



LA RESPUESTA DEL DERECHO ANTE LAS NECESIDADES DE LOS CIL (BORDERLINE).

En general podemos considerar CIL (persona con Capacidad Intelectual Límite) al individuo que presenta un coeficiente intelectual inferior al normal (entre el 70 y el 85%) y que además presenta dificultades en la conducta adaptativa que no impiden un buen grado de autonomía en las actividades de la vida diaria y que conviven con una buena capacidad (desarrollada o no) de autogobierno, siempre y cuando estas dificultades se manifiesten antes de los 18 años.

Quede claro que no se trata de discapaces sino de personas con capacidad intelectual, pero con un obstáculo o barrera que le dificultan su plena participación en la vida social. De hecho, más que una patología concreta, son personas que experimentan todo un itinerario vital que tiene una evolución sintomática típica. No deja de ser discutible que se les encuadre en el ámbito de la discapacidad.

Siempre ha existido alguna norma jurídica que hacía referencia, directa o indirecta, a las personas que tenían una deficiencia o enfermedad mental.

Prescindiendo de otros derechos precedentes del nuestro, en Derecho Romano el *Ius Civile* recogía la figura de la insania para referirse a dichas personas y que, por tanto, no podían prestar consentimiento. Así se regula la curatela, institución por la cual pretendía proteger el patrimonio de la persona afectada, fundamentalmente a través de la “*cura furiosi*”, para los locos y la “*cura prodigi*” para los pródigos (pródigo es el que dilapida su patrimonio). Fue una preocupación ya plasmada en las XII tablas (uno de los textos más antiguos del Derecho Romano), pero constreñida al ámbito patrimonial, inicialmente limitada sólo a la cooperación del curador para un acto o causa concreto. Según el aforismo romano: “*tutor datur personae, curator rei*” (la tutela se da para la persona, el curador para la cosa), lo cual revela de su carácter (el de la curatela) más específico y, sobre todo, de su fundamento que nada tenía que ver con las necesidades humanas de la persona con discapacidad.



La evolución moderna hace que hoy se distingan dos fundamentales en la que se divide el derecho: el privado y el público. El primero tiene por objeto la regulación de las relaciones entre personas en condiciones de igualdad jurídica, es decir, desprovistos de poderes exorbitantes (como el que corresponde al Estado), aquí se incluyen el derecho civil, el mercantil, el laboral, el hipotecario y el internacional privado; mientras que el derecho público, regula las relaciones en las que interviene un sujeto con tales poderes como, por ejemplo, una Administración municipal, un Parlamento o un Tribunal, y por lo general se dice que este derecho vela por un interés general (frente al privado, que en teoría se encauza más hacia un interés particular y a la pacífica convivencia). Pertenecen a esta clase el derecho político o constitucional, el administrativo, el penal, el de la Seguridad Social, el tributario y el procesal.

Pues bien, en la medida en que el derecho civil, como derecho matriz, originario y supletorio de todo el derecho privado regulaba la validez de los contratos (entre ellos, el consentimiento), también se hizo cargo de la capacidad de las personas para emitir declaraciones de voluntad. Por eso también recogió la escuálida normativa que afectaba a las personas que no podían hacer tales declaraciones (los que tienen alguna discapacidad intelectual). Así el Corpus Iuris Civile, pero también los códigos civiles decimonónicos contenían disposiciones que limitaban la capacidad de locos y dementes para celebrar ciertos actos (contratos, testamentos,...). De paso, y casi por añadidura histórica, reguló cómo habían de protegerse los intereses de las personas con discapacidad, a través de las figuras heredadas del derecho Romano, como es el caso de la tutela en Derecho Español (la cual estuvo reservada en Roma a las mujeres y a los menores) y de la curatela.

Este encuadramiento en la rama del derecho privado ha tenido, a mi juicio, un efecto determinante sobre el tipo de regulación que le ha correspondido. Lo único que ha interesado al derecho privado es:



1. ¿Cómo conservar el patrimonio de las personas que no puede protegerlo por sí mismas?
2. ¿Cuándo puede una persona prestar válidamente su consentimiento?
3. ¿Quién formula la voluntad de los que no pueden hacerlo por sí?

Son preguntas importantes, pero no pueden considerarse las únicas que afectan a un CIL.

La primera llevó a la segunda, es decir, la necesidad de proteger ese patrimonio implica establecer un sistema de impugnación de actos celebrados por personas que tuvieran alguna alteración mental. La respuesta ha sufrido una evolución importante, inicialmente parecía existir sólo el problema de que no era justo o razonable que una persona con alguna alteración mental prestase su consentimiento a un contrato (quizás porque perjudicaría el patrimonio de la familia, que era el verdadero interés a proteger). Por eso en el Derecho Romano, un tipo de derecho cuya formación fue de tipo jurisprudencial y casuístico, existió la “*restitutio in integrum*” (figura de la que procede la moderna anulabilidad) era un acto del pretor en ejercicio de su imperium, tras ponderación particularizada de las circunstancias del caso. Se presentaba, por tanto, como remedio procesal (no norma sustantiva general y abstracta); carácter que se mantiene en el medievo. De ser el ejercicio de un imperium (como apreciación del Pretor de los que es bueno y equitativo) pasa a ser norma general: cualquier negocio jurídico celebrado por persona sin capacidad es, de alguna forma, impugnabile.

Es razonable pensar que una persona que no tiene capacidad para decidir sobre las cuestiones propias, no puede contratar y por tanto serán nulos o anulables los contratos que realice. Por eso se evolucionó desde un acto protector y especial del Pretor, a una norma general en derecho. Sin embargo esta generalización tiene un evidente efecto regresivo de la personalidad. La respuesta del derecho a los actos de disposición de una persona con alguna limitación psíquica sobre, por ejemplo la vivienda propia, es lógico que sea la ineficacia. Pero no lo es tanto para cualesquiera otros. ¿Por qué no podrá realizar pequeños actos de gestión de la vida diaria? ¿Acaso el gasto diario de la



compra no podría ser de su propia decisión? Si el Derecho debe propender a la integración en la vida social, también debe establecer una normativa apropiada a esta integración. Existe un importante efecto educador en el control que cada uno hace de su presupuesto. Ese control es parte de nuestra libertad y dignidad.

La incapacitación ha llegado a convertirse en una suerte de premonición que por su propia naturaleza se cumple a sí misma. Si una persona tiene capacidad para decidir sobre sí, pero se ve afectado por alguna deficiencia que implica la necesidad de apoyos para poder lograr una situación equivalente a los demás congéneres, la incapacitación evitará que asuma sus propias responsabilidades, le distanciará de los que son supuestamente capaces, pasará a un estado de inhabilidad para decidir, no evolucionará para la integración, sino que se verá apartado a un centro especial que no le compele a luchar y trabajar. No tendrá ese estímulo tan simple pero efectivo que es el de mejorar su calidad de vida por medio del trabajo. Ese camino es incapacitante y su origen está en el propio derecho.

Por ello, la tendencia normativa es alejarse del concepto de incapacitación y permitir que cierta regulación que es típica de las discapacidades se aplique sin necesidad de la, a veces temida, sentencia de incapacitación. Claro ejemplo de ello son la regulación del *amministratore di sostengo* en Italia (que luego explicitaré) y la Ley 41/2003 en su regulación de los patrimonios protegidos que permite constituir este tipo de patrimonios a favor de personas no incapacitadas.

También ha habido una evolución en el derecho en cuanto al concepto de capacidad, habida consideración de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera nos indica quién puede ser titular de un derecho (por ejemplo, el *ius connubi*, es decir el derecho a contraer matrimonio, que corresponde a toda persona), la segunda nos dice si la persona tiene reconocido en derecho un nivel de madurez y autonomía suficiente para que sus declaraciones de voluntad tengan eficacia jurídica (por ejemplo, la capacidad para poder decir que se quiere contraer matrimonio, que en España tiene lugar a partir de los 16 años). Antiguamente las personas con discapacidad



simplemente carecían de ciertos derechos (revelador de la culpabilidad que se les atribuía desde su nacimiento). Está en la Biblia, según el Levítico los que tienen defectos corporales no pueden hacer ofrendas porque ofenden a Dios (Lv. 21/17).

Hoy es generalmente admitido que la capacidad jurídica no se ve alterada por ningún fenómeno (tan sólo se extingue por la muerte), es la capacidad de obrar la que va cambiando según la persona a lo largo de su vida. (Hubo un tiempo en el que una sanción aplicable a delitos muy graves era la muerte civil, la interdicción, que no era otra cosa que la privación de la capacidad jurídica de la persona). La cuestión no es del todo clara porque evidentemente es un derecho en sí el reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad y si, aunque sea con una finalidad tuitiva, no se reputa válida la declaración de voluntad hecha por una persona con discapacidad, es que no tiene tal derecho. Pero además no habrá la posibilidad de ejercitar ciertos derechos porque no se puede hacer válidamente la declaración de voluntad que son su presupuesto, como pueda ser el de contraer matrimonio, el de testar, el de otorgar unas instrucciones previas a tratamientos médicos,...

De hecho la finalidad de la convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad es promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Claramente, son titulares de todos estos derechos y deben ser los poderes públicos los encargados de facilitar la igualdad en su ejercicio. Y, aún más claro, el artículo 12 dice que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y a su capacidad de obrar.

La tercera cuestión, en realidad, no pertenece al Derecho Romano, no llegó a plantearse: si una persona no puede en absoluto contratar, nadie podía asumir su representación sencillamente porque esta figura, la de la representación, no existió en Roma. Ese individuo debería sobrevivir como pudiera, pero sus bienes no son negociables, no podrá contratar un cuidador y nadie podrá contratar en su nombre.



La situación es evidentemente denigrante para la persona con discapacidad.

Hoy en día se ha generalizado en el derecho el uso de la figura de la representación para proteger la persona y bienes, ya sea bajo la denominación de la tutela (en el caso de España) o de curatela (otros países). Se dice que la representación legal se caracteriza porque se constituye por disposición legal, con un contenido más o menos típico, en ningún caso disponible por el representado, dándose la circunstancia de que el representante no es elegido por el representado, y está en muchas ocasiones originado por el hecho de verse afectado por una alteración de su capacidad de obrar (menores, incapacidades, ausencia), estos son aspectos que la diferencia de la representación llamada voluntaria que surge de un documento llamado poder, sometido al principio de la autonomía de la voluntad.

Recientemente en España (Ley 41/2003) se ha incorporado la posibilidad de que una persona, previendo su futura discapacidad, otorgue un poder que faculte a otra persona para actuar en su nombre (este recurso estaba vetada por el artículo 1732 del Código Civil). De esta forma, acudiendo a una figura propiamente negocial (representación voluntaria) se soluciona un problema que siempre había estado regulado en sede de representación legal. Es interesante ver cómo las instituciones a veces tienen que comunicarse y difuminarse para dar una respuesta adecuada a una necesidad social.

La representación legal consiguió que el cuidador pudiera tomar decisiones sobre la persona y bienes del que no puede hacerlo por sí. Eso fue un avance. Pero tuvo algunas consecuencias negativas:

A) De un lado las posibles dilaciones y costes asociados a unos requisitos reglamentarios. Por ejemplo, para ciertos actos es preciso que el tutor recabe la autorización judicial (Art. 271 del Código Civil) pero, además la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la venta de inmuebles la necesidad de que se efectúa por medio de pública subasta (con el consiguiente malbaratamiento del bien). Este requisito, afortunadamente, ha sido con frecuencia inaplicado acudiendo quizás al aforismo *summum ius summa iuria*.



Cualquier control judicial o administrativo, por muy razonable que sea, es una incomodidad y, a veces, un gasto.

B) De otro, si una persona es representada de forma forzosa por otra, pierde la autonomía de su voluntad, pierde el reconocimiento jurídico de su personalidad (en el sentido de los actos que proceden de su propia personalidad), tendrá cercenado el camino que supone la educación de la vida real. No puede ahorrar, ni invertir, ni regalar, ni decidir nada sobre su vida. Además, no tendrá la posibilidad de trabajar porque no puede competir en el mercado laboral y, aunque trabaje, ¿para qué?, el no podrá disponer de su dinero, porque carece de autonomía y de libertad. La solución no es nada buena para promover la capacidad y francamente regresiva para las personas que tienen capacidad intelectual pero no plena. Y esto es así porque nadie nace sabiendo, nuestras habilidades sociales son fruto de un lento aprendizaje que ha tenido lugar a través de un procedimiento casi inconsciente, con etapas reconocibles y dentro de un proceso psicológico estudiado. Los CIL han perdido el tren educativo de la formación académica, fueron repetidores, marginados, inadaptados. Llegada la madurez, bajo un inflexible prejuicio paternalista-protector, no se les promueve para que se autogobiernen, expresando ayudas ocasionales a medida, sino que se ven avocados a un camino que les separa cada vez más del libre desarrollo de la personalidad. Se les ha adjudicado la etiqueta de irresponsables y, por ello, no pueden plantearse un rol social de este en el que quedan anclados.

C) Por último, el fenómeno de la representación funciona bien en el tráfico patrimonial siempre que tenga por finalidad establecer la conveniencia y oportunidad de un acto dispositivo o de administración y negociar las condiciones. Existe una fácil sustituibilidad en la formación de la voluntad y un sencillo control posterior del acto. Son actos que, pese a depender de la voluntad y estar vinculado a motivaciones a veces íntimas, tienen parámetros generalmente acotados. Quiere decirse que es sencillo saber si es oportuno comprar una casa (o venderla) y por qué precio con arreglo a ciertos datos que podrían explicarse a un juez. Eso no ocurre con la importantísima esfera no patrimonial de la persona. Si alguien carece de capacidad, tiene un tutor y quiere casarse.



¿Qué hace? La respuesta del derecho es que no puede, aunque esa persona sentada ante cualquier otra sea capaz de convencerle de que su decisión es madura y respetable desde una perspectiva humana. Tradicionalmente las sentencias de incapacitación española impedían el ejercicio del derecho de sufragio en los incapacitados. ¿Por qué una persona así no puede votar? ¿Estamos seguros que su voto es menos respetable que el del resto de los ciudadanos? La cuestión se puede complicar más. ¿Puede una persona con cierta discapacidad intelectual decidir tener relaciones sexuales con otra persona? ¿Y cohabitar? ¿Quién podría decir que una relación de pareja en la que una o las dos tienen alguna limitación intelectual es reprochable? ¿Cómo puede un representante decidir sobre estas cuestiones?

En cierto modo este problema le ha estallado en la mano al Derecho Español. La teoría tradicional entendía que había ciertos actos que son personalísimos, tan vinculados con la personalidad que no eran susceptibles de representación. Por eso no cabía que los incapacitados contrajeran matrimonio de ningún modo, ni siquiera cuando el representante lo juzgara adecuado. El tema se planteó en el momento de la crisis matrimonial, es decir, una pareja que se casó en estado de plena capacidad de obrar siendo luego la esposa incapacitada por causa sobrevenida. Resultó que el marido incumplió sus deberes matrimoniales y parecía todas luces que la esposa, de poder hacerlo, se habría divorciado. Siendo la demanda de divorcio uno de estos actos personalísimos, no podía, ni ella ni su tutor, promover el divorcio. Tuvo el Tribunal Supremo que rectificar esta teoría y admitir la legitimación del tutor para interponer la demanda de divorcio sobre una cuestión tan individual, después de que éste fuera el criterio del Tribunal Constitucional en Sentencia 311/2000. Hoy es la postura generalmente admitida (por ejemplo SAP Alava, sec. 1ª, de 24-11-2006).

En los últimos tiempos, el derecho privado ha ido haciéndose cada vez más público, existiendo una evidente comunicación de conceptos. De esta forma, la tutela y la curatela se ejercen bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (institución que pertenece al derecho público), bajo un estricto régimen. Así es necesaria la autorización judicial para ciertos actos y en



general se ha pasado de la llamada tutela de familia (era un consejo de familia el que decidía los asuntos concernientes a los sometidos a tutela) a la tutela de autoridad (hay una importante actividad jurisdiccional en el desenvolvimiento de las tutelas). Este fue el *leit motiv* de la modificación del Código Civil del año 1984 y posteriores. Por último, la regulación de la incapacitación (procedimiento judicial por el cual se somete a una persona a este régimen de protección) ha pasado de la pieza fundamental del derecho privado (Código Civil) a estar regulado en una norma puramente procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil).

La protección de estas personas es algo que se deja cada vez menos al arbitrio de los particulares. Con mayor o menor acierto, la normativa va cayendo en el concepto de interés público, con lo que son los propios entes públicos los que asumen competencias en esta materia.¹

Esta regulación, sin embargo, es absolutamente independiente del concepto de *border-line*. Quiere decirse que si un *border-line* dilapida su dinero, podrán sus parientes más próximos solicitar la declaración de prodigalidad, o si padece alguna enfermedad persistente de las que le inhabilitan para administrar sus bienes podrá constituirse una tutela, una curatela, designarse un defensor judicial o prorrogar la patria potestad de sus padres, pero todo ello prescindiendo del grado de discapacidad que le corresponda. Sin duda, las normas de la discapacidad del derecho civil no están pensadas para los *border-line*, pero tampoco excluyen su aplicación a estos casos. Si entendemos por *border-line* a la persona con un grado de discapacidad intelectual inferior al 33% (pero superior al 15 ó al que quiera designar), no estará protegido por el derecho público porque no tiene el grado de

¹ Otro ejemplo de esta asunción de competencias es el Derecho Internacional Privado que reconoce que el derecho a aplicar en un caso de abandono de persona necesitada no es el de la nacionalidad del desamparado, sino directamente el Derecho Español para, de esta forma, el Estado protector poder aplicar siempre su derecho propio cuando aprecie necesidad vital. Así pasó también a Código Civil en su Art. 9.6.

Incluso se ha manifestado esta tendencia en el fenómeno desvertebrador español, cuando, en la pugna por las competencias Estado-Comunidades Autónomas, éstas han asumido la referida a la asistencia social (Art. 149.1.22 de la Constitución). De hecho, no habiendo una clara distribución en esta materia, existen posibles conflictos de competencia sobre lo que incumbe a una u otra Administración. Trasunto de ello es que la reciente Ley de Autonomía Personal se haya dictado al amparo del fundamento constitucional del artículo 149.1.1 (“condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”), eludiendo la polémica sobre el aspecto competencial de la protección de las personas con discapacidad.



discapacidad que exige la norma administrativa, pero desde el punto de vista civil, podría ser incapacitado, declarado pródigo, sometido a las consecuencias derivadas del abandono o incluso podrían impugnarse los actos jurídicos que realizara por falta o vicio en el consentimiento porque ninguna norma civil (a excepción de la Ley 41/2003 de patrimonios protegidos) cuantifica el porcentaje de discapacidad. Con esto no quiero decir que sea los CIL sean personas susceptibles de una incapacitación, de hecho, no suelen cumplir el requisito establecido en el Código Civil. Además, afortunadamente y quizás gracias a la labor de algunos fiscales comprometidos con la causa de la discapacidad², se está poco a poco abandonando la práctica de incapacitar sistemáticamente y de modo pleno al demandado de incapacidad. De hecho hay ya Sentencias que, interpuesto el recurso correspondiente, o bien atenúan la incapacitación (Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja 81/2003) o la revocan totalmente al entender que la incapacitación no es la forma de proteger los intereses de las personas con alguna alteración intelectual.

En el Derecho Italiano es destacable la aparición de la figura conocida con el nombre de “amministratore di sostegno” (administrador de apoyo) fruto de la Ley número 6 de 9 de enero de 2004, y que ha recibido el refrendo constitucional por la Sentencia de 9 de diciembre de 2005 de la Corte Costituzionale. Su misión es la de realizar intervenciones de apoyo temporal o permanente, de tal forma que, como dice el artículo 409 del Código Civil Italiano, tras la modificación operada por esta Ley:

“El beneficiario conservará la capacidad de actuar en todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.

El beneficiario de la administración de apoyo podrá, en cualquier caso, hacer todo lo necesario para satisfacer las necesidades de su vida diaria.”

Por otro lado, el derecho público ha iniciado una andadura que, en el caso español, debería haber desarrollado el mandato contenido en el artículo 49¹ de la Constitución

² Es imperativa la mención de las publicaciones de Cristóbal FÁBREGAS o de Fernando SANTOS URBANEJA.



(aunque no hay que olvidar los artículos 14 y 19, principios de no discriminación y libertad, igualdad y plena participación en la vida social, respectivamente).

Se trata de una materia multidisciplinar en la que hay leyes de muy diversa índole. Así, percepción de pensiones de la Seguridad Social, promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, eliminación de barreras arquitectónicas, reserva de cuota de trabajadores con discapacidad, beneficios fiscales, normas de urbanismo. Resultaría muy difícil si quiera enumerarlas. Pero lo cierto es que no hay normas de derecho público destinadas a proteger a aquellas personas que respondan al perfil de un CIL.

Sólo recientemente, merced al fenómeno asociativo, por parte de ciertas Comunidades Autónomas, se ha incorporado alguna disposición que facilita el acceso de los CIL a puestos de la administración³. Se trata de incorporar el concepto de responsabilidad social en los entes públicos. El principio de libre concurso de mérito y capacidad es muy adecuado y justo, pero prescinde de la función social que debe tener la Administración no sólo en su actividad sino en su papel de empleador. Las experiencias que ha habido para facilitar la integración de los CIL en puestos de trabajo cuando se realizan con arreglo a un planteamiento profesional (intervención de técnicos en integración laboral, tutor natural, programas...) han sido muy satisfactorias⁴. Todavía se necesita estudiar la cuestión y los protocolos de actuación con más detenimiento.

PROPUESTAS CONCRETAS

El ordenamiento jurídico debe contemplar una serie de modificaciones para atender a este estado de las circunstancias.

³ Claro ejemplo es el Artículo 23 del IV convenio colectivo de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalidad. DOGC 2836 (de 8 de enero de 1999). Y la Propuesta de acuerdo del gobierno de la Generalidad de Cataluña por el cual se aprueba la oferta de ocupación pública para el año 2005, de 31 plazas del grupo y categoría E ayudante de oficio servicios generales, para personal laboral fijo, del Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas, APROBADO en la sesión del Gobierno del día 8 de febrero de 2005.

⁴ Así el interesantísimo estudio “Normalidad y Límite” de Manuel DELGADO y Carlota GALLÉN (Editado por la Fundación Æquitas y la Asociación Catalana Nabiu, Madrid 2006).



EVITAR LOS ABUSOS

En primer lugar debe evitarse que personas CIL queden a merced de cualquier impremeditación o de un desaprensivo. Nadie duda, hoy por hoy, que una persona CIL podrá acudir a una Entidad de Crédito y obtener un préstamo, también que le concedan una tarjeta de crédito o contratar la compra de un vehículo. Además podría comparecer ante Notario y vender su casa, otorgar un poder o hipotecar sus bienes, y si el fedatario, en ejercicio de su cargo, no aprecia capacidad suficiente en el otorgante, fácil será que acuda alguno de los restantes 3.000 que hay en España.

Por ello, buena parte de los hoy considerados CIL, pueden considerarse en peligro, máxime cuando, con frecuencia, no existe ningún signo aparente que ponga de manifiesto una limitación intelectual.

Las nuevas tecnologías nos brindan la posibilidad de acceder a bases de datos de modo inmediato y con plenas garantías de integridad. Quizás haya llegado el momento en que toda persona que vaya a contratar con ciertos empresarios, tenga que ser examinado en cuanto a su capacidad en un registro “on line”. Así también en toda intervención de un notario.

En realidad no es nueva ni la existencia de un registro que recoja alteraciones de la capacidad, ni la rutina de examinar los registros antes de autorizar un documento.

No lo es lo primero porque en España disponemos de varios registros en los que deberían anotarse las discapacidades, concretamente: El Registro Civil, el de la Propiedad y el Mercantil. Cuando una persona es incapacitada (es decir, sólo cuando **judicialmente** se ha establecido la incapacidad de la persona para gobernarse por sí misma), el tribunal envía una comunicación (oficio) al Registro Civil para que por medio de nota marginal, al margen de la inscripción de nacimiento se indique este hecho. Además existe una sección en el Registro Civil (la cuarta) donde se hacen constar las representaciones de correspondan, por ejemplo, a tutores. Si la persona incapacitada tiene bienes inmuebles o es comerciante, se puede igualmente inscribir en el Registro de la Propiedad o en



el Mercantil, respectivamente. Lo que ocurre es que el Registro Civil no suele consultarse cuando se va a contratar con una persona, y los fedatarios no tienen obligación de hacerlo. Hacerlo hoy en día puede ser bastante engorroso y perjudica la indispensable celeridad del tráfico jurídico.

Uno de los principales defectos del Registro Civil español es la insuficiente informatización que debió empezarse en 1999 y no ha concluido. Recientemente, la Orden JUS/1468/2007, de 17 de mayo, sobre impulso a la informatización de los registros civiles y digitalización de sus archivos, pretende mejorar este proceso. Otro defecto es la desvinculación que presentan con el Documento Nacional de Identidad u otros equivalentes como el Permiso de Residencia. Sólo las inscripciones más recientes están debidamente informatizadas, eso quiere decir que una incapacitación que tenga lugar hoy se indicará en el folio que ya existía abierto al nacimiento por lo que, de ordinario, tampoco quedará informatizado. El Registro Civil está ordenado de forma que depende de los Juzgados de Primera Instancia de cada municipio, si existe tal, de no existir, se encuentra a cargo del Juez de Paz, en estos casos, lo normal es encontrarlo en el mismo Ayuntamiento. Muchos de ellos carecen de medios técnicos adecuados. En conclusión, resulta hoy por hoy, imposible volcar los datos procedentes de los Registros Civiles Municipales en una base de datos única que contenga las incapacitaciones (aunque puede que algún día futuro se lleve a cabo). También resulta impracticable que cada Registro Civil publique “on line” tales datos porque no están los asientos informatizados y porque carecen de medios. Además sería muy costoso y complejo asegurar que cada uno de los Registros Civiles de España (al menos, uno por municipio) pueda realizar tal mejora.

Por otro lado, existe el problema de los nacidos en el extranjero que, si son españoles, se inscriben en el Registro Consular correspondiente y en el Registro Civil Central.

Existe una solución que creo que no ha sido suficientemente examinada. Podrían activarse una nueva funcionalidad del Registro Civil Central que consistiese en que todos los procedimientos o documentos que constaten la existencia de un CIL se comuniquen a este Registro (eso sí, con los datos personales que suelen utilizarse: DNI, Número



de Identificación de Extranjero, pasaporte,...). Basta un solo ordenador central que publique on-line esta información.

La consulta informatizada previa a la contratación es habitual en la actualidad, tanto en las notarías (examen del archivo de poderes revocados, de la situación registral de la finca, del Registro Mercantil) como en las entidades de crédito (consultas al Banco de España sobre importes de crédito). No implicaría un gran cambio ni esfuerzo que se estableciera en la rutina este requisito previo de calidad.

NO INCAPACITAR

Examinada la cognoscibilidad general de la situación CIL, se hace imprescindible dilucidar cual sea el documento jurídico que ha de reconocer la existencia de una capacidad límite y cuáles sean sus efectos. Dicho de otro modo, qué es lo que debe publicarse en el Registro.

A fin de proteger adecuadamente a los CIL debe acudir a un nuevo concepto que no incapacite, que sea ágil, pero que impida los abusos sobre estas personas.

Propongo la creación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que finalice con una sentencia (o el tipo de resolución que la técnica procesal aconseje) cuyo objeto sea el de constatar la situación CIL o la iniciación de este procedimiento: el estado civil de apoyo a la voluntad.

Podría establecerse una dualidad de procedimientos según prefiera el interesado, tal y como se regulan algunos actos de jurisdicción voluntaria en el actual proyecto de ley: vía judicial y vía notarial.

El primero podría tener una regulación que consistiera en la simple remisión a la normativa sobre la incapacitación. Con la particularidad de que por la simple admisión a trámite el tribunal debería enviar una comunicación preventiva al Registro Civil Central que tenga un plazo automático de caducidad para el caso de que la resolución definitiva del procedimiento no llegue a producirse en un período de tiempo razonable

Y el segundo por la vía extrajudicial, mediante una simple declaración de voluntad otorgado por el propio CIL en la que él mismo declare que quiere poner de manifiesto la



limitación a su capacidad, de modo que quede sometido al régimen que él mismo establezca.

Ahora bien, en esta regulación hay que evitar que ciertos intereses espurios sean amparados por el derecho. Podría ocurrir que algún pariente quiera conocer (o evitar) todos los actos de administración o disposición de otro al que se someta a una inapropiada presión o coacción. Este tipo de comportamiento ocurre, a día de hoy y por desgracia, a veces con las personas mayores.

Por ello, si una persona CIL queda sometido al régimen de apoyo a la voluntad, debería poder realizar todos los actos de la vida civil sin necesidad de que consienta ni se entere de ellos una persona determinada, bastaría con que hubiere motivos suficientes para entender que la decisión de dicha persona es “razonable” o “cabal”.

Los medios para apreciar esta condición del acto concreto deben ser diversos y alternativos y los describiría la normativa que establece el régimen de la persona con apoyo a la voluntad. Por ejemplo:

- Cuando concorra el consentimiento de la persona designada para ello.
- Cuando lo consientan dos parientes próximos que no tengan interés alguno en el acto de que se trate.
- Cuando informe favorablemente el fiscal competente o de otras autoridades (abogados del estado, asistente social, juez de paz,...)
- Cuando un notario, previo expediente, de fe de que a su juicio el acto es razonable o cabal.
- Los realizados al amparo de autorización judicial.

Dicho de otro modo, si una persona espontáneamente manifiesta ante un notario que desea que en el futuro para pedir un préstamo, o para extraer de su cuenta cantidades superiores a una cierta cantidad, o para vender su casa, quiere que no sea válido si no es con alguno cualquiera de los requisitos antes indicados, ¿acaso no debe el Derecho amparar esta declaración?



OTRAS NORMAS

Todo ello debe ir acompañado de un conjunto de normas que hagan que el derecho reaccione ante abusos.

En el Código Penal:

- Debería tipificarse el ejercicio de cualquier actividad que suponga la tentativa (o colaboración) en la incapacitación o en la alteración del estado civil en otra persona falseando datos relativos a sus circunstancias personales.
- La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal no debe ser aplicable a los supuestos en los que el perjudicado sea un discapacitado, una persona con discapacidad o CIL aunque no esté incapacitado.
- Debería tipificarse la captación de la voluntad de personas que la tienen alterada aprovechándose patrimonialmente de sus circunstancias. Se trataría de una pequeña modificación del tipo delictivo hoy existe de estafa que sea algo más amplio de su redacción actual (artículo 248).

En el Código Civil:

- Crear el concepto de: “personas que, en todo o en parte, no esté en condiciones de hacer frente a las necesidades cotidianas” en términos similares a los recogidos en la legislación italiana.
- Permitir que estas personas queden amparadas por una amplitud de estatutos distintos, desde la representación, al simple apoyo o colaboración en la realización de negocios.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil y la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria incorporar las medidas procesales adecuadas.

Considero conveniente que los CIL se vean compelidos a trabajar, es decir, que se abandone la política asistencial y se aplique una política que les haga aspirar a un mejor nivel de



vida económico si hacen el esfuerzo de integrarse en la vida laboral.

Este efecto puede lograrse sólo convergiendo tres sectores normativos:

- Normas fiscales y de Seguridad Social que aseguren que la renta disponible del CIL es superior por el simple hecho de trabajar.
- Normas de reserva de cuota para puestos de trabajo tanto público como privado.
- Normas de contenido presupuestario (o fiscal) que desarrollen una auténtica política de inserción de modo que se subsidien a los técnicos en inserción laboral y demás gastos.

Patricio Monzón Moreno
Notario

Madrid, octubre de 2007.