estas circunstancias, el juez valora la prueba pericial aportada ordinariamente por el forense adscrito al Juzgado, no especializado en Psiquiatría. Se puede, de oficio o a instancia de parte, designar a uno o varios especialistas en esta disciplina, pero la necesidad del correspondiente anticipo de los gastos, entre otras razones, no hace muy frecuente su participación en el proceso²⁹.

²⁸ CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 64.

²⁹ En este sentido, ASIER URUELA MORA afirma que «Lo procedente sería o bien que la Administración Pública dispusiera de un plantel de especialistas (funcionarios) en el ámbito psiquiátrico, a los que se pudiera acudir en el proceso penal, o bien que la propia Administración se hiciera cargo del coste de la pericia psiquiátrica cuando el tribunal encargase ésta a profesionales ajenos a la administración»; cfr. de dicho autor, su trabajo «Hacia un nuevo modelo de cooperación entre Derecho penal y Psiquiatría en el marco del enjuiciamiento de la inimputabilidad en virtud de la eximente de anomalía o alteración psíquica. Aspectos materiales y formales», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 86, 2005, p. 255.

Por lo demás, el ámbito penal no es ajeno –desde 1995– al concepto de *incapacidad*. De hecho, en muchos artículos del Código penal se hace referencia a los incapaces, personas *desvalidadas* (art. 639 CP), *discapacitadas* (art. 619 CP), etc. A diferencia de lo que sucede con la imputabilidad, el Código penal de 1995 sí que contiene una definición del «incapaz»: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma» (art. 25 CP).

Esta definición debe ponerse en relación con los tipos de la parte especial del Código penal en donde se contempla a este grupo social como víctimas o sujetos pasivos del ilícito penal, ya sea en aras a constituir tipos específicos o bien subtipos agravados de delitos base, en atención a la condición de «incapaz» del sujeto pasivo, o incluso para determinar la exclusión o condicionamiento de los efectos del consentimiento en las lesiones (arts. 155 y 156 CP).

El concepto de incapacidad del Código penal es más amplio y flexible que el de imputabilidad penal y se aplica con independencia de la incapacitación judicial. De hecho, son frecuentes las alusiones a la figura del «guardador de hecho» (arts. 118, 223 y ss. CP, DA 2.^a CP, etc.). Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos de inimputabilidad por las causas de los números 1 y 3 del artículo 20 CP «*el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad...*». Además de lo ya dicho, y en relación con determinadas infracciones perseguibles a instancia de parte, la incapacidad determina la posibilidad de que el Ministerio Fiscal remueva el obstáculo persecutorio mediante la oportuna denuncia (arts. 191, 201 y 296 CP).

2.1.6 El juez de lo social

La Jurisdicción de lo Social conoce de las impugnaciones contra las resoluciones administrativas sobre minusvalía, a las que me referiré enseguida. Siguiendo el enfoque sistemático del trabajo, no quiero dejar de citar ahora a esta Jurisdicción, puesto que realiza una importante labor de determinación judicial del grado de minusvalía, y en ese contexto enjuicia, de alguna forma, la capacidad de la persona o cuando menos, interpreta las normas jurídicas aplicables sobre la determinación de dicho grado de minusvalía.

Interesa resaltar que el proceso se presenta de forma muy distinta a los anteriores y no sólo por las características de la propia Jurisdicción o por el propio presupuesto y finalidad de la declara-

ción de minusvalía. Las diferencias vienen marcadas por la necesaria correlación entre lo resuelto en vía administrativa y en vía judicial, pues se trata de una actuación esencialmente revisora, y por el hecho de que es la Administración Pública la que ocupa en el proceso la posición de demandada.

Junto a estas especiales características se ha destacado que la determinación del grado de minusvalía es cuestión litigiosa usualmente ligada a otra institución –una invalidez no contributiva o un subsidio de desempleo– y que en todo caso, el juez de lo social al valorar la prueba médica aportada suele utilizar las argumentaciones propias de los juicios sobre la incapacidad permanente contributiva³⁰.

2.2 LA CALIFICACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD

Visto el papel del juez en la valoración de la discapacidad en diferentes ámbitos, nos referiremos al notario, como agente calificador de la capacidad.

El artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado (en redacción dada por Ley 24/2001) dice 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...», lo que se complementa con el artículo 156.8 del Reglamento Notarial, que señala como requisito de la comparecencia de la escritura «la afirmación, a juicio del notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera».

La aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante constituye una poderosa presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

Ahora bien, como señaló tempranamente el Tribunal Supremo –STS de 21 de marzo de 1952 [RJ 504/1952]– «la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que no lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice por signos perceptibles para el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos, suelen ser precisos los conocimientos propios del psiquiatra».

³⁰ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, pp. 782 y 783.

Por eso, la cuestión referente al estado mental del otorgante, tanto de actos *inter vivos* como *mortis causa*, tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde al Tribunal de instancia³¹; ni la declaración de los facultativos ni el juicio que formasen el Notario y los testigos del estado mental del otorgante, impiden que el Tribunal, por las pruebas suministradas, pueda declarar la incapacidad de aquél.

Hay no pocos ejemplos de apreciación en la instancia de incapacidad de alguno de los otorgantes, aun habiendo mediado la intervención notarial. Es evidente la dificultad que para el notario, en cuya formación no entran los conocimientos psiquiátricos o psicológicos, puede suponer la apreciación de la capacidad de las personas, especialmente –aunque no sólo– en las de edad avanzada. Cuenta para ello con su sentido común y su experiencia, que aplicará a comprobar si la persona es consciente de las consecuencias del otorgamiento de la escritura, siquiera sea en términos generales³². Dado que el consentimiento ostenta el indudable protagonismo en el negocio jurídico, parece que debe mantenerse esta labor notarial como modo de seguridad jurídica preventiva, que siempre puede ser corregida con posterioridad por los tribunales.

Esta labor calificadora del notario viene facilitada en los casos en que, de alguna forma, descarga su responsabilidad cuando la Ley exige que cuente con el dictamen preceptivo de facultativos; el ejemplo paradigmático es el artículo 665 CC referido a personas incapacitadas por sentencia que no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar. Fuera de esos casos, «el juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas...»³³, aunque puede solicitar dictámenes adicionales que no le exoneran, en su caso, de eventuales responsabilidades.

Por su especial relación con la discapacidad, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que es el notario quien aprecia la *capacidad de obrar suficiente*, que se exige para la designación en documento público de la persona que se desearía fuera tutor en

³¹ Lo que por cierto hace que el criterio de éste sea muy raramente modificable por dicha causa en casación, a donde sólo deberían llegar los casos muy evidentes de error en la apreciación de la prueba por la instancia.

³² Sólo ha de recabar dictamen favorable de dos facultativos en los contadísimos supuestos de personas incapacitadas por sentencia que no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar; en los demás casos puede solicitar dictámenes adicionales que no le exoneran, en su caso, de eventuales responsabilidades.

³³ Así lo afirma la STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399], que resuelve el litigio sobre la propiedad de la obra del pintor Benjamín Palencia, en la que habiendo comparecido en el testamento de su hermana (que no estaba incapacitada) tres médicos psiquiatras de la clínica donde estaba internada, habiendo emitido el notario un juicio positivo acerca de la capacidad, el Tribunal apreció la incapacidad de la testadora.

caso de incapacitación judicial, o cualquier otra disposición relativa a la persona y bienes, para este supuesto. Posibilidad ésta, como se sabe, introducida por la Ley 41/2003. Son muchas las interpretaciones que se dan este término, pero es bastante probable que se trate de capacidad natural para realizar el acto en cuestión. Por el contexto en el que esta medida se plantea, no será infrecuente que haya de calificarse la capacidad de quien se halla en los primeros estadios de una progresiva pérdida de aptitud psíquica.

2.3 LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CAPACIDAD

Las diferentes Administraciones Públicas –estatal y autonómicas– realizan un importante papel calificador de la capacidad.

2.3.1 La calificación de la «minusvalía»³⁴

Las Administraciones Públicas califican la «minusvalía» con aplicaciones numerosas y variadas, calificación que veremos, es, en parte, el centro del sistema.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) dispone en su artículo 7 que: «1. 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. 2. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en la Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multidisciplinares calificadores».

Y es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, el que actualmente regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, establece los baremos aplicables y determina los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento³⁵.

³⁴ Recuérdese, como he indicado en nota 10, que el RD 1856/2009 ha eliminado esta terminología sustituyéndola por la de «discapacidad».

³⁵ Bien dependientes de los órganos gestores de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia y por los equipos de valoración y orientación de las direcciones territoriales del IMSERSO de Ceuta y Melilla.

La modificación terminológica citada en las notas 10 y 34, afecta también al título del Decreto que actualmente es: «Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad».

Este Decreto utilizaba la terminología de la Clasificación Internacional, vigente a la sazón, de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) aprobada por la OMS en 1980³⁶, si bien poco tiempo después –en mayo de 2001– se aprueba la nueva versión Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) que es la utilizada en la actualidad³⁷.

Los profesionales de los órganos técnicos de valoración realizan la evaluación de la discapacidad partiendo del Anexo I del Baremo, que a los efectos que nos interesan, contempla en el Anexo IA el retraso mental (capítulo 15) y la enfermedad mental (capítulo 16) como deficiencias psíquicas. Se ha de evaluar el efecto que las deficiencias –como dice la LISMI, previsiblemente permanentes– tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria (AVD) tanto de autocuidado, como de comunicación, sociales, etc. Según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad (o discapacidades) que origina pueden ser de clase I (del 0 por 100, que no producen discapacidad), de clase II (1-24 por 100, que origina discapacidad leve), de clase III (25-49 por 100, discapacidad moderada), de clase IV (50-70 por 100, discapacidad grave), de clase II (75 por 100 en adelante, discapacidad muy grave). En el Anexo IB se recogen los factores sociales complementarios relativos a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que han de valorarse junto con los anteriores en la medida que pueden impedir la adecuada integración de la persona con discapacidad.

El grado de minusvalía obtenido sumando las valoraciones realizadas según el Anexo IA y IB, se expresa en porcentaje, teniendo

³⁶ Siempre dentro de la «experiencia de la salud», para la CIDDM *deficiencia* (*impairment*) es «toda pérdida o anomalía –permanente o temporal– de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica»; esto es, la *exteriorización* directa de las consecuencias de la enfermedad que se manifiesta tanto en los órganos del cuerpo como en sus funciones, incluidas las psicológicas. Por su parte, *discapacidad* (*disability*) es una «limitación funcional, consecuencia de una deficiencia, que se manifiesta en la vida cotidiana, bien en el ámbito de la movilidad o desplazamiento, de relación o conducta y de comunicación», lo cual supone una *objetivación* de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características (edad, género...); *minusvalía* (*handicap*) es «la situación desventajosa en que se encuentra una persona determinada, como consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita, o impide, el cumplimiento de una función que es normal para esa persona, según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales», o dicho de otro modo, la *socialización* de la problemática causada en un sujeto por las consecuencias de una enfermedad, manifestada a través de la deficiencia y/o de la discapacidad, y que afecta al desempeño del rol social que le es propio; cfr. EGEA GARCÍA, Carlos y SARABIA SÁNCHEZ, Alicia, «Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad», *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, 2001, pp. 16 y 17. Cfr. también, de estos mismos autores, *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Documentos 58-2001, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Real Patronato sobre discapacidad.

³⁷ Cfr. nota 10.

en cuenta que a los factores sociales complementarios se les conceden un máximo de quince puntos porcentuales, siempre y cuando la discapacidad haya supuesto veinticinco de estos puntos³⁸.

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 corresponda³⁹.

El grado de minusvalía así reconocido garantiza el acceso del ciudadano a los beneficios y recursos que los organismos públicos proporcionan, como la atención en centros especializados o ayudas técnicas; beneficios fiscales, prestaciones no contributivas, posibilidades de integración laboral en centros especiales de empleo, etc.

2.3.2 La calificación de la «dependencia»

La Ley 39/2006 recoge un listado de definiciones en su artículo 2, entre las que cabe destacar a nuestros efectos, la de «dependencia», como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad, la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra/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».

Como advierte Serrano García la discapacidad psíquica y la física generan dependencia. Y aunque la dependencia no necesariamente implica falta de autogobierno, ambas discapacidades, especialmente la psíquica –entendida en sentido amplio, incluso de las enfermedades mentales– pueden estar en la base de una incapacitación judicial. Y es que, la atención o ayuda que se precisa en estos casos, muchas veces, será jurídica. Precisamente los que padecen una enfermedad mental o una discapacidad intelectual

³⁸ El Anexo II contiene el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida; se considera que en todo caso se da dicha necesidad cuando se obtenga un mínimo de 15 puntos. El Anexo III recoge el baremo de las dificultades de movilidad.

³⁹ Así lo dispone el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), tras unas vacilaciones iniciales que la atribúan a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y por cierto, es en torno a las minusvalías, donde se ha producido una jurisprudencia más abundante en materia de discapacidad.

necesitan como apoyo, no una subvención o eliminación de una barrera, sino un «organismo de guarda y protección»⁴⁰.

No así la discapacidad sensorial (no mencionada en el artículo 200 CC) que, en ocasiones, ni siquiera genera dependencia, aunque sí en la mayoría de los casos.

La especificidad del concepto «dependencia» se manifiesta en la propia Ley 39/2006 cuando proclama en su artículo 4 como derechos de la persona en situación de dependencia los siguientes: «6. A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno... 9. Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales».

Sea como fuere, 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 no obsta a que en el propio baremo se aprueben las comúnmente conocidas «pasarellas», según veremos.

En lo que hace al objeto de valoración de capacidad, la atención se centra en la necesidad de concurso de tercera persona en el sentido contemplado en la Ley 39/2006, y no en otros aspectos de la discapacidad.

2.3.3 La calificación de la «(in)capacidad laboral»

El Estatuto de los Trabajadores, aunque prohíbe las discriminaciones por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales (art. 4.2.c) y contempla algunas especialidades en relación a los trabajadores «disminuidos» (arts. 11 y 20.3) no define ni la capacidad ni la incapacidad laboral, ni qué haya de entenderse en este ámbito por disminuido o minusválido.

Son las normas de la Seguridad Social las que recogen el concepto o conceptos de incapacidad e invalidez. La Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), cuyo artículo 136 dispone 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 dismi-

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, p. 87.

nuyan 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...».

Lo que se valora es la (in)capacidad laboral o capacidad para desempeñar el trabajo que se venía realizando. A diferencia de la incapacidad permanente, la calificación de la invalidez es ajena a la capacidad laboral de la persona.

Esta calificación de la incapacidad o invalidez en el ámbito laboral corresponde a las Direcciones Provinciales del INSS a través de los Equipos de Evaluación de Incapacidades (EVI)⁴¹.

Visto en líneas generales el papel que las Administraciones desempeñan en la calificación, y reiterando la imposibilidad en esta sede de una exposición exhaustiva, quiero aludir brevemente a otros posibles calificadores de la capacidad.

2.4 LA CALIFICACIÓN MÉDICA DE LA CAPACIDAD A EFECTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El médico, ya lleve acabo su tarea en una institución pública o privada, es *ex lege*, evaluador de la capacidad para prestar el consentimiento informado, entendido éste como conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Así, la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, en su artículo 9.3.a) referido a la admisión del consentimiento «por representación», dispone que es el «médico responsable de la asistencia» el que ha de apreciar si el paciente es o no capaz de tomar decisiones⁴².

Esta norma no se refiere a los incapacitados que ya tienen un representante legal, a los que va dedicado el siguiente apartado –b) *Cuando el paciente esté incapacitado legalmente*– y respecto a los cuales, la sentencia judicial puede que haya determinado si actos como la prestación del consentimiento entran o no dentro del campo de la representación.

⁴¹ En Cataluña las funciones de los EVI, las realiza el Instituto Catalán de Evaluación de Incapacidades y la Comisión de Evaluación de Incapacidades.

⁴² Art. 9.3: «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado psíquico o físico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.»

Si se trata de personas *incapacitadas* pero sometidas a curatela y por tanto a un régimen de asistencia y no de representación, el régimen aplicable no es el de la letra b), sino el de a) del artículo 9.3: es decir, será el criterio del médico responsable de la asistencia el que determine si el paciente es capaz o no de tomar decisiones, o si su estado físico o psíquico le permite o no hacerse cargo de su situación⁴³. De todas formas, y respecto a los curatelados, la cuestión toma otro cariz a la vista de la tendencia legal y judicial reciente a las curatelas de contenido personal, constituidas para asegurar el seguimiento de tratamientos médicos⁴⁴. Es bastante posible en este caso, que la opinión del curador deba tenerse en cuenta a estos efectos.

En los términos que acabamos de ver, la calificación de la capacidad ha de realizarla el médico no respecto de los *incapacitados*, sino de las personas que siendo capaces en circunstancias normales, no son en ese momento –por determinadas circunstancias que el médico ha de apreciar– capaces de entender y asimilar la información. Pero también han de entenderse incluidos los tradicionalmente llamados incapaces naturales, no incapacitados judicialmente. En este caso, y quizá con mayor motivo, el médico ha de apreciar si esa circunstancia, que aquí sería permanente, les impide prestar el consentimiento libre y voluntariamente informado⁴⁵.

La decisión del médico, en todos los supuestos del artículo 9.3 provocará que el paciente pueda prestar personalmente el consentimiento, o que, en su caso, éste sea otorgado por representación por las personas que el mismo artículo dispone. Los criterios que utilizará serán los proporcionados por su *lex artis* y los posibles protocolos que puedan existir.

Por su estrecha relación con el tema que nos ocupa, destaca un supuesto de valoración de la capacidad de decisión del paciente: el de su voluntariedad para un internamiento por razón de trastorno psíquico.

Recordemos que la LEC sujeta a autorización judicial este tipo de internamiento cuando la persona «no esté en condiciones de decidirlo por sí» (art. 763.1 LEC). Luego la Ley presupone que,

⁴³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre el paciente, información y documentación clínica)*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007 (2.ª ed.), p. 285.

⁴⁴ Especialmente representativo, el artículo 136.2 de la ya citada Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, que además de innovar la figura estableciendo que «La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado», añade que «También podrá limitar la curatela al ámbito personal».

⁴⁵ Sobre estas cuestiones, cfr. el análisis detallado de DOMÍNGUEZ LUELMO, en *op. cit.*, pp., 306 y ss.

aún tratándose de internamientos terapéuticos destinados al tratamiento de trastorno psíquico, puede haber supuestos en que el interesado esté en condiciones de decidir por sí dicho internamiento⁴⁶. Esto le dotaría en su caso de carácter voluntario, que excluiría la necesidad de autorización judicial. Esa voluntariedad se materializa, precisamente en una relación contractual entre el enfermo, el centro sanitario y los servicios profesionales que van a ocuparse de su cuidado. Se trata de un negocio jurídico complejo con elementos, entre otros, del contrato de hospedaje y del contrato de servicios⁴⁷.

Pues bien, es el médico del establecimiento donde se pretende realizar el ingreso, quien ha de determinar si el paciente *está en condiciones de decidirlo por sí*, y estándolo, que voluntariamente acepta el ingreso. En caso contrario, se necesita autorización judicial.

Parece evidente que se trata de un acto personalísimo y en consecuencia no cabe la representación para aceptar su carácter «voluntario»⁴⁸. Si el interesado no quiere o no puede decidir acerca de su ingreso, y los familiares –o quien proceda– lo ven necesario para el adecuado tratamiento terapéutico de su trastorno, deben solicitar la correspondiente autorización judicial.

⁴⁶ Duda de esta posibilidad Mariano ALONSO PÉREZ, en «La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*)», *Perfiles a la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, (MORENO MARTÍNEZ, Coord.), Dykinson, Madrid, 2000, p. 29: «O sea, es posible que el propio afectado por el trastorno mental pueda decidir sobre el internamiento. Supina incongruencia. Si se incapacita a la persona que sufre enfermedades que le impiden gobernarse por sí misma (art. 200 Código Civil) ¿Cómo es posible que quien no está en condiciones de regirse por sí mismo sea capaz de decidir sobre algo tan cardinal –bien positiva o negativamente– para la libertad y la salud psíquica del enfermo como el internamiento en un centro psiquiátrico?». La afirmación parece previa a la LEC 2000, dado que en ésta se manifiesta, de modo claro en mi opinión, la disociación de régimen jurídico del internamiento y de la incapacitación. También se disocia de la situación de dependencia, pues el artículo 4 de la Ley 39/2006 proclama, respecto a las personas en dicha situación, el derecho «7. A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.» Y por supuesto, si se diera la circunstancia de no poder decidir por sí, la Ley reconoce el derecho «8. Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.»

⁴⁷ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, et al., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, p. 125.

⁴⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio y Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, Madrid, 1996. La falta, en su momento, de una regulación clara para estos internamientos provocó algunas irregularidades denunciadas por el Defensor del Pueblo en su informe de 1991. En dicho informe se constata que en la mayoría de los hospitales psiquiátricos constaba el consentimiento escrito; no así en la mayoría de internamientos en unidades psiquiátricas de hospitales generales. También se reflejan irregularidades como autorizaciones «voluntarias» firmadas por un familiar, lo que hace poner en seria sospecha dicho carácter. En este sentido, la Oficina del Defensor del Pueblo, considera necesaria la constancia documental del consentimiento otorgado por el enfermo, sin que tal requisito, en ningún momento, pueda presumirse.

La capacidad requerida para dar consentimiento válido es la denominada «capacidad natural», concebida como posesión de discernimiento suficiente para entender el significado, alcance y consecuencias de la decisión a adoptar, debiéndose examinar tal capacidad en cada uno de los supuestos concretos que se planteen.

2.5 LA «CALIFICACIÓN» DEL INTERESADO DE SU PROPIA CAPACIDAD

Me referiré por último al propio interesado, no tanto como calificador de su propia capacidad, cuanto de agente activo acerca de los criterios o estándares de «incapacidad» que actuarán supuesto de hecho para la entrada en vigor de los poderes preventivos.

A partir del año 2003, el Código civil español regula tanto los poderes con ultraactividad que continúan a pesar de la *incapacitación*, cuanto los poderes preventivos, que —obviando ahora la diferencia entre poder y mandato— son aquéllos dados «... para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por aquél».

Por eso, en cuanto al inicio de los efectos, y dado que se habla sólo de «incapacidad», es el eventualmente futuro incapaz (poderdante) el que tiene que fijar el grado de discapacidad concreto que hace que el poder comience a ser eficaz; fijación que puede confiar a la Administración pública, condicionándolo la obtención de un certificado de minusvalía del grado que se estime oportuno, que no tiene porqué ser el del 33 por 100 mínimo⁴⁹. También cabe encomendar su fijación a personas distintas del apoderado, a los que se puede encargar además la fiscalización de su actuación, o hacerla depender de uno o varios dictámenes médicos para fijar el inicio del mandato o solicitar, incluso, un dictamen médico para cada acto que tenga que realizar el apoderado⁵⁰. Y sea cual fuere la posibilidad escogida, acreditar convenientemente su concurrencia en aras a la seguridad jurídica. Aquí el notario puede jugar un decisivo papel en la labor de asesoramiento y seguridad preventiva, condicionando, en su caso, a la justificación fehaciente de los extremos anteriores, la entrega del documento público de apoderamiento.

Ciertamente, y en términos generales, la propia capacidad no puede determinarse al amparo de la autonomía de la voluntad, y en

⁴⁹ La nueva Disposición Adicional Cuarta del Código civil, introducida por el artículo 13 de la Ley 41/2003, permite deducir, en relación al artículo 2 de dicha Ley, que ese grado mínimo de minusvalía sólo se exige para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 756, 822 y 1041 CC.

⁵⁰ Vid. propuesta en este sentido de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, en *Incapacitación y Mandato*, La Ley, 2008, pp. 232 y 233.

ese sentido podría pensarse que el artículo 1732.2 se aplica sólo a los judicialmente incapacitados, sobre todo con base en la afirmación genérica de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003: «Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1732 del Código civil, con objeto de establecer que la incapacidad judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacidad».

Sin embargo, lo que el sistema sujeta a normas imperativas es la restricción (judicial) de la capacidad de obrar o la apreciación de la capacidad especial para determinados actos. Los términos del propio artículo 1732.2 CC son elocuentes —«... *caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por aquél*»— y la finalidad de la norma es, a lo que parece, permitir una institución para-tutelar, que por otra parte, siempre podría tener su fin si el interés de la persona con discapacidad así lo exige, al amparo del propio artículo en su último inciso: «En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor»⁵¹.

3. RELACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS CALIFICACIONES DE LA CAPACIDAD O DISCAPACIDAD DE LA PERSONA

En distintos momentos de su vida, y a diferentes efectos, la capacidad de la persona puede ser objeto de calificación, como acabamos de ver. Conviene ahora detenerse en las conexiones que pueden producirse entre estas variadas calificaciones.

3.1 APLICACIÓN MÚLTIPLE DE LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE MINUSVALÍA

La calificación administrativa del grado y tipo de minusvalía adquiere un papel protagonista en el panorama general de valoración de la capacidad. Esta calificación «... será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas» (art. 4.2 RD 1971/1999),

⁵¹ En esa línea, el artículo 95.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, al hablar de la delación hecha por uno mismo, incluye la posibilidad de «... otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación», designando órganos de fiscalización y las personas que los integran y sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.

en cuanto que los evaluadores de las minusvalías no estarán condicionados por otras valoraciones. Pero ello no quiere decir, que la declaración y valoración de la minusvalía carezca de utilidad en otros ámbitos. Es más, los dictámenes específicos que, con el común denominador del grado de minusvalía, emiten los órganos técnicos competentes son determinantes, v. gr., para ingresar en un centro, para la adecuación del puesto de trabajo o para la valoración de delitos violentos y contra la libertad sexual. Estos órganos prestan apoyo técnico a otras instituciones como Juzgados, Ministerio Fiscal, Ayuntamientos, INSS, MUFACE, ISFAS, Hacienda, procesos selectivos de empleo público, etc.⁵² Pero además, el propio Legislador establece equivalencias en el sistema que hace que dicha certificación se convierta, en cierto sentido, en el centro del sistema. Veamos ejemplos de lo dicho.

3.1.1 Incursión de la certificación de minusvalía en el ámbito civil a través de la Ley 41/2003

En el ámbito civil, la Ley 41/2003 establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: «a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, y b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. 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 las causas de incapacitación judicial y de que concurriendo, la persona haya sido o no judicialmente incapacitada».

El concepto central de «persona con discapacidad» depende de la certificación administrativa de minusvalía o de «resolución judicial firme». El significado, que en este contexto, ha de darse a esta última expresión ha de ser, a mi modo de ver, amplio.

Evidentemente se refiere a la sentencia que en la vía jurisdiccional social resuelva la reclamación contra una resolución administrativa sobre minusvalía, a la cual ya hemos hecho referencia.

Por el objeto del proceso, es claro que el contenido de dicha sentencia es independiente de la eventual incapacitación del sujeto. No está de más que el Legislador, sabiendo que estaba elaborando una norma de corte civil, lo haya aclarado.

La duda se plantea sobre si, además, a los efectos de ser considerado «persona con discapacidad» para el acceso a estos medios

⁵² SALAZAR MURILLO, Javier, «Reconocimiento legal de la discapacidad», en *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, pp. 755 y ss.

de protección patrimonial, se puede entender que la «resolución judicial firme» se refiere también a la sentencia de incapacitación, aunque no haya resolución administrativa de minusvalía⁵³. Cuestión que, aún interesante, no deja de ser un poco teórica, puesto que si bien *ex* LEC 2000 no es obligatorio, es frecuente que se presente la certificación de minusvalía entre la documentación que se presenta en el proceso de incapacitación; valoración administrativa que no evita, como repetidamente hemos ido viendo, la realización de la prueba pericial médica preceptiva.

Me inclino por la concepción amplia. Ciertamente, la Ley 41/2003, cuando quiere referirse a la incapacitación judicial lo hace expresamente, y en concreto, la exige como presupuesto necesario para permitir el gravamen de la legítima a través de sustituciones fideicomisarias en beneficio de hijos o descendientes «judicialmente incapacitados» (arts. 782 y 808 CC). Como hemos ido viendo, la finalidad, presupuestos y características de la resolución administrativa que determina la minusvalía y de la sentencia de incapacitación son diferentes, pero presentan puntos comunes, que unidos a la finalidad de la Ley 41/2003 permiten mantener dicha interpretación.

Una primera diferencia parte de su origen: judicial de la incapacitación frente a administrativo de la minusvalía; y digo administrativo porque parto de que, a estos efectos, la sentencia firme de la jurisdicción social, al traer causa necesariamente de la resolución administrativa, no es sino la resolución administrativa confirmada o modificada. Ello, sin menoscabo, claro está, de la importante labor de valoración judicial de la capacidad.

En segundo lugar, la determinación de la minusvalía no influye ni restringe la capacidad de obrar, y en ese sentido, no determina ningún estado civil, y su reconocimiento se entiende producido desde la fecha de la solicitud (art. 10.2 RD 1971/1999) a diferencia de la sentencia de incapacitación, de la que mayoritariamente se afirma su carácter constitutivo e irretroactivo⁵⁴.

⁵³ Por todos, TORRES GARCÍA, Teodora F., «Discapacidad e incapacitación», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (Pérez de Vargas, coord.), La Ley-Universidad Juan Carlos I, Madrid, 2007, pp. 450 a 460, donde se expone el *status quaestionis* en la doctrina y con posterioridad, SERRANO GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

⁵⁴ La regulación de la incapacitación efectuada por la LEC 2000 mantuvo, como advierte Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, una terminología claramente coherente con el concepto de sentencia constitutiva: «procesos de incapacitación» (arts. 222.4, 757, 759) «reintegración de la capacidad» (arts. 222-4, 761), «promover la incapacitación» (art. 757); cfr. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, I-2, 2004, pp. 149 y 150. Es también la posición del Tribunal Supremo, según Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, tras efectuar un análisis de la jurisprudencia recaída en materia de incapacitación; cfr. «La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo», *Aranzadi Civil*, núm. 4, mayo 2000, p. 24.

Además, la minusvalía *sensorial* igual o superior al 65 por 100, cuya determinación posibilita ser considerado «persona con discapacidad» a los efectos de la Ley 41/2003 no es presupuesto de la incapacitación, que sólo se refiere a enfermedades o deficiencias persistentes de carácter «físico o psíquico» (art. 199 CC).

Pese a estas diferencias, el hecho de que ciertas medidas *civiles* (constitución de un patrimonio protegido y lo dispuesto en los arts. 756.6.º, 822 y 1041 CC) sean aplicables sin pasar previamente por un proceso de incapacitación *civil*, sino solamente por un procedimiento administrativo, no significa que éste abduzca a aquél privándole de su valor.

Pero es que, sobre todo, la cuestión ha de resolverse a la luz de la interpretación teleológica de la Ley 41/2003 que no es otra que proporcionar instrumentos de protección patrimonial que no significan un menoscabo al erario público, sino que recaen sobre la propia persona con discapacidad o las personas de su entorno. Las medidas fiscales de protección, también contempladas en la Ley y que sí que podrían generar más recelos, por cuanto a la postre son soportadas por la sociedad en su conjunto, tienen su propio sistema de determinación subjetiva, al que enseguida haremos alusión.

Además, en relación con esto último y como argumento adicional, es la propia legislación fiscal (y la de Seguridad social) la que dispone, a sus propios efectos, que la sentencia de incapacitación equivale a un 65 por 100 de minusvalía. Si tal es el valor en esos ámbitos –como tendremos ocasión de ver más adelante– de *cualquier* sentencia judicial de incapacitación, no parece fuera de lugar entender que, precisamente con la sentencia, puedan entenderse cubiertos los mínimos de 33 por 100 de minusvalía psíquica o de 65 por 100 de minusvalía física, exigidos por la Ley 41/2003.

Aquel a quien el sistema judicial ha declarado ausente de capacidad de autogobierno o con limitaciones en dicha capacidad, y es objeto de restricciones en su capacidad de obrar y de sometimiento a un sistema de guarda legal, parece que, por este solo hecho, tiene todo el derecho al acceso a unas medidas de protección patrimonial que, como antes apuntaba, quedan en el ámbito de lo privado.

Y en realidad lo que se está valorando en una y otra instancia no es tan distinto, dado el enfoque funcional que hemos visto preside la labor del Juez de incapacitaciones y de los equipos técnicos de valoración de la minusvalía.

El que una persona con una minusvalía sensorial superior al 65 por 100 pueda optar a las medidas de la Ley 41/2003 y no ser, por ese solo hecho, incapacitada, no obsta, a mi modo de ver, a nada de lo dicho.

3.1.2 Conexión de la certificación de minusvalía con la declaración de incapacidad laboral

Son bien conocidos los problemas planteados en la relación entre la certificación de minusvalía y la declaración de incapacidad permanente de tipo contributivo.

La DA 3.^a del RD 357/1991, de 15 de marzo, que desarrollaba la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones no contributivas, establecía que «2. ... se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65 por 100 a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida».

El problema se planteó porque algunos tribunales consideraron que para acreditar la minusvalía del 65 o 75 por 100 necesaria para acceder a una prestación no contributiva, era innecesario aplicar los baremos reglamentarios vigentes a la sazón, bastando con valorar las dolencias que, en la modalidad contributiva, generarían el derecho a una incapacidad permanente absoluta para toda profesión y oficio, o en su caso una gran invalidez.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en la conocida STS (Sala de lo Social) de 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997/8924], afirmando que este Decreto no autoriza un sistema alternativo de valoración por los órganos judiciales, a tenor del cual éstos puedan optar por la calificación propia de la modalidad contributiva frente a la calificación por baremo, sino que es una regla excepcional para coordinar las valoraciones en las dos modalidades de protección.

La regla citada –aclara el Tribunal Supremo– establece una equivalencia particular para facilitar el acceso a prestaciones de invalidez no contributivas de quienes, habiendo solicitado las prestaciones de invalidez contributivas hubieran visto denegadas sus solicitudes por falta de alguno de los requisitos establecidos para su atribución (supuesto de hecho del primer párrafo de la DA 3.^a). Y no olvida que «el sistema de determinación del grado de minusvalía se realiza... mediante la aplicación de un baremo en el que son objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos y sensoriales del interesado como los factores sociales complementarios», circunstancias éstas que no hacen al caso en la calificación de la incapacidad laboral.

3.1.3 Certificación de minusvalía e incapacidad laboral a los efectos de igualdad de oportunidades

Una nueva equiparación de carácter más amplio, y sobre todo, de rango legal, es la efectuada por la Ley 51/2003, cuyo artículo 1.2 dice 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 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 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.»⁵⁵

Se equipara el concepto de *incapacidad laboral* al de *minusvalía*, pero como se ha encargado de remarcar numerosa –aunque no uniforme– jurisprudencia dicha equiparación es a los solos efectos de la Ley 51/2003. En este sentido, y como ha reafirmado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las SSTS de 24 de septiembre de 2008 [RJ 2008/7643] y 13 de noviembre de 2008 [RJ 2008/7664], con cita de las anteriores, la equiparación no es a todos los efectos previstos en la LISMI pues «aunque la Ley 51/2003 tiene como finalidad, como el propio enunciado de la norma indica, el establecimiento de medidas de acción positiva para conseguir la “igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, dicha norma no ha sustituido toda la normativa legal y reglamentaria de desarrollo de la legislación sobre integración de los minusválidos –Ley 13/1982 y Real Decreto 1971/1999– que sigue vigente a todos los demás efectos. Será, por tanto, esa normativa –en concreto, el baremo anexo al Real Decreto 1971/1999–, la que habrá de aplicarse para la declaración y valoración de la discapacidad a todos los efectos, salvo, en su caso, los incluidos en la presunción del artículo 1.2 de la Ley 51/2003».

⁵⁵ Este precepto legal es desarrollado por el RD 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se detalla y aclara la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003. 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 (cfr. DF 2.ª del RD 1414/2006).

Es doctrina reiterada –y consagrada por esta sentencia de unificación de la doctrina– la que niega la pretensión de que se reconozca el grado de minusvalía del 33 por 100 una persona a la que se ha declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, pues ello 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 100⁵⁶.

Ciertamente, la previsión de la Ley 51/2003 no implica que los órganos administrativos a quienes compete el reconocimiento del grado de minusvalía, queden obligados a otorgar al menos un 33 por 100 a aquellas personas que tengan reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una incapacidad permanente total. Y ello, por cuanto el reconocimiento del grado de minusvalía se rige por sus propias normas en las que no se establece equiparación alguna entre una y otra situación, tal y como se deduce del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, y la Orden Ministerial de 2 de noviembre de 2000, anteriores a la Ley 51/2003 y que, a estos efectos, no han sido modificados ni pueden entenderse contrarios a dicha regulación posterior.

El problema se ha planteado con las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por sentencia judicial pero con una minusvalía reconocida inferior al 33 por 100. Estas personas, máxime en la coyuntura

⁵⁶ En cuanto a la acreditación de la minusvalía a estos efectos, parece que no cabe exigir la emisión de un certificado, documento o resolución judicial en que se reconozca la equiparación entre la situación de incapacidad permanente total y la de minusvalía del 33 por 100 a los efectos de la Ley 51/2003. La equiparación ya opera *ex lege*, por efecto directo de la aplicación de la Ley, que hace equivaler dos situaciones jurídicas distintas a fin de que los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y pensionistas de incapacidad de clases pasivas puedan obtener los mismos beneficios que las personas que tengan reconocida un 33 por 100 de minusvalía; aunque a los primeros les corresponda un grado menor de minusvalía. La resolución judicial o administrativa por la que se reconociera al trabajador en situación de incapacidad permanente (siempre que no hayan existido revisiones o variaciones que la hayan dejado sin efecto) constituiría el fundamento para aplicar lo establecido en esta Ley 51/2003 en cuanto a la equiparación a los minusválidos en determinados aspectos.

En contra de esta opinión, ha habido pronunciamientos como la STSJ País Vasco de 14 de junio de 2005 (Sala de lo Social) en el sentido de que la asimilación legal no parece eximir al interesado de tener que solicitar la declaración de minusvalía, si bien el órgano competente para ésta, comprobada la resolución administrativa o sentencia que reconozcan la pensión, ha de otorgar la minusvalía del 33 por 100 sin necesidad de previa valoración. Ello no obsta al derecho del incapacitado total para el trabajo de solicitar la calificación precisa del grado de minusvalía a los efectos de la aplicación del baremo correspondiente.

actual, encuentran graves dificultades para poder acceder al mercado de trabajo en algún puesto acorde con sus limitaciones.

Tras algunas vacilaciones iniciales, se entendió que por efecto directo de la Ley 51/2003, podían acceder a los beneficios que la legislación laboral reconoce a los minusválidos con más de un 33 por 100 de minusvalía y, en particular, a los programas de fomento de empleo establecidos para las personas con discapacidad, así como a un empleo en un Centro Especial de Empleo; y ello, sin necesidad de que se les declare un 33 por 100 de minusvalía, ni de que exista una resolución administrativa o judicial que declare tal equiparación, ya que ésta se produce por efecto directo de la Ley. Todo ello, sin perjuicio de que el equipo multiprofesional correspondiente deba emitir el oportuno informe de aptitud de puesto de trabajo para determinar el grado de capacidad de trabajo del pensionista o, en su caso, sea preciso reunir otras condiciones específicas exigidas en los distintos programas de empleo de discapacitados⁵⁷. La equivalencia, a los efectos de contratación en Centros Especiales de Empleo, ha sido finalmente recogida de forma expresa en el artículo 2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo: «Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

3.1.4 Minusvalía, incapacidad laboral e incapacitación judicial en el ámbito fiscal

La Ley 35/2006 LIRPF –coetánea, si bien un poco anterior a la propia Ley de dependencia– dispone en el artículo 60.3 regulador del *Mínimo por discapacidad*⁵⁸ que: «3. A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.

⁵⁷ En esta línea y muy ilustrativa al respecto, la respuesta del Justicia de Aragón [DI-273/2006-1; 8 de junio de 2006] a numerosas peticiones, consultas y quejas, sobre este particular; cfr. http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002261_200600273.pdf.

⁵⁸ Modificado con vigencia exclusiva para el ejercicio 2009 por el artículo 66.4 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.

En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado».

Párrafos atrás he mantenido la equiparación de la incapacitación judicial a la certificación de minusvalía a efectos del recurso a los instrumentos privados de la Ley 41/2003.

La equiparación que opera este artículo 60.3 *in fine*, pese a tener antecedentes en Derecho positivo⁵⁹, no ha parecido muy justificable, puesto que no todos los incapacitados judicialmente, aunque de un modo u otro no puedan gobernarse por sí mismos y por ello estén incapacitados, alcanzarían materialmente la calificación del 65 por 100 reservada a personas con una discapacidad severa. Los beneficios fiscales reconocidos a éstos por las graves limitaciones que encuentran en su vivir diario, parece que no deberían extenderse injustificadamente.

Sin embargo, esta equiparación, lejos de eliminarse, aparece consagrada con carácter general por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición adicional novena establece que «A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces». Del precepto destaca su amplitud, así como la utilización de la terminología discapacidad, abandonando la de minusvalía, en aplicación del mandato de la Ley 39/2006.

3.1.5 Interrelaciones de la baremación de la dependencia

El RD 504/2007, de 20 de abril, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, desarrollando lo dispuesto en la DA 9.^a de la Ley de dependencia, declara en su DA 1.^a la efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de 1) gran invalidez laboral y 2) necesidades de concurso de otra persona (que se regulaban también en el RD 1971/1999).

⁵⁹ Esta equiparación o «pasarela» ya aparecía en otros sectores del ordenamiento como el RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

A su vez, la baremación de la dependencia sirve fundamentalmente para su propia finalidad, pero como señala la DA 2.^a de este Decreto, «La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración Pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona».

No hay equivalencias legales, en contraste con lo anteriormente expuesto, ni a la certificación de minusvalía ni a la sentencia judicial de incapacitación.

Con independencia del establecimiento legal de equivalencias, y como muestra de estas interrelaciones legislativas, es previsible que la puesta en marcha de la Ley 39/2006 actúe como incentivo para instar incapacitaciones, al posibilitar una legitimación activa clara a quien se considere representante legal. En efecto, la Ley sólo contempla al propio interesado —«persona que pueda estar afectado por algún grado de dependencia»— o a quien «ostente su representación», como posibles iniciadores del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema (art. 28.1). Ciertamente se habla sólo de «representación», para acoger tanto la legal como la voluntaria, pero cabe forzar el concepto para incluir la representación que, de alguna forma, tiene el guardador de hecho. Ésta es la línea que de momento están siguiendo los formularios de solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, otorgando legitimación activa al guardador de hecho, siempre que actúe «bajo su responsabilidad»⁶⁰.

A su vez, y como ejemplo de interacción de las normas, el hecho de que en el diseño del sistema de copago no se tengan en cuenta los posibles patrimonios protegidos, hace que las buenas intenciones de la Ley 39/2006 no hayan neutralizado las de la Ley 41/2003. Qué duda cabe que la solución contraria hubiera sido el golpe de muerte para un recurso hasta ahora no suficientemente utilizado.

3.2 EL VALOR DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN FUERA DEL DERECHO CIVIL

Acabamos de ver la proyección que las calificaciones administrativas de minusvalía, incapacidad laboral y dependencia tienen en

⁶⁰ Se contempla al guardador de hecho en la solicitud prevista en <http://www.seg-social.es/imserso/dependencia/solisaadceml.pdf> y el modelo de declaración en <http://www.seg-social.es/imserso/dependencia/guardadorsaadceml.pdf>.

distintos sectores, no sólo del Derecho público, sino del Derecho privado y señaladamente del Derecho civil.

Procede preguntarse ahora si, en dirección opuesta, la sentencia de incapacitación tiene alguna utilidad en el ámbito del Derecho público, entendido en sentido amplio.

A efectos fiscales y de Seguridad social, acabamos de ver que equivale a la calificación de minusvalía (o discapacidad) en un grado del 65 por 100.

Según la opinión mantenida *supra*, «la resolución judicial firme» a la que se refiere el artículo 2.3 de la Ley 41/2003, puede entenderse inclusiva de la sentencia de incapacitación, para entender que el incapacitado judicialmente es «persona con discapacidad», eso sí «a efectos de esta Ley».

Al margen de la valoración, el juez que incapacita se puede pronunciar sobre un derecho público eminentemente público como es el derecho de sufragio, como hemos visto anteriormente.

No tiene, sin embargo, relevancia para la apreciación de la responsabilidad penal, pues como ha dicho en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, la circunstancia de que el responsable penal haya sido incapacitado civilmente por sentencia no determina ni condiciona la apreciación de eximentes o circunstancias modificativas que limiten su responsabilidad por anomalía o alteración psíquica (STS, Sala 2.^a, de 7 de abril de 2005, entre otras).

4. EN TORNO A LA FORMULACIÓN DE UN ESTATUTO

La descripción del régimen normativo y de las interrelaciones que en él se detectan, pone de manifiesto que, de una parte, el peso de la certificación de minusvalía hace que si no todo el sistema de valoración de la (dis)capacidad, sí una decisiva parte, acabe dependiendo de una disposición reglamentaria, como es el RD 1971/1999. La calificación administrativa de minusvalía se convierte en centro de gravedad porque es el punto de conexión en muchos casos; tanto es así que incluso penetra en el ámbito privado mediante el concepto de persona con discapacidad utilizado por la Ley 41/2003. Pero de otra parte, y especialmente a partir de 2007, la declaración judicial de incapacitación va adquiriendo un peso específico creciente, al ser equiparada en una importante medida a la de minusvalía (discapacidad) grave.

Cabe observar también que en todos los casos, la valoración de la capacidad no se hace aisladamente, a la luz de la enfermedad o deficiencia, sino siempre en la medida que ésta influya en el gobier-

no de sí mismo (incapacitación), en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión (imputabilidad penal y civil), en la apreciación de la entidad del hecho a autorizar y sus consecuencias (juicio sobre la validez del acto por defecto de capacidad, autorización del documento público notarial, o de la intervención médica), en el efecto que las deficiencias tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria (minusvalía), o en su capacidad para el desempeño de su profesión habitual o para cualquier tipo de trabajo (incapacidad laboral, según los tipos), o en la medida que les hagan depender de apoyos de terceros y de cara precisamente a diseñar de modo ajustado dicho plan de apoyo (dependencia).

El modo y forma en que se realiza tal valoración depende de muchos factores, pero en gran medida, de las consecuencias que de la misma se deriven. En muchos de los casos, hemos visto que, a enfermedad o deficiencia permanente o previsiblemente permanente, corresponden respuestas que tienen ese mismo carácter (incapacitación, dependencia, minusvalía). En otras ocasiones, se valoran además, situaciones transitorias o puntuales, dando relevancia jurídica, v.gr. a circunstancias transitorias de pérdida de conciencia; la respuesta es, cierto sentido también puntual (anulación del acto, autorización de determinada intervención), si bien, por supuesto, puede desplegar sus efectos en el tiempo (claros en una intervención médica y más aún en una sentencia penal que determine medidas de seguridad en lugar de una pena de prisión ordinaria, por ejemplo).

En conexión con esto, la labor de algunos de los operadores jurídicos a los que hemos aludido es de construcción de un régimen: el del *traje a medida* que ha de constituir la incapacitación acompañado de la guarda estable que se le asigne⁶¹, el plan individualizado de actuación en el ámbito de la dependencia, etc.

En esta labor *constructiva* en el ámbito de la Administración, y en concreto a estos efectos, los encargados de la valoración son equipos expertos y generalmente con un grado de implicación personal encomiable. Lo mismo puede decirse, en cuanto al compromiso personal, de muchos de los jueces civiles encargados de los procesos de modificación de la capacidad de obrar, a lo que hay que añadir que cada vez son más los Juzgados especializados en estos procesos, pero la diferencia es que siguen sin disponer de

⁶¹ La expresión aparece en la citada STS de 29 de abril de 2009, si bien, como se verá en futuros comentarios a esta importantísima sentencia, con una diferente concepción de su significado por parte del Ministerio Fiscal y por parte de la Sala I.^a

todos los medios humanos y técnicos que serían óptimos para esta importantísima labor.

Al margen de este concreto proceso, jueces, notarios, e incluso médicos, han de valorar, como hemos ido viendo, la capacidad en ámbitos de suma importancia, sin estos equipos especializados de apoyo. La respuesta fácil pasa por culpar a la escasez presupuestaria. Pero mientras la situación económica no cambie –y en el momento en que estas líneas son escritas no parece que vaya a hacerlo a corto plazo– quizá la vía adecuada sería la de optimización de recursos, a través de la implementación de cauces unificados; en concreto, sería deseable estudiar y trabajar en el dictamen pericial único polivalente. Una calificación en la que intervinieran diferentes profesionales, susceptible de ser alegada en las diferentes instancias y a distintos efectos. Si la persona es una, sus circunstancias, por variadas que sean, tienen un único centro de imputación: la persona individualizada. Si sobre esta base de unidad del sujeto, se caminara hacia un dictamen único polivalente –evidentemente, revisable periódicamente– se economizarían recursos económicos y humanos, y sobre todo, y principalmente, se ahorraría a la persona con discapacidad y a sus familiares gran parte del coste personal que supone el sometimiento a todos los procedimientos previstos.

La cuestión con la que se iniciaban estas líneas, la necesidad de diseño de un estatuto de la persona con discapacidad, es causa y consecuencia de lo que acabo de decir. En la medida en la que se unifiquen y coordinen los procedimientos, el diseño de este estatuto, al servicio de la persona será más fácil y productivo.

Los cimientos de este estatuto ya están puestos con la Convención de Naciones Unidas, y puede que no sea necesario diseñar o formular una norma específica (paralela a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), tanto por la posibilidad de aplicación directa de aquélla, cuanto por el deseo de exclusión de todo atisbo de segregación. Pero la opción por la no formulación expresa de dicho estatuto no disculpa al Legislador de la tarea de construcción de un estatuto real, *de facto*, que no es otro que el que viene dado por una normativa clara y coherente. Y en esta labor, la unificación, coordinación, y en la medida de lo posible, la reducción de procedimientos de valoración de la capacidad, constituyen tareas ineludibles.