



100 PREGUNTAS JURÍDICAS DE FAMILIARES SOBRE ENFERMOS MENTALES

Guía jurídica para familiares de enfermos mentales y usuarios

Autor: Asesoría Jurídica Cierzo Gestión SL.
(Grupo Fundación Ramón Rey Ardid)



Edita:

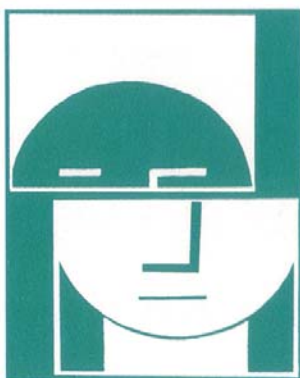


En colaboración con:



100 PREGUNTAS JURÍDICAS DE FAMILIARES SOBRE ENFERMOS MENTALES

Guía jurídica para familiares de enfermos mentales y usuarios



Autor:

Asesoría Jurídica Cierzo Gestión SL.
(Grupo Fundación Ramón Rey Ardid)



Edita:

Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad de Aragón (CERMI-Aragón). Concepción Sáiz de Otero, 10 - 50018 Zaragoza – Tel: 976 106 265 – Fax: 976 106 264 – cermiaragon@cermiaragon.es – www.cermiaragon.es
En colaboración con la **Concejalía de Fomento del Ayuntamiento de Zaragoza.**

Primera edición: Zaragoza, diciembre de 2007.

Edición revisada y actualizada: diciembre de 2008.



Presentación

Los familiares de enfermos mentales es un sector olvidado. La aparición en el seno familiar de esta problemática causa confusión, cuesta reconocer la enfermedad mental del familiar. La aparición de los primeros síntomas conlleva un largo recorrido por los servicios de salud y la aparición de una serie de problemas jurídicos que no se dan en otro tipo de discapacidades: ¿Cómo puedo llevar a la consulta a una persona mayor de edad que se niega a ello?; ¿Cómo puedo controlar sus gastos antes que dilapide su patrimonio?; ¿Cómo lo puedo incapacitar?; ¿Es conveniente hacerlo? ¿Qué es la curatela? etc.

El Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad de Aragón (CERMI-Aragón), en colaboración con el Área de Régimen Interior y de Fomento del Ayuntamiento de Zaragoza, ha querido dar respuesta a estas preguntas y para ello encargó a la Asesoría Jurídica Cierzo Gestión SL., del Grupo Fundación Ramón Rey Ardid, una recopilación de los temas y preguntas más usuales realizadas por los familiares de enfermos mentales en los 14 años que lleva prestando este servicio en Aragón.

Este libro es el resultado de esa recopilación. Las preguntas se han agrupado por temas que se han ordenado en función de las demandas de los familiares.

La primera pregunta más habitual del familiar que acude por primera vez a la asesoría jurídica es ¿Cómo puedo llevar a mi hijo mayor de edad al psiquiatra si se niega a ir?, pregunta para la que no tenemos la respuesta adecuada y que nos ha llevado a empezar este trabajo con el tema del consentimiento e internamientos de enfermos mentales, para continuar con las declaraciones de incapacidad, grados de minusvalía, testamentos, patrimonios protegidos, pensiones etc.

Se ha pretendido recoger las preguntas más usuales, realizadas por los familiares agrupados por temas y contestarlas con un lenguaje cotidiano, huyendo en lo posible de tecnicismos jurídicos. No se ha pretendido elaborar una recopilación legal, sino elaborar un documento que permita una aproximación a los temas jurídicos que se pueden plantear los familiares de enfermos mentales y tratar de clarificar cuestiones jurídicas que se ven agravadas por la insuficiencia de recursos sanitarios, sociales y laborales.

En la medida que mejoren los recursos, las intervenciones judiciales serán menos necesarias, aunque nunca podrán desaparecer ya que son, en última instancia, el garante de la defensa de los derechos fundamentales de las personas que tienen limitada o anulada su capacidad de obrar, debiendo actuar en todo caso, en beneficio de los intereses del enfermo mental.

Asesoría Jurídica Cierzo Gestión SL.

SUMARIO

INTERNAMIENTOS.....Pág. 9

- 1.- ¿Qué puedo hacer con mi hijo que no quiere ir al psiquiatra?
- 2.- ¿Qué se puede hacer con un enfermo mental descompensado que se niega a recibir asistencia psiquiátrica?
- 3.- ¿Qué es un internamiento involuntario?
- 4.- ¿Quién ingresa al enfermo mental en el establecimiento adecuado?
- 6.- ¿Qué criterios clínicos son necesarios en el internamiento involuntario?
- 7.- Una vez autorizado el internamiento en centro psiquiátrico ¿permite dicha autorización el tratamiento médico psiquiátrico?
- 8.- ¿Cuándo finaliza el internamiento involuntario?
- 9.- ¿Qué garantías jurídicas existen frente a internamientos ilegales?
- 10.- ¿Qué son las eximentes y atenuantes en procedimientos penales?
- 11.- ¿Qué son las medidas de corrección y seguridad?

INCAPACIDAD (TUTELA, CÚRATELA Y GUARDA DE HECHO)...Pág. 32

- 12.- ¿Qué es una persona incapaz?
- 13.- ¿Cómo se puede solicitar?
- 14.- ¿Quién puede solicitarla?
- 15.- ¿Puede una persona solicitar su propia incapacitación?
- 16.- ¿Los menores de edad pueden ser incapacitados?
- 17.- ¿Qué pasa si las personas obligadas a solicitar la incapacidad no lo hacen?
- 18.- ¿Cuándo es conveniente solicitar la incapacitación?
- 19.- ¿Qué es un juicio de incapacidad?
- 20.- ¿Tiene que comparecer el presunto incapaz?
- 21.- ¿Se puede tomar alguna medida de protección antes de la declaración judicial de incapacidad?

- 22.- ¿Cómo tiene conocimiento el Juez de las designaciones de tutores hechas por los familiares o por el propio interesado?
- 23.- ¿Todas las incapacidades son iguales?
- 24.- ¿La incapacidad es para siempre?
- 25.- ¿Son nulos los actos realizados por los incapacitados?
- 26.- ¿Qué puede hacer una persona incapacitada?
- 27.- ¿Cómo conocen las terceras personas la sentencia de incapacidad?
- 28.- ¿Qué es un tutor?
- 29.- ¿Qué es un curador?
- 30.- ¿Qué es el defensor judicial?
- 31.- ¿Qué es la guarda de hecho?
- 32.- ¿Quién puede ser tutor?
- 33.- ¿Quién tiene preferencia para el cargo de tutor?
- 34.- ¿Qué derechos tiene el tutor?
- 35.- ¿Qué obligaciones tiene el tutor?
- 36.- ¿Qué tiene prohibido el tutor?
- 37.- ¿Es obligatorio el cargo de tutor?
- 38.- ¿Puede ser tutor más de una persona?
- 39.- ¿Se puede cesar a un tutor?
- 40.- ¿Qué responsabilidad tiene el tutor por sus actuaciones?
- 41.- ¿Qué responsabilidad tiene el tutor por las actuaciones del incapaz?
- 42.- ¿El tutor responde de la misma forma de los actos propios y de los que cause el incapaz a terceras personas?
- 43.- ¿Cuándo prescribe la responsabilidad del tutor?
- 44.- ¿Puede el tutor cobrar por ejercer su cargo?
- 45.- ¿Para qué actos necesita el tutor autorización judicial?

CERTIFICADO DE MINUSVALÍA.....Pág. 65

- 46.- ¿Es lo mismo incapacidad civil, invalidez, minusvalía o dependencia?
- 47.- ¿Qué es el certificado de minusvalía?

- 48.- ¿Cómo se solicita el certificado de minusvalía?
- 49.- ¿Qué se puede hacer si deniegan el certificado?
- 50.- ¿Para qué sirve?

INTEGRACIÓN LABORAL DE ENFERMOS MENTALES.....Pág. 74

- 51.- ¿Qué porcentaje de enfermos mentales trabajan en Aragón?
- 52.- ¿Qué es un centro especial de empleo?
- 53.- ¿Qué centros específicos existen en Aragón para enfermos mentales?
- 54.- ¿Qué son las medidas alternativas?
- 55.- ¿Qué medidas se han introducido para favorecer la integración del enfermo mental en los contratos públicos?
- 56.- ¿Reducción de la edad de jubilación por discapacidad?

TESTAMENTOS.....Pág. 88

- 57.- ¿Qué es un testamento?
- 58.- ¿Qué otras disposiciones puedo hacer?
- 59.- ¿Cómo se hace?
- 60.- ¿Quién puede hacerlo?
- 61.- ¿Puede un enfermo mental otorgar un testamento?
- 62.- ¿Se puede impugnar el testamento otorgado por un enfermo mental?
- 63.- ¿Es conveniente realizarlo?
- 64.- ¿Qué pasa si no hago testamento?
- 65.- ¿Se puede dejar la herencia a cualquier persona?
- 66.- ¿Se pagan más impuestos si no se hace testamento?
- 67.- ¿El incapaz paga menos impuestos?
- 68.- ¿Qué disposiciones puedo hacer sobre el patrimonio?

PATRIMONIO PROTEGIDO.....Pág. 101

- 69.- ¿Qué es un patrimonio protegido?
- 70.- ¿A favor de qué discapacitados se puede constituir?

- 71.- ¿Cómo se acredita la situación de discapacidad?
- 72.- ¿Quién lo puede constituir?
- 73.- ¿Cómo se acredita la capacidad de obrar del enfermo mental?
- 74.- ¿Cómo se constituye?
- 75.- ¿En qué consiste la administración del patrimonio?
- 76.- ¿Quién controla al administrador?
- 77.- ¿Qué pasa con los bienes del patrimonio cuando fallece el enfermo mental?
- 78.- ¿Cuándo se extingue el patrimonio protegido?
- 79.- ¿Beneficios fiscales para el discapacitado?
- 80.- ¿Beneficios fiscales para los aportantes?
- 81.- ¿Qué es un contrato de alimentos?

PENSIONES.....Pág. 110

- 82.- ¿Qué son las pensiones no contributivas?
- 83.- ¿Qué requisitos son necesarios para percibir una pensión de invalidez no contributiva?
- 84.- ¿Qué requisitos son necesarios para percibir una pensión de jubilación no contributiva?
- 85.- ¿Es compatible la pensión de invalidez no contributiva con el trabajo?
- 86.- ¿Qué requisitos debe reunir el enfermo mental para percibir una pensión de orfandad?
- 87.- ¿Pierde un enfermo mental, afectado por una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, la pensión por el hecho de contraer matrimonio?
- 88.- ¿Con qué es compatible la pensión de orfandad?
- 89.- ¿Qué es la prestación por hijo a cargo?

DEPENDENCIA.....Pág. 120

- 90.- ¿Qué es la Ley de Dependencia?

- 91.- ¿Requisitos básicos para ser beneficiario del sistema?
- 92.- ¿Cuáles son los servicios de atención que distingue el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).?
- 93.- ¿Qué prestaciones económicas de atención a la dependencia contempla la Ley?
- 94.- ¿Qué es la Prestación económica vinculada al servicio?
- 95.- ¿Qué es la Prestación económica para cuidados en el medio familiar y apoyo a cuidadores no profesionales?
- 96.- ¿Qué es la prestación económica de asistencia personal?
- 97.- ¿Qué grados de dependencia contempla la Ley?
- 98.- ¿Cómo se valora la situación de dependencia?
- 99.- ¿Qué es el programa Individual de Atención (PIA)?
- 100.- ¿Cuál es el calendario de aplicación de la Ley de Dependencia?

INTERNAMIENTOS

1.- ¿Qué puedo hacer con mi hijo que no quiere ir al psiquiatra?

Esta pregunta tan simple suele ser habitual entre los familiares de enfermos mentales, pero es la más difícil de responder. Con los recursos existentes en la actualidad en salud mental no tiene solución adecuada y sólo admite medidas parciales en función del caso y circunstancias concretas.

Qué se puede responder a un padre que plantea que tiene un hijo de 18 años con más que aparentes signos de trastorno mental, que no está diagnosticado, que no tiene conciencia de enfermedad y se niega a acudir al psiquiatra de zona. La respuesta es indicar al familiar que acuda a su centro de atención primaria a fin de que le remitan a su servicio de salud mental para que allí explique la situación y le indiquen las pautas sanitarias a seguir. Probablemente la respuesta del psiquiatra, una vez expuesta la situación por la familia, sea “traiga a su hijo para poder diagnosticarlo”, así como la del padre: ¿Cómo puedo traer a mi hijo de 18 años que es más fuerte que yo en contra de su voluntad?

La consecuencia más habitual a situaciones como esta es que el familiar tenga que esperar la agudización de la enfermedad de su hijo, que se produzca un brote y llamar al 091 para que acuda la policía y los servicios sanitarios de urgencias a fin de que un facultativo acredite la situación de necesidad de internamiento psiquiátrico del enfermo por la llamada vía de urgencia.

2.- ¿Qué se puede hacer con un enfermo mental descompensado que se niega a recibir asistencia psiquiátrica?

Ante un trastorno mental grave del enfermo es imprescindible y necesario tratar específicamente “ese” trastorno mental, ya que sin ese

tratamiento específico existe un “riesgo considerable” de que se produzca un daño a la salud del enfermo. La solución sería sencilla si el afectado se prestase voluntaria y pacíficamente a acudir al correspondiente centro de salud, pero estos supuestos son la excepción.

La situación normal de los familiares es que se encuentran con el enfermo descompensado por abandono del tratamiento, por un brote sicótico, alucinaciones o por cualquier otra causa y todo esto con una negativa tajante a acudir a cualquier tipo de consulta ya que no existe por parte del paciente reconocimiento de enfermedad. La solución con los recursos actuales sólo puede ser una, el INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR VÍA DE URGENCIA SIN AUTORIZACIÓN PREVIA.

La decisión de ingresar forzosamente a un enfermo mental en crisis aguda, normalmente por el abandono o negativa a seguir con la medicación, involucra no sólo al paciente, sino también al médico, a la familia y a la autoridad judicial. Para la familia es una situación desagradable el tener que acudir a la policía para internar a su propio hijo, situación que se agrava por el llamativo despliegue de medios para conseguir este internamiento (policía, ambulancia, enfermo brotado, familiares, etc.).

El psiquiatra de guardia habitualmente se enfrenta a situaciones comprometidas agravadas por el déficit de la red asistencial, fundamentalmente falta de camas y por la propia sicopatología del paciente (que evidentemente se niega al ingreso de las más diversas formas).

Todo esto se une al hecho de que en la mayoría de los casos este internamiento únicamente solucionará puntualmente una situación extrema, ya

que el enfermo mental, una vez tratado en urgencias y estabilizado, durante un corto espacio de tiempo, es devuelto a la familia medicado y sin conciencia de enfermedad, por lo que abandonará la medicación y el proceso se volverá a repetir, dando origen a lo que coloquialmente se llama "síndrome de la puerta giratoria".

Existe un protocolo de actuación para este tipo de internamientos suscrito por la Administración que regula especialmente los casos de falta de colaboración del enfermo en el traslado o bien traslados efectuados en contra de la voluntad de los mismos y es el procedimiento que hay que emplear en este tipo de ingreso.

La premisa básica de éste protocolo es considerar la enfermedad mental como un problema que requiere fundamentalmente abordaje sanitario, por ello toda respuesta debe girar bajo un objetivo sanitario-terapéutico, debiendo darse el mismo tratamiento a estos enfermos que a otros que padecen otras patologías.

La obtención de atención sanitaria a un posible enfermo mental (como en cualquier otro tipo de urgencia médica) se realizará a través de los teléfonos de los Ambulatorios y Centros de Salud entre las 9 horas y 17 horas de lunes a viernes laborables, siendo los Servicios Especiales de Urgencias los que recibirán las notificaciones el resto de horarios.

En caso de ser necesarios traslados de enfermos mentales para su diagnóstico diferencial, tratamiento o eventual ingreso seguirá la mecánica habitual a cualquier otra patología, debiendo realizarse – en la medida que sea posible – el traslado por parte de los familiares del enfermo con el fin de inducir el menor estrés posible, salvo que este resulte imposible o el médico decida su traslado en ambulancia.

El traslado en contra de la voluntad de una persona que no ha delinquido lo decide el Médico de Atención Primaria o Urgencias Ambulatorias. En caso de necesidad de contención física, el médico, como autoridad en la materia, podrá recabar la ayuda de los Cuerpos de Seguridad sin requerir previa autorización judicial. Asimismo, dicho médico puede solicitar asesoramiento (para aplicar contención física o farmacológica) a los especialistas de los Centros de Salud Mental u Hospital hacia donde quieran trasladarlo.

Una vez producido el ingreso forzoso, el médico responsable deberá comunicar dicha circunstancia al Juzgado competente en el plazo de 24 horas.

En caso que por motivos de urgencia médica sea o haya sido necesario entrar con violencia en un domicilio particular, se comunicará al Juzgado de Guardia dicha eventualidad.

Cuando el traslado se deba realizar en contra de la voluntad de una persona que ha delinquido, será potestativo del Juez de Instrucción de Guardia la decisión del operativo necesario.

3.- ¿Qué es un internamiento involuntario?

Examinando brevemente las *características* de este tipo de ingresos podemos reseñar:

- Que el internamiento involuntario de un enfermo mental es un acto médico sujeto a control judicial – vía autorización- cumpliendo con los requisitos del art 763 L.E.C. (no olvidemos que la “orden de ingreso” la da el médico limitándose el juez a autorizarla, en caso de estimarlo pertinente).

- El alta médica corresponde al médico responsable del enfermo, sin que la misma haya de ser previamente autorizada por el juez.
- Cualquier eventualidad de relevancia que pudiera surgir ha de ser puesta en conocimiento judicial.
- El juez recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo estime pertinente, y en todo caso cada seis meses.

Los responsables del centro en que se encuentre ingresado el paciente, ostentan la consideración legal de “guardadores de hecho” por lo que pueden ser requeridos por la autoridad judicial a fin de que informen sobre la situación personal del enfermo, sus bienes, el control de la percepción de pensiones, etc.

El internamiento en centros psiquiátricos es una de las causas más habituales de privación de libertad, después de la detención o prisión por comisión de un delito. En derecho español, el internamiento se concibe como una medida excepcional, de carácter cautelar que, adoptándose siempre en beneficio del ingresado, tiene por contenido una pérdida de libertad personal

La regulación legal referente al internamiento involuntario viene referida en la actualidad en el art 763 de la vigente LEC 1/2000.

Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. 1. *El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la

medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

4.- ¿Quién ingresa al enfermo mental en el establecimiento adecuado?

Existe la creencia de que es el Juez el que ordena el ingreso del enfermo mental y de ahí que muchos familiares acudan a los juzgados solicitando el ingreso por vía de urgencia de su hijo en un centro psiquiátrico, obteniendo respuestas negativas que no aciertan a entender, sobre todo por la gravedad de unos hechos que están viviendo que les superan, creándoles una situación de abandono. Es importante conocer el procedimiento para no perderse en burocracias.

El Juez se limita a AUTORIZAR la orden de internamiento emitida

por el médico; en este caso, el Juez no “ordena” sino que se limita a “autorizar” lo que prescribe el profesional médico correspondiente, dándole así autoridad o facultad al médico de ejecutar su cometido. Mediante la autorización, el juez civil, permite el ingreso del enfermo (si así lo estima conveniente el facultativo que atiende al paciente) en un centro acorde a su patología, dependiendo el alta *en exclusiva* del médico que le trata en el centro, el cual, en este caso, sólo informará al Juez de que se ha producido el alta y de las características de la enfermedad en ese momento concreto.

Es decir, la figura fundamental a la hora de conseguir un ingreso involuntario es el psiquiatra y no el juez que se limita a AUTORIZAR el ingreso, siempre y cuando el mismo se haya efectuado siguiendo el procedimiento establecido en la legislación vigente.

5.- ¿Qué tipos de internamientos judiciales existen?

Podemos establecer dos tipos según se realicen con anterioridad o posterioridad al internamiento.

La legislación ha previsto la AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA al internamiento involuntario de cualquier persona, EXCEPTO POR RAZONES DE URGENCIA; pero lo cierto es que habitualmente se procede al internamiento médico por razones de urgencia sin contar con la previa autorización judicial lo que supone un desajuste en el plano médico-legal que ha generado y genera una amplia problemática en la práctica, que se agudiza con la participación de diversos profesionales en el hecho del internamiento involuntario, lo que origina una dificultad añadida cuando la colaboración no se establece por la vía del consenso y los diferentes profesionales implicados no presentan posturas conjuntas (servicios sanitarios, policía, etc...).

a) Internamiento ordinario:

Se realiza “*previa*” autorización judicial

Para ello es necesario interponer una solicitud de internamiento involuntario ante el Tribunal Civil competente (en caso de existir juzgados especializados en esta materia deberá remitirse a éstos). En dicho escrito deberá acreditarse la necesidad de internamiento involuntario del enfermo mediante la aportación de informes médicos acreditativos de la patología psiquiátrica, en los que deberá constar expresamente que en el momento de la solicitud el enfermo precisa de tratamiento médico en su beneficio o bien porque existe grave riesgo para su persona o para los demás en caso de no ser compensado, o bien porque el deterioro que pueda sufrir la persona en caso de no ser tratado sea de especial envergadura.

Una vez presentada la solicitud ante el Tribunal competente, se procederá por parte del Juez y del Forense adscrito al Juzgado a realizar un examen previo de la persona a ingresar, a fin de determinar si procede o no el internamiento, procediendo a dictar Auto por el que se autorice o no el ingreso en base a los datos médicos obrantes en autos y a la valoración efectuada por el juez y el forense.

Respecto de las *personas legitimadas para solicitarlo*, la ley no dice nada en concreto; es por ello que hay distintas interpretaciones desde el ámbito del derecho, de forma que para algunos “cualquier persona” podrá promover el internamiento, mientras que para otros se hallarán legitimados las mismas personas que pueden promover la incapacitación (el presunto incapaz, cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable) descendientes, ascendientes o hermanos de la persona que se pretenda internar; y si éstos no existiesen o no lo solicitasen, estará también legitimado el Ministerio Fiscal. Si la persona a internar tiene representante legal, lo más lógico es que sea éste quien lo solicite.

En todas las actuaciones la persona afectada por una medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la LEC.

b) Internamiento de Urgencia:

Es aquél en que el control judicial se produce a posteriori, dado que el estado del enfermo hace imprescindible la adopción inmediata de la medida. A partir del momento en que el órgano judicial tenga conocimiento del internamiento, dispone de un plazo de 72 horas para resolver sobre la ratificación del mismo.

El Tribunal competente para ratificar la medida será aquél donde radique el centro donde se haya producido el internamiento.

En este tipo de internamiento, el “responsable del centro” donde se haya producido el ingreso será quien ha de apreciar la urgencia y dar cuenta al órgano judicial competente a fin de que ratifique la medida.

Los internamientos involuntarios por razones de urgencia se acercan al 100% de los que se producen ya que como hemos comentado anteriormente es el procedimiento habitual empleado por los familiares de enfermos mentales.

6.- ¿Qué criterios clínicos son necesarios en el internamiento involuntario?

No existen unos criterios clínicos precisamente fijados; dependen del cuadro psicopatológico de cada paciente, de la situación socio-familiar en

que se encuentre y del contexto en que se produzca el trastorno; es decir, hay que estar al caso concreto.

No obstante, ha de basarse en criterios terapéuticos y considerarse como una medida excepcional. Tradicionalmente existen unos criterios básicos que justifican el internamiento involuntario:

- Que el paciente presente una enfermedad mental que requiera tratamiento inmediato.
- Que dicho tratamiento sólo pueda ser aplicado en régimen de hospitalización.
- Que el ingreso se efectúe en beneficio del paciente y/o en protección de terceras personas.
- Que exista imposibilidad de tratamiento ambulatorio por abandono social.

Las causas más frecuentes del internamiento involuntario son las siguientes:

- Reagudización psicótica de esquizofrenia paranoide.
- Descompensación psicótica secundaria a abandono del tratamiento.
- Brote psicótico.
- Cuadro maniaco.
- Ideas delirantes.
- Conducta autolítica.
- Trastorno depresivo mayor.
- Alucinaciones.

- Trastorno delirante alucinatorio inducido por drogas.
- Abandono social.

7.- Una vez autorizado el internamiento en centro psiquiátrico ¿permite dicha autorización el tratamiento médico psiquiátrico?

Aunque existen distintas posturas al respecto, entendemos que la respuesta ha de ser afirmativa, ya que si no, no tendría sentido el internamiento en centro médico adecuado a la patología, puesto que el fin primordial del tratamiento es el de mejorar el proceso patológico que motiva el enfermar del paciente y ello conlleva prácticamente en el 100% de los casos la necesidad de medicación, habitualmente farmacológica. En los autos judiciales por los que se autoriza el internamiento involuntario, habitualmente, se procede a autorizar “para su tratamiento médico”, por tanto entendemos que no existe problema alguno en medicarlos aun en contra de su voluntad, dentro de criterios de proporcionalidad.

El problema que se plantea en centros de internamiento psiquiátrico respecto de pacientes violentos es que se hace necesaria su contención muchas veces incluso para poder administrarle la medicación. Particularmente en supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión se impone la contención.

No existe regulación nacional alguna al respecto, estando justificada la aplicación de medidas de aislamiento y contención en base al “estado de necesidad” y por el “ejercicio legítimo de la medicina” (artículos 20.5 y 20.7 del Código Penal); no obstante y dentro de la actuación médica serían aplicables los siguientes principios:

- **Proporcionalidad:** La medida ha de ser proporcional al estado en que se

encuentre el paciente aplicando siempre la alternativa más benigna posible (diálogo, adopción de precauciones necesarias, etc.) siempre que no exista riesgo. Estas exigencias son extensibles al personal de enfermería que es quien habitualmente las practica.

- **Límite temporal:** Sólo han de aplicarse durante el tiempo estrictamente necesario, estableciéndose en los diferentes protocolos creados al respecto tiempos máximos de sujeción y una vigilancia continua del enfermo.

8.- ¿Cuándo finaliza el internamiento involuntario?

La revisión del internamiento y su terminación se encuentran reguladas en el artículo 763.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Constitucional sostiene que el internamiento *“no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista una situación de mental real con un carácter o magnitud que lo justifique”* (STC 104/1990 de 4 de junio).

En este sentido se impone al facultativo responsable la obligación de informar al órgano judicial cada seis meses sobre la necesidad de mantener la medida, a no ser que éste, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior, y todo ello sin perjuicio de los demás informes que dicho órgano pueda requerir cuando lo estime conveniente. Una vez recibido el informe el órgano judicial resolverá sobre la continuación o no del internamiento, previa práctica, en su caso, de las actuaciones que considere imprescindibles.

Respecto a la terminación del internamiento; serán los facultativos que atienden al internado los que le darán el alta cuando consideren que no es necesario mantener la medida, debiendo comunicárselo inmediatamente al

órgano judicial competente (artículo 763.4 últ. pf. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este último será quien se haya estado ocupando de la revisión del internamiento.

Por tanto, *no será precisa la intervención judicial para dar por finalizado el internamiento* puesto que hablamos de “dar de alta al enfermo” implicando tal expresión la finalización del proceso asistencial del paciente, con un informe de alta médica, emitido por el médico responsable de aquél en el centro sanitario en el que se especificará:

- Datos del enfermo.
- Resumen de su historial clínico.
- Actividad asistencial prestada.
- Diagnóstico y recomendaciones terapéuticas.

Cabe preguntarse si no hubiese sido más conveniente para la protección de los intereses del internado, la previsión legal de una autorización judicial para poner fin al internamiento a petición de los facultativos. Sin embargo hay que recordar que la finalidad del internamiento es de índole terapéutica y que lo lógico es que sean los facultativos quienes determinen en qué momento hay que dar el alta al paciente, máxime cuando el juez se limita a autorizar el internamiento ya que dicha medida constituye una privación de libertad, es decir, una limitación de un derecho fundamental, no teniendo sentido dicha intervención “*a sensu contrario*” ya que lo que se pretende esta vez es “*devolverle la libertad*”.

Otro problema que se plantea es que los familiares “no estén conformes con el alta médica”. Al tratarse de una decisión médica no es susceptible de recurso, por tanto, quienes no estén de acuerdo con el alta lo único que podrán hacer es solicitar de nuevo autorización judicial de internamiento.

El problema al que se enfrentan es que como el juez se limita a “autorizar” el internamiento tendrán que conseguir que un facultativo determine que su opinión (la de los familiares) es correcta y que médicamente precisa nuevamente de internamiento.

En caso de que los facultativos se nieguen a un nuevo ingreso por considerarlo innecesario, prevalecerá su opinión, no pudiendo considerarse dicha negativa como un supuesto de desobediencia a la autoridad. No obstante, *si los facultativos dejasen en libertad a una persona injustificadamente*, cuando su dolencia no estuviera suficientemente tratada y existiera riesgo para su salud o para la integridad de otros, podrían incurrir en una imprudencia profesional de la que podrían derivarse consecuencias civiles y penales.

Problema distinto es el caso de que los familiares o allegados del enfermo quieran poner fin al internamiento y los facultativos que lo atienden no lo consideren oportuno. A pesar de que el internamiento es una decisión médica, no puede sostenerse, como en el caso anterior, la prevalencia de la opinión de los facultativos, sino que en este caso será precisa la intervención judicial; y ello porque si es necesario que el enfermo siga internado por no poder facilitársele asistencia extrahospitalaria, la decisión de los familiares de poner fin al internamiento supondría la negativa a que se siguiera proporcionando un tratamiento adecuado al enfermo y, por tanto, la revocación del consentimiento por representación a una actuación médica, en contra de los intereses del representado.

El artículo 9.5. de la Ley 41/2002 dice que:

“la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre a favor del paciente y con arreglo a su dignidad personal”.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 104/1990 de 4 de junio,

bajo la vigencia del derogado artículo 211 del Código Civil se pronunció sobre esta cuestión en los siguientes términos:

“Aun cuando la doctrina ha puesto de relieve la falta de una regulación expresa del supuesto de la revisión o modificación de la situación del internamiento entendiendo como insuficiente el art 211 del C.c. para proporcionar una regulación completa del tema el control judicial previsto para el internamiento ha de entenderse que comprende también las decisiones sobre la modificación o terminación del internamiento, a través de las vías previstas en la LEC, con la posible intervención del procedimiento de habeas corpus sólo en la medida en que esas vías judiciales ordinarias se hayan mostrado inidóneas para proteger la libertad”

9.- ¿Qué garantías jurídicas existen frente a internamientos ilegales?

Existe un procedimiento que permite establecer los “remedios jurídicos” si se ha producido un internamiento incorrecto.

El artículo 5.4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos prescribe que:

“cualquier persona privada de su libertad por detención o internamiento tiene el derecho de interponer un recurso ante el órgano judicial para que resuelva en el plazo breve sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

En primer lugar y contra el auto de internamiento cabe el **RECURSO DE APELACIÓN**, en el plazo de cinco días desde que la sentencia o el auto es notificado, que habrá de interponerse ante la Audiencia Provincial. Aplicando el artículo 525.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta apelación habrá de admitirse en “ambos efectos”, no siendo provisionalmente ejecutable al afectar a la libertad deambulatorio de la persona, solución que no es la idónea si la resolución autoriza el internamiento y es el propio enfermo quien plantea el recurso, no teniendo capacidad para decidir por sí la necesidad de ese tratamiento médico.

Contra la sentencia que resuelva el recurso de apelación cabe el **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** y

RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo fundado bien en la tutela judicial civil de derechos fundamentales, como en interés casacional. El planteamiento de uno de estos recursos extraordinarios excluye al otro.

Habida cuenta de que las resoluciones judiciales resuelven en último término sobre la libertad de una persona, teóricamente es admisible que el interesado interponga **RECURSO DE AMPARO ante el Tribunal Constitucional**, para que éste le garantice el derecho contemplado en el art 17.1 de la Constitución Española.

La sustanciación de este recurso se basaría en lo dispuesto en el artículo 44 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional puesto que el auto judicial posibilitador del internamiento le sería imputable “de modo inmediato y directo” la violación del derecho fundamental a la libertad personal (que exige el artículo 44.1 b Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Respecto de este recurso es necesario haber agotado previamente todos los medios de impugnación contra la medida. Además los poderes públicos han de haber intervenido en la presunta violación de derechos, bien porque el internamiento judicialmente aprobado no fuera conforme a derecho, con vulneración del derecho a la libertad del artículo 7.1 de la Constitución Española o bien porque el internamiento urgente se realizó en centro público sin concurrir los presupuestos. No cabe recurso de amparo cuando la privación de libertad se realice por particulares en centros privados.

Por último, queda la vía del **RECURSO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**. Cuando se considere que la resolución del internamiento o el contenido de la medida se encuentra en oposición con las obligaciones que se derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Para su interposición habrán de agotarse todos los medios de impugnación internos, incluido el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal concluirá con una resolución que adoptará la forma de sentencia, que será motivada y definitiva.

Si la resolución es estimatoria y el derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar los perjuicios causados, la decisión del Tribunal podrá conceder una satisfacción equitativa a la parte lesionada con cargo al Estado. La concesión de esta indemnización quedará condicionada a que quede probado el daño causado a la persona afectada. La ejecución de la sentencia será vigilada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Otra vía sería la solicitud de **HABEAS CORPUS**: esta vía unánimemente admitida, puede ejercitarse en cualquier momento, pendiente el internamiento y su objeto es únicamente el de resolver sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad.

El Tribunal competente para resolverlo es el de Instrucción que sólo decidirá sobre la regularidad de la situación del internado.

Están legitimados para promoverla: el privado de libertad, el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo y respecto de los menores e incapaces, sus representantes legales. No es preceptiva la asistencia de abogado y Procurador. También puede iniciarse de oficio.

La solicitud podrá presentarse por escrito o a través de comparecencia ante el secretario; una vez presentada deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento judicial, que previo informe del Ministerio Fiscal, la admitirá o no a trámite. Contra este auto no cabe recurso. Si la

admite el juez oirá inmediatamente al internado dictándose auto resolutorio en el plazo de 24 horas.

Otra vía es la de la **ACCIÓN PENAL** por supuesto delito de detención ilegal de los artículos 480 y 481 del Código Penal, si bien en algunas ocasiones podría calificarse de un supuesto delito de coacciones del artículo 496 Código Penal.

Señalar que esta vía no sería un “remedio” para el internamiento, siendo su finalidad punitiva respecto de aquél que lo causó indebidamente.

10.- ¿Qué son las eximentes y atenuantes en procedimientos penales?

Dentro de los procedimientos penales existen las llamadas “medidas de corrección y seguridad” sustitutivas de la pena para el caso de que el ilícito penal haya sido causado por una persona inimputable o semiinimputable.

El Código Penal, establece en su artículo 20 las causas que eximen de responsabilidad criminal en relación con los trastornos mentales, indicando expresamente:

Art. 20.1 C.P: Estarán exentos de responsabilidad criminal:

1º.- El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alternación psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

2º.- El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas,

estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3º.- El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”

Por tanto, en caso de que se acredite en el procedimiento penal, la existencia de una enfermedad mental, que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho delictivo o actuar conforme a esa comprensión, deberá aplicarse una “**eximente**”, de forma que se sustituya la “pena” fijada en el Código Penal, por una medida de corrección y seguridad, reguladas en el art. 95 del mismo Código.

En ocasiones, el delincuente no es plenamente consciente del ilícito que comete debido a alteraciones mentales, pero sí que existe cierta consciencia de que está obrando inadecuadamente y por tanto cabe reprobabilidad. En tales casos sería de aplicación una “**atenuante**” de la responsabilidad criminal, de las contenidas en el artículo 21.1 del Código Penal, que establece:

“Son circunstancias atenuantes: Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”

11.- ¿Qué son las de medidas de corrección y seguridad?

El artículo 95 .1 del Código Penal, establece que:

“Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

1º.- Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2º.- Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

De este precepto se desprende, por una parte, la limitación de estas medidas a supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad y por otro, se somete la aplicación de las mismas al doble requisito de la previa realización de un delito y la existencia de peligrosidad criminal en su autor.

Dichas medidas, de carácter curativo o asegurativo, vienen establecidas en los artículos. 99 y 104 del Código Penal y su ventaja consiste en la obligada imposición, una vez constatada la peligrosidad criminal del sujeto, de técnicas terapéuticas o pedagógicas a las que en otro caso no vendría obligado a someterse, evitando de esta forma su ingreso en prisión, con todo lo que ello comporta.

Cabe diferenciar entre dos tipos diferentes de medidas de seguridad: las privativas de libertad y las no privativas (artículo 96 Código Penal).

En cuanto a medidas privativas el Código Penal contempla tres supuestos diferentes:

- Internamiento en centro psiquiátrico.
- Internamiento en centro de deshabitación.
- Internamiento en centro educativo especial.

En cuanto a medidas “no privativas de libertad” se recogen las siguientes:

- Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.
- Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.

- Privación de licencia o permiso de armas.
- Inhabilitación profesional.
- Expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España.
- Las demás previstas en el artículo 105 de este Código:

Entre estas últimas y por un tiempo no superior a 5 años cabe destacar:

- Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
- Obligación de residir en un sitio determinado.
- Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar determinados establecimientos.
- Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo.
- Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal, o de comunicarse con ellos”.

Pero, ¿Es posible la aplicación de medidas de corrección y seguridad en caso de que el sujeto haya realizado una simple “falta” y no haya cometido un “delito”?

La doctrina mayoritaria se inclina por una respuesta negativa, por entender que el artículo 95 Código Penal utiliza expresamente el término “delito” y no “infracción penal” no dando cabida así a las faltas, aludiendo a su vez que dicha aplicación vendría vedada en base a criterios de proporcionalidad, dado que las faltas, en nuestro Código vienen sancionadas de ordinario mediante multas o con arrestos de fines de semana y por tanto la medida de seguridad aplicable, siempre resultaría “más gravosa” que aquellas penas.

Sin embargo, otra tendencia doctrinal y jurisprudencial dista de los argumentos reseñados, entendiendo que el Código Penal del 95 utiliza el término “delito” en sentido amplio, y que, dentro de criterios de proporcionalidad sería imposible imponer una pena de internamiento a un sujeto que haya cometido una falta, pero sí serían aplicables medidas de seguridad no privativas de libertad (seguir un tratamiento médico-psiquiátrico prescrito por su facultativo de referencia, acudir a un centro de día, etc.) que podrían aplicarse en beneficio del sujeto sin inculcar el principio de proporcionalidad. (Dicho criterio viene corroborado por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1993 que entendió que no existía impedimento legal para excluir la aplicación de medidas de seguridad en los casos en los que el autor sólo haya sido condenado por una falta”. El Tribunal Constitucional a su vez, avaló este punto de vista mediante Auto 83/1994 de 14 de marzo).

INCAPACIDAD

(TUTELA, CÚRATELA Y GUARDA DE HECHO)

12.- ¿Qué es una persona incapaz?

Es aquella en quien concurre alguna enfermedad o deficiencia crónica que le impide gobernarse por sí misma.

El hecho de padecer una enfermedad mental no implica una incapacidad. El artículo 199 del Código Civil establece la presunción de capacidad de obrar de cualquier persona, pues nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial y por las causas previstas en la ley. Lo fundamental no es padecer una enfermedad mental, es necesario que ese trastorno mental derivado de la enfermedad:

- justifique la medida.
- sea duradero.
- y que, como consecuencia de ello, el enfermo mental no pueda organizar su vida.

Se tienen que dar estos tres requisitos. El Código Civil establece en su artículo 200 que *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa.

Cuando nos encontramos con una enfermedad mental grave, ésta es en la mayoría de los casos para toda la vida, o como dice el Código Civil persiste. Esto no quiere decir que se manifieste permanentemente, tiene sus

ciclos, sus brotes, pueden ser breves o largos, por lo que la determinación de cuándo un enfermo mental es incapaz es un hecho que hay que examinar caso por caso, ver la duración de sus periodos de lucidez y determinar en su caso el grado de incapacidad adecuado, viendo si es suficiente la incapacitación para actos concretos, y en ese caso determinar para cuales, o por el contrario si tenemos que declarar una incapacidad para todo tipo de actos.

Hay que tener en cuenta que la incapacidad es una actuación en beneficio del enfermo, que tiene que servir para algo.

13.- ¿Cómo se puede solicitar?

La declaración de una incapacidad es un acto judicial. Sólo puede solicitarse por vía judicial. Debe producirse por sentencia dictada por un juez en un procedimiento ordinario, con la obligada intervención del Ministerio Fiscal, examen del incapaz, dictamen médico forense y audiencia de parientes. Es decir, que es necesario un juicio previo dotado de las máximas garantías.

Un enfermo mental por muy trastornado que esté no es legalmente incapaz si no existe una sentencia judicial que lo diga.

El procedimiento de incapacitación ha de iniciarse obligatoriamente a instancia de parte, no pudiendo ser promovido de oficio por el Juez. Las personas que pueden solicitar la incapacitación pueden plantear el correspondiente procedimiento judicial por medio de abogado y procurador. Al tramitarse mediante un procedimiento ordinario los costes de estos procedimientos pueden ser elevados.

Si no existe urgencia en la declaración, el procedimiento recomendado por cuestión de costes es poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, que actuara de oficio interponiendo la demanda judicial. En este caso, el Juez designa un Defensor Judicial al presunto incapaz.

14.- ¿Quién puede solicitarla?

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil se ha limitado la legitimación activa a determinadas personas a las cuales se les impone la obligación de colaborar por interés público, por su especial relación afectiva o de parentesco con el presunto incapaz.

Estas personas son:

- El presunto incapaz.
- El cónyuge.
- Descendientes.

En defecto de estas personas lo pueden solicitar:

- Ascendientes.
- Hermanos.

Sobre estas personas recae la obligación de promover la incapacidad, bajo la responsabilidad de responder civilmente de los perjuicios causados por los presuntos incapaces a terceros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 229 del Código Civil, salvo que acrediten un desconocimiento total de los hechos.

Si no existen ninguna de estas personas corresponde esta obligación al Ministerio Fiscal.

Cualquier persona puede poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal pero únicamente se transforma en deber en aquellas autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo tengan conocimiento directo de un presunto incapacidad. Dentro de este grupo se pueden incluir ente otros, a Jueces, asistentes sociales de Ayuntamientos, Diputaciones, directores de hospitales psiquiátricos o geriátricos, facultativos de centros de salud públicos.

Esta obligación sólo les afecta cuando el conocimiento lo tengan en el ejercicio de sus funciones, no como particulares, en cuyo caso estarán simplemente facultados para denunciarlo. La omisión de este deber implica la posible aplicación del Art. 229 del Código Civil.

Artículo 229 del Código Civil establece: *“Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hiciera, serán responsable solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.”*

15.- ¿Puede una persona solicitar su propia incapacitación?

Desde la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, una persona puede iniciar su propio proceso de incapacitación a través de abogado y procurador, o incluso poniendo el hecho de su presunta incapacidad en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Igualmente desde la entrada en vigor de esta Ley, cualquier persona con capacidad de obrar puede acudir al Notario y dejar dispuesto quién quiere que sea su tutor, dónde quiere ser internado, o normas sobre la administración de sus bienes para el caso de que sea incapacitado, e incluso mantener el poder público de mandato dado a otra persona siempre que contenga esta disposición de forma expresa.

La designación de tutor puede alterar el orden legal establecido. El Juez deberá seguirlo a no ser que se acrediten circunstancias nuevas no tenidas en cuenta por el incapaz o así lo aconseje su interés.

16.- ¿Los menores de edad pueden ser incapacitados?

El menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada que le impide realizar determinados actos o negocios jurídicos hasta que adquiere la mayoría de edad. Puede ocurrir que el menor de edad padezca una enfermedad mental que se prevea que persistirá tras su mayoría de edad y que impedirá su autogobierno. En estos casos se puede proceder a interponer la correspondiente demanda. Están legitimados para solicitarla las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela de los menores.

Si son los padres quienes han solicitado la incapacidad del menor de edad y se prevé que la incapacidad persistirá después de la mayoría de edad el Juez en vez de nombrar tutor "Prorroga la Patria Potestad". Si el hijo es mayor de edad, soltero y vive con los padres, se establece la patria potestad rehabilitada.

La tienen que pedir los padres, o al menos uno de ellos con el consentimiento del otro y ello con independencia de que estén separados o

divorciados, ya que se trata de una cuestión de capacidad y no de cuestiones de mera administración. En caso de falta de acuerdo resuelve el juez.

Si uno de los cónyuges ha perdido la patria potestad lo puede solicitar el otro. Si el menor está en situación de desamparo, la demanda de incapacitación la puede instar la entidad pública a quién corresponda la tutela.

17.- ¿Qué pasa si las personas obligadas a solicitar la incapacidad no lo hacen?

EL artículo 230 del Código Civil dispone que: *“cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela”* y el 228 establece que *“si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”*.

Pero establece expresamente que serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados desde el momento que conocieran el hecho que da lugar a la tutela los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se encuentra el menor o incapacitado.

18.- ¿Cuándo es conveniente solicitar la incapacitación?

El criterio de nuestra asesoría es aconsejar la solicitud cuando esta declaración sirva para algo y mejore la situación del presunto incapaz.

Es habitual que el familiar piense que la declaración de incapacidad es la solución de todos los problemas, que con esta declaración el incapaz

será ingresado en un recurso adecuado, que podrá obligarlo a seguir los tratamientos médicos o internarlo sin autorización judicial en un psiquiátrico.

Estos problemas continuarán existiendo después de la sentencia de incapacitación y el tutor tendrá los mismos problemas para resolverlos que antes de su cargo, si bien podrá utilizar algunos recursos de los que antes no disponía.

Así, si consigue una orden de internamiento judicial, el incapaz no podrá solicitar el alta voluntaria ya que no tiene capacidad para ello, correspondiendo este derecho al tutor. Algunos profesionales tienden a extender "altas voluntarias a petición del enfermo mental". Si está incapacitado sólo el tutor podrá solicitar el alta voluntaria y ello independientemente siempre de la facultad del psiquiatra para extender el alta médica por recuperación.

Existen situaciones en que la declaración de incapacitación es claramente imprescindible, como cuando peligra el patrimonio del presunto incapaz, y en otras, será obligatoria cuando el enfermo mental tenga que aceptar un testamento ante notario o firmar cualquier documento público en los que sea preciso acreditar su capacidad de obrar.

La decisión de incapacitar a una persona es una cuestión trascendental en su vida y debe adoptarse después de valorar todos los aspectos médicos, jurídicos y familiares y sin olvidar que lo que estamos haciendo debe ser en beneficio del incapaz y servir para algo.

19.- ¿Qué es un juicio de incapacidad?

Al tratarse de un proceso que versa sobre la capacidad de las personas implica un interés público que justifica un incremento de los poderes

judiciales y la quiebra del principio de aportación de parte y del principio dispositivo por el que se rigen el procedimiento civil.

Así, aunque las partes no soliciten el recibimiento del pleito a prueba, el Juez lo acordará y podrá realizar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, a parte de las obligatorias como son el examen personal del presunto incapaz, dictamen médico forense y audiencia de los parientes más próximos. Sin embargo, el Juez no puede iniciar de oficio el proceso de incapacitación que está reservado a las partes legitimadas en el Código Civil y al Ministerio Fiscal.

Una vez iniciado el procedimiento no se admite el allanamiento a la demanda, supuesto que se da cuando la parte que está demandada está de acuerdo con la parte que demanda y decide no defenderse, ni tampoco se admite la transacción, acto por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la producción de un proceso o ponen fin al proceso que ya había comenzado. El desistimiento precisará la conformidad del Fiscal.

El reconocimiento por el presunto incapaz de su propia incapacidad realizada en confesión judicial carece por sí solo de valor probatorio si no se acompañan de otras pruebas.

Estamos ante un procedimiento que pretende que no se declaren incapaces los que tienen capacidad para gobernarse por sí mismos y que se determine con las máximas garantías las personas que como consecuencia de su falta de autogobierno deben quedar sujetos al control de un tutor o curador.

Con este criterio la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la *“quiebra de los principios dispositivo y de aportación de parte, introduciendo el inquisitivo y la investigación de oficio por parte de los*

órganos jurisdiccionales, que deben llevar al proceso cualquier medio de prueba destinado a determinare la concurrencia o no de las circunstancias determinantes de la incapacidad, trasciende al fallo evitando que el mismo incida en incongruencia, al entrar en juego tanto los intereses privados del presunto incapaz como los públicos”

Estamos ante un procedimiento dotado de unas buenas garantías en la que se parte de la presunción de capacidad de la persona. Así está previsto que se nombre un defensor judicial al presunto incapaz que supla su pasividad. El hecho de no comparecer a juicio el presunto incapaz y su declaración de rebeldía no implica como en el resto de los procesos civiles la admisión de los hechos, ya que es necesario probar los mismos.

La sentencia de incapacitación es recurrible mediante recurso de apelación en el plazo de cinco días desde la fecha de notificación. El recurso deja en suspenso la declaración de incapacidad, por lo que el enfermo mental mantendrá su presunción de capacidad, sin perjuicio de que se mantengan las medidas cautelares que hubiese podido adoptar el Juez de Primera Instancia.

En la apelación rigen los mismos principios que en la primera instancia y el Tribunal de apelación tiene la misma libertad probatoria que aquél: examina nuevamente al incapaz; audiencia de parientes y ordena un dictamen pericial médico.

Contra la sentencia que resuelve el recurso de apelación cabe recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional. El planteamiento de uno es incompatible con el otro.

20.- ¿Tiene que comparecer el presunto incapaz?

No es obligatorio, independientemente de que comparezca o no, durante el desarrollo del procedimiento se mantiene la presunción de capacidad de obrar.

La pasividad del enfermo mental no se puede entender como admisión de hechos, siendo preciso realizar prueba concluyente de su incapacidad. Si no comparece le defiende y representa el Ministerio Fiscal.

Si la demanda la ha iniciado el Ministerio Fiscal se le nombra un defensor judicial. Este defensor judicial, como representante del presunto incapaz no podrá manifestarse a favor de la incapacitación ya que no actúa en nombre propio sino en representación. En caso de que el defensor judicial se posicionase a favor de la incapacitación estaríamos ante un conflicto de intereses y procedería el nombramiento de uno nuevo.

En la práctica judicial es habitual que el familiar que ha puesto los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sea llamado por el juzgado y termine designado defensor judicial, que si bien no es del todo correcto, tampoco es probable que pueda alterar el resultado del juicio, ya que el informe forense y el examen judicial suele ser la prueba más concluyente en estos procedimientos y estos medios probatorios son totalmente neutrales.

También existe la opción de que el enfermo mental comparezca y se oponga a la demanda a través de procurador y abogado, salvo que el notario o el secretario judicial lo consideren incapaz para otorgar poderes.

Igualmente puede designar abogado y procurador de oficio que serán gratuitos si no supera el límite de ingresos establecido. La Ley 1/1996, de 10 de enero de Justicia Gratuita no admite la petición por representante,

con lo que se podría dar el problema con el defensor judicial que no litiga en nombre propio, ya que es el representante del presunto incapaz, por lo que si se aplica estrictamente la Ley de Justicia Gratuita habría que tener en cuenta los recursos del defensor judicial y no los del presunto incapaz. El criterio en estos momentos en Aragón es tener en cuenta los ingresos del presunto incapaz y no los del defensor judicial.

21.- ¿Se puede tomar alguna medida de protección antes de la declaración judicial de incapacidad?

Como todo procedimiento judicial entre el momento de la interposición de la demanda de incapacidad y la sentencia que declare en su caso la incapacidad del enfermo mental, pueden pasar un mínimo de cuatro meses, que se puede ampliar ostensiblemente en virtud de incidencias procesales (problemas de notificaciones, acumulación de asuntos en el juzgado, periodos vacacionales, pruebas, etc.) que pueden superar el año.

Para evitar situaciones irreversibles para cuando se obtenga la sentencia, el procedimiento judicial contempla la posibilidad de solicitar con la demanda, para que se adopten de forma urgente una serie de medidas que se denominan cautelares como pueden ser:

- Nombramiento de administrador provisional.
- Anotación preventiva de la demanda.
- Depósito de bienes muebles o valores mobiliarios en un establecimiento adecuado.
- Indisponibilidad de cuentas bancarias.

Al lado de estas medidas cautelares que persiguen proteger al presunto incapaz mientras finaliza el proceso, existen medidas de protección que se mantienen más allá del procedimiento de incapacitación y que son de

carácter personal, pudiéndose plantear en el propio proceso de incapacitación o fuera de él como pueden ser:

- Internamiento no voluntario en un centro adecuado.
- Tratamiento médico.
- Alimentos provisionales.

22.- ¿Cómo tiene conocimiento el Juez de las designaciones de tutores hechas por los familiares o por el propio interesado?

Los notarios notifican de oficio al Registro Civil el documento en el que el presunto incapaz o el padre disponen la persona que designan como tutor para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. El Juez al que le corresponda nombrar tutor, recabará de oficio certificación del Registro de actos de últimas voluntades y del Registro Civil, para comprobar si existe autodesignación de tutor o propuesta de tutor por los padres.

23.- ¿Todas las incapacidades son iguales?

Es evidente que las limitaciones en una persona como consecuencia de su enfermedad mental son muy diversas.

En unos casos afectará totalmente a todas las facetas del enfermo, de forma que no esté en condiciones de decidir sobre sus cuidados personales, control económico, medicación, etc... En otros casos, la capacidad del enfermo mental requerirá ayuda para controlar su tratamiento médico, las cuentas bancarias o cualquier otra circunstancia concreta.

La sentencia de incapacitación deberá determinar la extensión de la incapacidad. En el caso de incapacidad total el Juez nombrará un “Tutor”. En caso de incapacidad parcial, el Juez nombrará un “Curador”.

El problema que suele darse en la práctica es que las sentencias son muy amplias, refiriéndose normalmente a los artículos del Código Civil que establecen las obligaciones de los tutores y curadores, sin concretar para que actos concretos se encuentra incapacitada la persona; por lo que ante actuaciones concretas del incapaz puede generarse dudas sobre el hecho concreto objeto de conflicto. Sería recomendable que en las sentencias se concretasen aquellos actos de mayor conflictividad respecto del sujeto concreto.

24.- ¿La incapacidad es para siempre?

La incapacidad puede ser revisada en cualquier momento. La revisión esta sometida a los mismos requisitos que la solicitud inicial. Están legitimadas las mismas personas que pueden instar la incapacidad, requiere demanda y sentencia judicial.

La revisión puede ser tanto para aumentar el control del incapaz, es decir para pasar de una incapacidad parcial o curatela a una incapacidad total, como para recobrar total o parcialmente la capacidad de obrar del enfermo mental.

La Ley no impone directamente a las personas legitimadas la obligación de presentar una demanda de rehabilitación de la capacidad cuando existan indicios de que se ha recuperado parcial o totalmente.

Lo lógico es que esta situación se ponga de manifiesto en las rendiciones de la situación económica y personal que los tutores deben presentar anualmente.

No obstante, si los legitimados para interponer la rehabilitación aprovechándose de la vulnerabilidad del enfermo mental incapacitado ocultasen este hecho maliciosamente incurrirán en un delito contra la integridad moral tipificado en el artículo 173 del Código Penal.

25.- ¿Son nulos los actos realizados por los incapacitados?

El artículo 1263.2 del Código Civil establece la nulidad de los actos realizados por los incapacitados judiciales.

La diferencia en cuanto a la posibilidad de anular actos realizados por un enfermo mental incapacitado y otro que no lo esté, es que en el primer caso existe una restricción indefinida de la capacidad civil que permite impugnar sin tener la carga de la prueba de la falta de consentimiento, gozando de lo que en derecho se denomina "*presunción iuris tantum*", será la otra parte la que tendrá que probar que ese momento el incapaz se encontraba en un momento lúcido.

En el caso del enfermo mental no incapacitado, la situación se invierte, la presunción es que el enfermo mental tiene capacidad suficiente para realizar el acto que se impugna y tendrá que demostrar mediante pruebas concluyentes que ese momento no prestó válidamente el consentimiento.

26.- ¿Qué puede hacer una persona incapacitada?

La incapacitación judicial de un enfermo mental supone una limitación de su capacidad de obrar pero no su total anulación, hay que diferenciar entre los llamados actos personalísimos que únicamente pueden ser realizados directamente por el incapacitado, no pudiendo ser realizados por terceras personas como el tutor o curador, de los actos que puede hacer por representación de su tutor o asistido por el curador. Entre estos actos personalísimos podemos señalar:

- **Contraer matrimonio**, siempre que tenga capacidad para prestar el consentimiento en el momento de la celebración. El Juez Encargado del Registro, en caso de duda sobre la capacidad, deberá pronunciarse, previo informe del médico forense y del Ministerio Fiscal. Si no ha existido pronunciamiento previo del Juez, el matrimonio sigue siendo válido, pero podrá ser impugnado solicitando la nulidad por falta de este requisito.
- **Otorgar testamento ante notario**, siempre que en el momento de otorgarlo esté en un intervalo lúcido. Es imprescindible el dictamen favorable de dos psiquiatras y la presencia de dos testigos.
- **Votar en elecciones**, el incapacitado puede ejercer el derecho al sufragio salvo que estuviese expresamente limitado en la sentencia de incapacidad.
- **Reconocer un hijo extramatrimonial**, es válido, pero está condicionado a la aprobación judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal.

27.- ¿Cómo conocen las terceras personas la sentencia de incapacidad?

La sentencia de incapacidad, una vez firme, produce efectos automáticos en el estado civil del enfermo mental.

El Juzgado de oficio inscribe la sentencia en el Registro Civil, la declaración de incapacidad se inscribirá al margen de la inscripción de nacimiento.

A petición de parte se puede inscribir en otros registros (Mercantil, Propiedad).

Es conveniente, aunque no obligatorio comunicar a las entidades bancarias en las que el incapaz figure en alguna cuenta la sentencia de incapacitación, para evitar conflictos y reclamaciones ante posibles operaciones bancarias del incapaz.

Dicha comunicación deberá efectuarse de forma fehaciente, debiendo guardarse el tutor o curador justificante de la comunicación a efectos probatorios posteriores.

Los actos realizados por incapaz sin la intervención de su tutor, son actos sin facultad decisoria.

28.- ¿Qué es un tutor?

Es la persona designada por el Juez que sufre la capacidad de obrar del incapacitado. Normalmente el nombramiento de tutor se realiza en el mismo procedimiento de incapacitación por economía procesal, pero no es obligatorio.

Si no se realiza todo en el mismo procedimiento, una vez finalizado el juicio de incapacidad es necesario iniciar un nuevo procedimiento para el nombramiento de tutor. Este nuevo procedimiento se tramita como procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Una vez concluido el procedimiento, el Juez nombra el tutor. El nombramiento no producirá efectos hasta transcurridos 15 días desde la notificación del nombramiento, durante dicho plazo se puede presentar la renuncia al cargo, que únicamente se admitirá en caso de estar debidamente justificada, en caso contrario, el nombramiento se inscribe en el registro Civil, que es el momento en el que la designación tiene efectividad.

29.- ¿Qué es un Curador?

Es la persona designada por el Juez que asiste y complementa la capacidad de obrar del incapacitado en los actos determinados en la sentencia. La diferencia con el tutor es clara: el tutor representa al incapaz, el curador sólo asiste.

30.- ¿Qué es el Defensor Judicial?

Es un cargo transitorio nombrado por el Juez. Su función es representar o asistir al incapaz en los casos de conflictos de intereses, vacío de tutela o cuando el proceso judicial de incapacitación ha sido iniciado por el Ministerio Fiscal. Si el presunto incapaz no comparece, se nombra defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador y abogado que asuma la defensa.

Tiene las funciones que le haya atribuido el Juez dependiendo de los motivos de su nombramiento.

31.- ¿Qué es la Guarda de Hecho?

Es una situación que se da habitualmente. No todas las personas incapaces están declaradas como tales por una sentencia y por lo tanto carecen de tutor o curador que le represente, legalmente no son incapaces, pero la realidad es que tienen una incapacidad para su autogobierno y se encuentran tuteladas de hecho por sus familiares, un centro asistencial u otra persona.

Ya hemos comentado nuestro criterio de incapacitar cuando ello suponga un beneficio para el incapaz, otras veces será la propia situación psiquiátrica del enfermo la que no aconseje iniciar un proceso judicial que puede hacer empeorar su estado.

La realidad es que hay más guardadores de hecho que tutores. El guardador no es el representante legal del incapaz, no puede sustituir su capacidad de obrar aunque ejerza todas las obligaciones de un tutor.

Puede realizar los pagos ordinarios (comida, alquiler, electricidad, ropa etc.), pero al no tener la representación no puede realizar actos de disposición sobre su patrimonio.

Al no estar regulada expresamente la figura del guardador de hecho puede dar lugar a abusos.

Es una figura que muchas veces no se puede mantener indefinidamente, ya que en el momento que el incapaz tenga que firmar

cualquier documento público no habrá más remedio que iniciar los trámites de incapacitación, ya que difícilmente un notario admitirá la firma de un incapaz de hecho.

La falta de regulación no exime al guardador de hecho que pueda ser requerido por el Juez que tenga conocimiento de la situación para que informe y presente cuentas de su administración, por lo que se recomienda en estos casos guardar justificación de los gastos, así como confeccionar un inventario de sus bienes y memoria de las actuaciones realizadas.

Artículo 304 del Código Civil que dice que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

32.- ¿Quién puede ser tutor?

Cualquier persona que tenga capacidad de obrar y esté en pleno uso de sus derechos civiles. También pueden ser tutores las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro siempre que figure expresamente en sus estatutos la protección de menores e incapacitados y la aceptación de tutelas.

No podrán ser tutores:

- Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.
- Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior
- Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo condena.
- Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

- Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida.
- Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
- Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.
- Los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.

33.- ¿Quién tiene preferencia para el cargo de tutor?

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil, tendrán preferencia:

- El designado por el propio tutelado en documento público antes de declararse su incapacidad.
- El cónyuge que conviva con el menor o incapacitado.
- Los padres.
- La persona o personas designadas por los padres en su testamento.
- Los descendientes, ascendientes o hermanos que designe el Juez.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar este orden o prescindir de todas las personas anteriormente designadas, si el

beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. En Aragón la designación de los padres en testamento vincula al Juez.

34.- ¿Qué derechos tiene el tutor?

El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.

El tutor tiene una representación amplia tanto para los actos judiciales como para los extrajudiciales que no requieran una autorización previa de la autoridad judicial.

No tiene la representación para actos llamados jurídicamente “personalísimos” como son otorgar testamento, contraer matrimonio, votar etc.

No obstante, para determinar qué actos puede hacer el incapaz personalmente habrá que estar al fallo de la sentencia de incapacidad, que determina la extensión y límites.

Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, el cual puede recabar el auxilio de la autoridad (artículo 268 del Código Civil).

35.- ¿Qué obligaciones tiene el tutor?

El tutor está obligado a velar por el tutelado y en particular:

A) Obligaciones del tutor anteriores al ejercicio del cargo:

- Fianza. El juez puede exigir prestar fianza y en tal caso deberá prestarla antes de entrar a desempeñar las funciones del cargo con la modalidad que el Juez señale.

- Inventario. Es una medida fundamental y lógica en una administración de bienes, de ahí que aconsejemos también realizarla en las guardas de hecho. Se concede un plazo de 60 días para realizarla a partir de que el tutor ha tomado posesión del cargo. Ha diferencia de la fianza, el inventario tiene carácter obligatorio. El Código Civil establece que se “formará” judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que el Juez estime conveniente. El tutor cumple con presentar una relación de los bienes. Es importante una buena confección de la relación de bienes ya que servirá en el futuro para justificar la gestión en la rendición de cuentas que se debe presentar anualmente en el juzgado.

- Depósito de ciertos bienes. De acuerdo con el artículo 265 del Código Civil *“el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios que, a juicio de la Autoridad judicial, no deban quedar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado al efecto”*.

B) Obligaciones del tutor durante el ejercicio del cargo:

- A procurarle alimentos. No supone la obligación de alimentarlo a costa del patrimonio del tutor, sino realizar las diligencias adecuadas para conseguirlos con cargo a las rentas, patrimonio, pensiones, subsidios o ayudas que pueda recibir el incapacitado.

- A educar al menor y procurarle una formación integral. A pesar de la literalidad del apartado que nombra únicamente a los menores, la interpretación más lógica parece extender este derecho a los enfermos mentales.

- A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. Esta obligación no esta en relación con la fortuna del incapaz, que evidentemente puede contribuir a mejorar su capacidad, ya que el tutor puede acudir al sector público a través de sus recursos sociales creados para tal fin o a cualquiera de las entidades sociales que trabajan con el colectivo.

- A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendir cuenta anual de su administración. Es un sistema de control. Independientemente de esta obligación anual debe poner en conocimiento del Juez cualquier hecho extraordinario que tenga relevancia.

36.- ¿Qué tiene prohibido el tutor?

El artículo 221 del Código Civil enumera una serie de actos que el tutor no puede hacer:

- *Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.*

- *Representar al tutelado cuando en el mismo acto interviene en nombre propio o de un tercero y existiera conflictos de intereses. En este caso se le nombra un defensor judicial.*

- *Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

37.- ¿Es obligatorio el cargo de tutor?

Quando el Juez nombra tutor, existe la obligación de aceptar, si bien puede excusarse tanto antes de entrar a desempeñar su cargo como después. Existe un procedimiento y unas causas.

Si la excusa es antes, deberá alegar la causa dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento de su nombramiento. Este plazo, al ser civil se computan todos los días independientemente de que sea domingos, festivos o sábados.

Si el motivo de la excusa es posterior, podrá realizarlo siempre que hubiere personas de parecidas condiciones para sustituirle, no en caso contrario.

El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de la delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador.

La persona que alegue la excusa debe seguir ejerciendo sus funciones tutelares. Si no lo hace, el Juez nombra al incapaz un defensor judicial. Si el juez rechaza la causa alegada, el tutor será responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa.

El Código Civil establece las siguientes excusas:

- Por razón de la edad.
- Por razones de enfermedad.
- Por razones de ocupaciones personales o profesionales.
- Por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado.

- Por carecer de los medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.
- Si el Juez admite la causa de la excusa, procederá a nombrar un nuevo tutor.

38.- ¿Puede ser tutor más de una persona?

El artículo 236 del Código Civil establece que la tutela se ejercerá por un único tutor, salvo determinados casos excepcionales:

1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de tutor de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.
2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.
3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.
4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

En este caso, si el testador lo ha dispuesto expresamente, el Juez puede acordar que las facultades de tutela se ejerzan solidariamente.

En la práctica, lo habitual es que desde los tribunales se designe a un único tutor como persona idónea para el ejercicio del cargo, aceptando, en caso de duplicidad de tutores que uno de ellos se haga cargo de la persona y otro de lo concerniente a los bienes, debiendo rendir cuentas al juzgado anualmente cada uno de ellos de su actividad concreta.

39.- ¿Se puede cesar a un tutor?

Se puede cesar al tutor después de tomar posesión del cargo por las mismas causas que la Ley establece para no poder aceptar el cargo de tutor y cuando *“se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio”* (art. 247 Código Civil).

El cese se puede realizar de oficio por el Juez a petición del Ministerio Fiscal o por persona interesada. Las causas de cese son muy amplias y tienden a evitar la negligencia y abandono de las obligaciones del tutor.

40.- ¿Qué responsabilidad tiene el tutor por sus actuaciones?

El tutor es responsable frente a la persona sujeta a su tutela de sus actuaciones. Las obligaciones del tutor están recogidas fundamentalmente en el artículo. 269 del Código Civil:

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

1º.- A procurarle alimentos.

2º.- A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º.- A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

4º.- *A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.*

En otros artículos se establecen otras obligaciones. Así el artículo 270 del Código Civil, refiriéndose a la administración del patrimonio del incapaz, hace costar que el tutor *“está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”*. El artículo 271 establece la necesidad de autorización judicial para la realización de determinados actos.

El incumplimiento de estas obligaciones genera una responsabilidad para el tutor. Es decir que es responsable frente a su tutelado de los daños y perjuicios que sufran por acciones u omisiones dolosas o culposas derivadas de su actuación. Ejemplos de esta responsabilidad sería el caso de la inversión del patrimonio del tutelado en operaciones bancarias de alto riesgo, la no tramitación de pensiones que pudiese percibir como consecuencia de su incapacidad, etc.

41.- ¿Qué responsabilidad tiene el tutor por las actuaciones del incapaz?

El tutor es responsable de los daños y perjuicios que cause el incapaz a terceras personas. La responsabilidad por hecho ajeno es uno de los principales problemas con lo que se puede encontrar el tutor en el desarrollo de sus funciones.

La jurisprudencia de los Tribunales es tremendamente rigurosa en esta materia hasta el punto de que la culpa se presume y la norma general será la condena frente a las reclamaciones de los perjudicados.

Ante la falta de una regulación expresa de la responsabilidad en los artículos que regulan la tutela, hay que acudir a los siguientes artículos:

Artículo. 1902 del Código Civil *“El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*

Artículo 1903 del Código Civil *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

Es decir, que el tutor será responsable frente a sus tutelados de los daños y perjuicios que sufran por acciones u omisiones dolosas o culpables e igualmente responderá frente a terceros por los daños que causen sus tutelados a los mismos.

42.- ¿El tutor responde de la misma forma por los actos propios y de los que cause el incapaz a terceras personas?

Existe una diferenciación en la aplicación jurisprudencial de los artículos. 1902 y 1903.

El elemento de culpa del tutor por actos propios que es regulado en el artículo 1902 ha de ser probado por quien reclama, frente a la presunción de culpa del tutor y de los responsables que enumera el 1903 en el caso de los perjuicios ocasionados por el incapaz a terceras personas.

El requisito para determinar el nacimiento de la responsabilidad es la existencia de **“culpa”**. Los dos elementos esenciales en la concepción de la culpa son:

- 1) *La medida de la diligencia exigible*
- 2) *La previsibilidad*

Como viene estableciendo la jurisprudencia, la diligencia obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado, previo un juicio de previsibilidad del mismo.

Es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas adecuadas para evitar el suceso.

El artículo 270 del Código Civil indica que el tutor debe administrar como un buen padre de familia. Este es un criterio abstracto que establece el 2º párrafo del art 1.104 del Código Civil. *“cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento”*, por lo que es el criterio que debe aplicarse a todas las obligaciones de la tutela.

Nuestros Tribunales aplican este concepto con una gran rigurosidad, hasta el extremo que la práctica totalidad de las sentencias consideran que si se ha producido por parte de un incapaz, un perjuicio a una tercera persona, éste se ha debido a la falta de diligencia por parte del tutor, que ha incurrido en culpa *“in vigilando”*.

El hecho ha de ser previsible, que es otro requisito de la culpa, como contraposición al hecho fortuito que ha de consistir en sucesos que no hubieran podido preverse o en sucesos que previstos fueran inevitables.

43.- ¿Cuándo prescribe la responsabilidad del tutor?

Cuando hablamos de responsabilidad del tutor, nos referimos a la responsabilidad extracontractual y por tanto a un plazo de prescripción de un año.

La Jurisprudencia es uniforme en considerar la responsabilidad de tutor como extracontractual, independientemente de la fijación de condiciones en el testamento, ya que la aceptación del cargo de tutor es un “deber”.

Otro caso es la existencia de un contrato previo entre las partes, cuestión no planteada en la jurisprudencia hasta el momento, pero que entiendo que estaríamos, en caso de incumplimiento, ante una responsabilidad contractual por haberlo pactado así expresamente las partes y en ese caso estaríamos ante un plazo de prescripción de 15 años.

El artículo 1.968 del Código Civil establece que: *“prescribe por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado”* El artículo 1.969 *“desde el día en que pudieron ejercitarse”*.

El Tribunal Supremo computa este plazo en el caso de lesiones que tardan en curar, desde la fecha en que se conocen de modo definitivo los efectos del perjuicio causado según el alta médica *“pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción, valorando el alcance efectivo y total del daño y del importe de la adecuada indemnización”*.

El plazo de prescripción puede verse modificado en caso de actuaciones penales previas, ya que si se ha seguido un procedimiento penal por el mismo hecho causante del daño cuya reclamación se realiza después en vía civil, el plazo de prescripción se empieza a computar a partir del día en que gane firmeza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, a la causa criminal.

La responsabilidad civil derivada de delito, prescribe a los 15 años, no en el plazo de un año del artículo 1.968.

En el caso de personas incapaces nos encontraremos normalmente con la inimputabilidad derivada por el hecho delictivo y por tanto la responsabilidad civil que se podrá reclamar tendrá su origen en el artículo 1.903 del Código Civil y será de un año.

44.- ¿Puede el tutor cobrar por ejercer su cargo?

El artículo 274 del Código Civil recoge esta posibilidad, diciendo que corresponde al Juez fijar el importe de la retribución y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del cuatro por ciento ni exceda del veinte por ciento del rendimiento líquido de los bienes.

La retribución no se puede fijar a costa del patrimonio, sólo sobre las rentas.

45.- ¿Para que actos necesita el tutor autorización judicial?

Necesita autorización judicial para:

- Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción, con excepción de la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- Realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además aprobación judicial.
- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- Entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- Ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa.
- Dar y tomar dinero a préstamo.
- Disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial.
- Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado, salvo autorización judicial en cualquiera de los dos casos.

CERTIFICADO DE MINUSVALÍA

46.- ¿Es lo mismo incapacidad civil, invalidez, minusvalía o dependencia?

Los términos incapacidad, invalidez, grado de minusvalía, o el reciente de dependencia pueden generar cierta confusión. No es extraño que cuando preguntamos si la persona está incapacitada, nos respondan que sí ya que está percibiendo una pensión de invalidez.

Son cosas diferentes. La incapacidad civil es imposibilidad del enfermo mental para autogobernarse. Exige que sea declarada por un Juez en sentencia y conlleva el nombramiento de un tutor o curador si estamos ante una incapacidad parcial.

La nueva Ley de medidas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007 de 4 de diciembre) incorpora unas modificaciones que afectan a las personas con discapacidad, de manera que, a los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entiende que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65% aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces.

Igualmente prevé que el Gobierno, en el plazo de un año, presente en el Congreso de los Diputados un estudio que analice globalmente las diferentes posibilidades para las familias de estas personas, a fin de garantizar una renta suficiente para las personas discapacitadas que como consecuencias de sus limitaciones no pueden realizar a lo largo de su vida una actividad profesional y se encuentren desprovistos de apoyo familiar.

Tal como se describe al beneficiario de esta nueva renta estaríamos dentro de la aplicación de la Ley de Dependencia, por lo que habrá

que estar a su desarrollo, especialmente en cuanto a la compatibilidad o no de la misma con las establecidas en esa Ley

Mientras que la minusvalía es un reconocimiento de los servicios sociales del grado de limitación derivado de su enfermedad. Se aplican unas tablas que están recogidas en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Para que el reconocimiento de la minusvalía tenga consecuencias prácticas requiere que el grado reconocido sea igual o superior al 33%.

Por su parte, dependencia es el nuevo concepto introducido por la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Se define como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u 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.

Las personas dependientes se clasificarán en tres grados de dependencia. Existe una valoración específica para enfermos mentales. La novedad es que las ayudas que desarrollará esta Ley será un derecho para las personas dependientes, similar al derecho a la asistencia sanitaria o educación que actualmente tenemos.

Es una Ley que tiene que ser desarrollada y su éxito estará en función de los presupuestos y recursos que se destinen, pero hay que reconocer que es un paso muy importante en el reconocimiento de las personas con discapacidad.

Asimismo, el término incapacidad o invalidez se emplea también para definir los grados de las pensiones de invalidez contributivas de la Seguridad Social que diferencia cuatro grados de invalidez:

- Incapacidad permanente parcial, cuando como consecuencia de las lesiones de la persona su capacidad para el trabajo se ve reducida en un 33%.
- Incapacidad permanente total, cuando como consecuencia de las lesiones, la persona afectada no puede continuar desarrollando su profesión habitual.
- Incapacidad permanente absoluta, cuando las lesiones le impiden realizar cualquier tipo de actividad, incluso las de carácter sedentario.
- Incapacidad permanente “gran invalidez”, cuando se precisa la ayuda de terceras personas para las cuestiones más elementales de la vida diaria.

Todas estas invalideces requieren que la persona haya cotizado en el cualquiera de los sistemas de la seguridad social un determinado número de años y su reconocimiento da derecho a percibir la pensión correspondiente.

Igualmente, el término invalidez se emplea para definir la pensión de “invalidez no contributiva” que pueden solicitar los enfermos mentales que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 65%, aunque no hayan cotizado a la Seguridad Social y siempre que no superen los límites de recursos económicos establecidos anualmente.

Es decir que una persona incapacitada judicialmente , podrá tener reconocido un grado de minusvalía y percibir una pensión de invalidez no contributiva (siempre que tenga reconocido un grado igual o superior al 65%, lo cual se presume desde el día 1 de enero de 2008 por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre y cumpla el resto de requisitos) o incapacidad permanente (siempre que haya trabajado y cumpla los requisitos), o tener reconocida una

situación de dependencia y percibir las correspondientes ayudas, pero son cosas diferentes, independientemente que varias de ellas puedan concurrir en la misma persona como habitualmente sucede.

47.- ¿Qué es el certificado de minusvalía?

Es un documento oficial, que acredita la condición de minusválido, que en Aragón es expedido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

Es preciso alcanzar como mínimo un grado de minusvalía del 33%. Esta valoración se rige por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE 26-I-2000).

Hay que tener en cuenta que desde la publicación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *“tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33%:*

- a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.*
- b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.”*

Por tanto, a los efectos de la citada Ley el grado de minusvalía según el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, se acreditará a parte de por el certificado mencionado por:

a) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

b) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La homologación de incapacidad permanente y grado de minusvalía, a pesar de lo que parezca una primera lectura de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del Real Decreto 1414/2006 de 1 de diciembre que la desarrolla, no es total, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la incapacidad permanente y la minusvalía son dos instituciones de naturaleza y finalidad diferente, tratando la primera de indemnizar al trabajador por una pérdida de su capacidad laboral debida a una alteración de la salud. Mientras que la segunda, hace referencia a una discapacidad de la persona, sin relación alguna con la prestación de servicios laborales. Por la que la homologación a que hace referencia la citada Ley es solamente a los efectos de la Ley 51/2003, es decir, a los efectos de discriminación y accesibilidad universal.

48.- ¿Cómo se solicita el certificado de minusvalía?

Se solicita a instancia del interesado, representante legal o guardador de hecho. El procedimiento es sencillo ya que únicamente hay que cumplimentar un impreso con los datos personales y aportar documentación acreditativa de las lesiones.

Una vez presentada la solicitud en el organismo correspondiente, en Aragón el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS), se notifica al interesado el día, hora y dirección del centro donde deberá presentarse para el reconocimiento.

En estos Centros los llamados equipos de valoración procederán a examinar al solicitante y emitirán un informe propuesta que contendrá:

- Diagnóstico de la minusvalía.
- Tipo y grado de minusvalía.
- En su caso, puntuación de los baremos para determinar la necesidad de ayuda de tercera persona y la existencia de dificultad de movilidad para utilizar los transportes públicos.

El Director provincial del IASS dictará resolución en base a dichos informes concediendo un grado de minusvalía.

Se debe alcanzar un grado del 33% para que sea posible declarar la situación de minusvalía.

El grado total de minusvalía es la suma del porcentaje de discapacidad y de los puntos por factores sociales. Para que se puedan sumar la puntuación por factores sociales es necesario que el porcentaje de discapacidad alcance el 25%.

49.- ¿Qué se puede hacer si deniegan el certificado?

En caso de que se deniegue el reconocimiento del grado de minusvalía o si no se está de acuerdo con el porcentaje reconocido se puede

interponer reclamación previa ante el Instituto Aragonés de Servicios Sociales en el plazo de 30 días.

En el caso que se deniegue la reclamación interpuesta se puede presentar demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de 30 días hábiles.

50.- ¿Para qué sirve?

Existen una parte de profesionales de la psiquiatría que desaconsejan la obtención del certificado de minusvalía para un enfermo mental ya que opinan que ello supone un estigma y un reconocimiento de su incapacidad, que perjudican su proceso curativo. Con el debido respeto a estos profesionales, nuestra opinión es totalmente favorable a la solicitud del certificado de minusvalía por enfermos mentales, ya que las ventajas superan los problemas de su no obtención.

Tan sólo entre un 40% y un 50% de los usuarios de los Centros de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid posee el certificado, según el estudio sobre Centros de Rehabilitación Laboral realizado por Teo Sobrino, Directora del Centro de Rehabilitación Laboral "Vázquez de Mella" de Madrid, dato que coincide con los obtenidos en Zaragoza en el estudio "Estudio sobre la Integración Laboral del Enfermo Mental en Zaragoza" realizado por el CERMI-Aragón, publicado en el 2006.

Desde el punto de vista de la integración laboral, es un documento imprescindible a la hora de encontrar trabajo un enfermo mental grave. La integración en empresas ordinarias de enfermos mentales es prácticamente inexistente. Las personas con graves problemas de discapacidad y certificado de minusvalía tienen acceso a los llamados centros especiales de empleo, que

son empresas adaptadas a las especiales características de los diferentes colectivos de discapacitados, pero para ello, como hemos comentado, es imprescindible tener el correspondiente certificado de minusvalía.

Igualmente, el certificado de minusvalía da derecho también a subvenciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social en la empresa ordinaria.

No tenemos más que ver los beneficios que se pueden obtener para aconsejar su solicitud. Sin realizar una lista completa, podemos citar los siguientes:

- Pensiones no contributivas de jubilación e invalidez.
- Prestaciones familiares por hijo a cargo.
- Exención del Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica y del de Matriculación.
- Derecho a solicitar viviendas de protección oficial para personas con discapacidad.
- Derecho a solicitar ayudas para adaptar la vivienda habitual.
- Facilidades para acceder a contratos laborales al permitir a las empresas que contraten a personas discapacitadas a efectuar bonificaciones en las cuotas que tienen que ingresar en la Seguridad Social.
- Posibilidad de acceder a la administración dentro del cupo de reserva de plazas a personas discapacitadas.
- Solicitar tarjeta de aparcamiento (solo si se tiene movilidad reducida).
- Descuentos en el transporte (tarjeta dorada de RENFE).

INTEGRACIÓN LABORAL DE ENFERMOS MENTALES

51.- ¿Qué porcentaje de enfermos mentales trabajan en Aragón?

Actualmente, según la OMS, entre la población mundial existen unos 400 millones de personas con trastorno mental. Por otra parte se calcula que el 25% de la población española padecerá a lo largo de su vida algún tipo de trastorno mental, aumentando progresivamente el número de personas a las que estas limitaciones les impiden realizar una actividad laboral normal.

Sin embargo, aun teniendo en cuenta que estamos hablando de un alto porcentaje de población según la OMS, no existen en nuestro país estudios precisos sobre el número real de personas afectadas por una enfermedad mental con dificultades para conseguir su integración laboral. Siguiendo la tendencia existente a nivel nacional, en Aragón los datos publicados incluyen a las personas con enfermedad mental dentro del colectivo de discapacitados psíquicos. La encuesta de población activa (EPA), base de datos estatal de personas con discapacidad, no diferencia al colectivo y los incluye en un único apartado.

La cuantificación de personas con trastornos mentales a los que su enfermedad limita o afecta su integración laboral es compleja por varios motivos:

- En primer lugar, no se recogen datos sobre la dificultad de integración laboral de los pacientes en la historia médica que realiza el SALUD.
- No todos los enfermos mentales acuden al servicio público de salud, siendo atendidos en centros privados.
- Las dificultades derivadas de la propia enfermedad, que limitan la conciencia de enfermedad por lo que el paciente no acude a tratamiento, formando parte de una bolsa de enfermos mentales prácticamente imposible de cuantificar.

- La mayoría de los estudios denominan discapacitados "*psíquicos*" tanto al colectivo de personas con retraso mental como al de enfermedad mental.
- El número de enfermos mentales que tienen un certificado de minusvalía es inferior al número real de este colectivo, debido al criterio de algunos profesionales que consideran que el reconocimiento de una minusvalía no es lo más conveniente para su recuperación, criterio que a veces es extensivo a los propios familiares y usuarios.
- Las asociaciones de familiares de enfermos mentales en Aragón están poco desarrolladas y carecen de bases de datos para determinar el número de personas realmente afectadas.
- El estigma de la enfermedad hace que este dato se oculte por parte de los familiares.

En Zaragoza, según el "Estudio sobre la Integración Laboral del Enfermo Mental en Zaragoza" realizado por el CERMI-Aragón, publicado en el 2006, tenía en el año 2005 una población de 650.592 habitantes, a los que había que añadir 53.237 extranjeros empadronados, lo que proporciona unos datos oficiales de 703.829 habitantes en la ciudad.

El número de personas atendidas por los centros de salud mental, dependientes del SALUD, y que tienen historial médico es de 96.770, lo que representa un 13,7% de los ciudadanos de Zaragoza.

La metodología del citado estudio consistió en la revisión de las historias clínicas de las unidades de salud mental de Zaragoza, comprobando cuáles cumplían los parámetros establecidos:

- Personas en edad laboral, comprendidas en la escala de 18 a 65 años, a 31 de diciembre de 2005.
- Tener diagnosticado alguno de los trastornos considerados graves.

Durante el periodo de recogida de datos, se revisaron un total de 28.220 historias clínicas, pertenecientes a las unidades de Salud Mental.

El número de casos que recogía trastornos mentales graves ascendió a 1.115 historias, lo cual quiere decir que alrededor del 4 % del total de historiales existentes en las unidades de salud mental estudiadas refiere algún trastorno mental grave.

Los datos obtenidos dieron como resultado que en Zaragoza existen 3.871 personas que padecen un trastorno mental grave y que están en edad laboral (18 a 64 años), de las cuales el 80% esta en situación de desempleo.

En otro estudio realizado por el INAEM y la Caja de la Inmaculada en el 2005 "*Discapacidad y Empleo*" proporciona la cifra de 7.555 personas afectadas por una discapacidad psíquica, indicando que en dicho apartado incluye tanto a las personas con discapacidad intelectual como a las personas con enfermedad mental.

***Tipo de discapacidad según provincia
(Estudio Discapacidad y Empleo)***

<i>Tipo</i>	<i>Huesca</i>	<i>Teruel</i>	<i>Zaragoza</i>	<i>Total</i>
<i>Física</i>	2.084	1.235	10.454	13.773
<i>Psíquica</i>	1.775	1.181	7.555	10.511
<i>Mixta</i>	1.669	307	5.384	7.360
<i>Otros</i>	34	47	599	680
<i>Total</i>	5.562	2.770	23.992	32.324

De la comparación de los datos de ambos estudios se pone de relieve que el colectivo de enfermos mentales es el más numeroso después de los discapacitados físicos, ya que de 7.555 discapacitados calificados como “psíquicos”, 3.871 son enfermos mentales.

De lo que no existen estudios que conozcamos es de cuántos discapacitados psíquicos se dan las dos discapacidades (discapacidad intelectual y enfermedad mental).

52.- ¿Qué es un centro especial de empleo?

Los Centros Especiales de Empleo son empresas que, mediante la realización de un trabajo productivo y la participación regular en las operaciones del mercado, tienen por finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social a sus trabajadores discapacitados, a la vez que han de constituir un medio de integración del mayor número de estos trabajadores al régimen de trabajo normal.

Los objetivos de los Centros Especiales de Empleo son:

- a) Asegurar un empleo remunerado a sus trabajadores discapacitados.
- b) Prestar servicios de ajuste personal y social a dichos trabajadores.
- c) Facilitar la integración de éstos en el mercado ordinario de trabajo.

Las personas que pueden trabajar en estos Centros Especiales de Empleo tienen que ser personas desempleadas, con alguna discapacidad física, psíquica, mental o sensorial, reconocida oficialmente en un grado igual o superior al 33%.

El porcentaje de trabajadores discapacitados no puede descender nunca del 70 % del total de la plantilla, si bien a estos efectos no se computará el personal no minusválido que el centro dedique a la prestación de servicios de ajuste personal y social para los trabajadores discapacitados.

La creación de estas empresas requiere un procedimiento especial. Aunque estas empresas pueden ser públicas o privadas, carecer o no de ánimo de lucro.

Requisitos:

- Presentar un estudio económico que justifique la viabilidad del proyecto presentado.
- Cumplir el porcentaje mínimo de personal discapacitado (70%) con contrato laboral específico para centro especial de empleo.
- Contar con el personal técnico adecuado a las necesidades de la empresa.

A parte del hecho de la obligación de contar en su plantilla como mínimo de un 70% de personal discapacitado y alguna otra especialidad, a estas empresas se les aplica las mismas normas que a las empresas ordinarias, ya que el objetivo final del centro especial de empleo es integrar al personal discapacitado en la empresa ordinaria.

Teóricamente es un paso intermedio a la empresa normalizada, si bien este tránsito no funciona con la fluidez prevista por el legislador.

Ahora bien, cuando hablamos de enfermos mentales graves este paso es prácticamente imposible.

Como medida encaminada a esta integración total, en los centros especiales de empleo se realizan los llamados Servicios de Ajuste Personal que son los servicios de rehabilitación, terapéuticos, de integración social,

culturales y deportivos que el Centro Especial de Empleo presta para procurar al trabajador minusválido, de acuerdo con la naturaleza y características de su discapacidad, una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social.

Otra medida para favorecer esta integración son las Unidades de Apoyo a la actividad profesional. Son equipos multiprofesionales enmarcados dentro de los Servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo e integrados por personal técnico con titulación universitaria o experiencia equiparable y por encargados de apoyo a la producción. La normativa reguladora establece la composición mínima de estas Unidades de apoyo.

Las funciones de las Unidades de apoyo a la actividad profesional son:

a) Detectar y determinar, previa valoración de capacidades de la persona y análisis del puesto de trabajo, las necesidades de apoyo para que el trabajador con discapacidad pueda desarrollar su actividad profesional.

b) Establecer las relaciones precisas con el entorno familiar y social de los trabajadores con discapacidad, para que éste sea un instrumento de apoyo y estímulo al trabajador en la incorporación a un puesto de trabajo y la estabilidad en el mismo.

c) Desarrollar programas de formación necesarios para la adaptación del trabajador al puesto de trabajo, a las nuevas tecnologías y a los procesos productivos.

d) Establecer apoyos individualizados para cada trabajador en el puesto de trabajo.

e) Favorecer y potenciar la autonomía e independencia de los trabajadores con discapacidad, principalmente, en su puesto de trabajo.

f) Favorecer la integración de nuevos trabajadores al Centro Especial de Empleo mediante el establecimiento de los apoyos adecuados a tal fin.

g) Asistir al trabajador del Centro Especial de Empleo en el proceso de incorporación a Enclaves Laborales y al mercado ordinario de trabajo.

h) Detectar e intervenir en los posibles procesos de deterioro evolutivo de los trabajadores con discapacidad a fin de evitar y atenuar sus efectos.

Este servicio está destinado a los trabajadores con discapacidad que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos.

- Personas con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33% con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual.
- Personas con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65% con discapacidad física o sensorial.

También lo pueden recibir otros trabajadores con discapacidad del Centro Especial de Empleo siempre y cuando no se menoscabe la atención y dedicación a los dos grupos citados anteriormente.

Las contrataciones de personas discapacitadas tienen una bonificación del 100% las cuotas de la Seguridad Social y una subvención del 50% del salario mínimo interprofesional, pudiendo recibir en concepto de proyecto generador de empleo 12.000 euros por contrato indefinido.

En estos momentos es el modelo de integración laboral más subvencionado que existe en el mercado, y a pesar de que debería ser el instrumento más útil para integrar a enfermos mentales graves no se le está sacando el provecho que era previsible.

53.- ¿Qué centros específicos existen en Aragón para enfermos mentales?

A la vista de los datos recogidos en el estudio del CERMI-Aragón de 2006, observamos que es un colectivo bastante numeroso pero su integración laboral ocupa los últimos lugares en relación con las otras discapacidades.

La integración de enfermos mentales graves en el mercado ordinario es prácticamente inexistente. Todas las organizaciones consultadas en Aragón que trabajan con este colectivo coinciden que la única opción real de integración para estas personas (estamos hablando de enfermos mentales graves) pasa por la fórmula del Centro Especial de Empleo (CEE). El desempleo en el colectivo de enfermos mentales supera el 80%.

En Aragón había en el año 2006, según el estudio mencionado, 50 CEE en activo, que daban trabajo a 1.512 personas discapacitadas.

El número de personas afectadas por enfermedad mental que trabajan en estos centros es de 79, distribuidas en seis empresas:

- Integración Laboral Arcadia S.L. (40 personas)
- Servicios Parque Delicias S.L. (17 " .)
- Integración Social La Alfranca S.L. (7 ")
- El Cierzo y la Retama S.L. . (4 " .)
- Somontano Social S.L. (8 " .)

- Jardinería del Valle de Benasque S.L. (3 ")

Es decir, que los enfermos mentales que trabajan en CEE en Aragón se sitúan en torno al 5%. Únicamente seis, de los 50 Centros Especiales de Empleo existentes en Aragón, se dedican a la integración de enfermos mentales, lo que supone 79 personas afectadas por esta discapacidad frente a un total de 1.512 trabajadores discapacitados en toda la comunidad, a los que habría que añadir un 1% de personas afectadas por enfermedad mental, que trabajan en otros Centros Especiales de Empleo no especializados en esta discapacidad.

Actualmente el número de centros especiales de empleo son aproximadamente 60 y dan trabajo a unas 1.600 personas, pero los centros de enfermos mentales no han variado, por lo que siguen siendo válidos los porcentajes del estudio del año 2006.

Plantillas de los CEE por tipo de minusvalía en Aragón (año 2006)

Psíquicos.....	517
Físicos.....	808
Sensoriales.....	108
Enfermedad mental.....	79

Total.....1.512

Porcentajes por discapacidad en CEE en Aragón

Físicos.....	54%
Psíquicos.....	37%
Sensoriales.....	4%
Enfermedad mental.....	5%

Total.....1.512

54.- ¿Qué son las medidas alternativas?

La Ley de Integración Social del Minusválido establece que las empresas de 50 o más trabajadores han de establecer una cuota de reserva del 2% de su plantilla para trabajadores discapacitados.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ante la constatación del insuficiente grado de cumplimiento de este imperativo legal ofrece, a través del Real Decreto 27/2000, una serie de medidas alternativas al cumplimiento de la obligación citada.

Así, cuando los empresarios no puedan hacer frente a la obligación del cumplimiento de la cuota de reserva, por la imposibilidad de que los servicios de empleo públicos o las agencias de colocación puedan atender la oferta de empleo, podrán optar por alguna de las siguientes medidas alternativas:

- Realización de un contrato mercantil o civil con un Centro de Empleo (CEE) o con un trabajador autónomo discapacitado para suministro de bienes necesarios de la empresa.
- Realización de un contrato mercantil o civil con un CEE o con un trabajador autónomo discapacitado para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
- El importe anual de estos contratos será, al menos, 3 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar.
- Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, a fundaciones y asociaciones que desarrollen actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad.

- El importe anual de esta donación será, al menos, 1,5 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar. Las empresas que utilicen esta medida deberán comunicarlo al servicio público de empleo antes de su aplicación.

55.- ¿Qué medidas se han introducido para favorecer la integración del enfermo mental en los contratos públicos?

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a parte de establecer que los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 %, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, ha incorporado una nueva modalidad que afecta a los centros especiales de empleo, que por lógica están llamados a ser el instrumento de integración laboral de enfermos mentales graves, que puede contribuir positivamente a lograr este objetivo.

En concreto establece en la Disposición Adicional Séptima que:

“Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.”

Esta Ley entró en vigor el 1 de mayo de 2008.

56.- ¿Reducción de la edad de jubilación por discapacidad?

Con la entrada en vigor del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre se introdujo una nueva posibilidad de jubilación para las personas discapacitadas que cotizasen por cuenta ajena en el régimen general, y en los regímenes especiales de la minería del carbón y agrario que acreditasen un grado de minusvalía igual o superior al 65%, permitiéndoles adelantar su edad de acceso a la pensión jubilación, sin que este hecho afecte al importe de la pensión.

La calificación de discapacidad se realiza mediante el correspondiente certificado del Instituto Aragonés de Servicios Sociales en Aragón.

Los coeficientes reductores sólo se aplican durante el tiempo que se acredita el grado mínimo de discapacidad del 65%. Es decir que si una persona tiene un grado de discapacidad del 55% y tras una revisión se le concede el 65%, el coeficiente se aplica desde que el trabajador tiene reconocido el grado de discapacidad del 65%.

A los efectos de calcular la reducción de la edad de jubilación a los 65 años se efectúan los siguientes cálculos:

a) Con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, por cada cuatro años cotizados se reduce la edad de jubilación en un año, que se computa como año cotizado. Es decir se aplica un coeficiente del 0,25%

b) Con un grado de discapacidad igual o superior al 65% y necesidad de tercera persona, por cada dos años de trabajo se reduce la edad de jubilación en un año, que se computa como año cotizado. Es decir se aplica un coeficiente del 0,50%

El cálculo se hace por días, multiplicando los días cotizados por 0,25 ó 0,50 según los casos y el resultado es el número de días en que se reduce la jubilación

Hay que tener cotizado como mínimo 15 años.

La Ley de medidas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007, de 4 de diciembre), que entró en vigor el 1 de enero de 2008 mantiene el sistema anterior pero ha introducido una novedad para cuando el trabajador tenga un grado de, discapacidad del 45%, sin embargo, en este nuevo supuesto, se exige que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de estas personas. Hace falta el desarrollo reglamentario para que su aplicación pueda ser efectiva.

TESTAMENTOS

57.- ¿Qué es un testamento?

El testamento es el acto por el cual una o dos personas (testamento mancomunado posible en Aragón), manifestando consciente y libremente su voluntad ordenan para después de su muerte el destino de todos sus bienes o de parte de ellos, así como otras disposiciones que no tienen porque tener carácter patrimonial.

El testamento:

- Es un acto personalísimo, ya que va a ser el reflejo de nuestra voluntad.
- Es posible encomendar a otra u otras personas que a nuestra muerte reparta ella los bienes (Fiducia).
- No es necesario que los interesados conozcan su contenido para que produzca efectos.
- Debe de realizarse bajo unas formas específicas para que adquiera validez.
- Puede ser cambiado en cualquier momento.
- Adquiere todos sus efectos a la muerte del testador.

58.- ¿Qué otras disposiciones puedo hacer?

Los testamentos pueden incluir disposiciones muy variadas y no todas ellas deben ser únicamente de índole patrimonial.

En este sentido puede establecer:

- Disposiciones respecto a la forma de vida y cuidados de su hijo, su salud, educación, formación o residencia.

- Designar tutor de su hijo a una persona física o a una institución. Esta decisión debe tenerse en cuenta por el juzgador al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapaz aconseje otro nombramiento.
- Excluir a una persona del cargo de tutor.
- Establecer órganos de fiscalización de la tutela.

59.- ¿Cómo se hace?

El Código Civil permite realizarlo de muchas formas, si bien la más normal y aconsejable es hacerlo ante notario.

El testador debe exponer claramente al notario su voluntad, deberá precisarle con claridad qué es lo que quiere y aclarar las dudas que tenga.

La Ley permite muchas formas para realizar un testamento.

1.- testamento ológrafo.- Es aquel que realiza el testador por sí solo y que tiene una serie de requisitos como son:

- Ser mayor de edad.
- Debe contener el año, el mes y el día en que se hace.
- Ha de ser escrito y firmado por el mismo testador ya que no son válidas otras formas de realización como pueda ser el ordenador o la máquina de escribir...
- Puede redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan, aunque es necesaria la presencia de intérprete en el caso del que lo autoriza o los testigos no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida.
- Cualquier extranjero puede realizarlo en su propio idioma.

Su utilidad radica en los casos excepcionales de urgencia o situaciones de riesgo aunque hay que tener en cuenta que los herederos tendrán que seguir un complejo y caro procedimiento judicial para comprobar su autenticidad y protocolizarlo. Además es fácil que se pueda perder o que algún pariente no favorecido que lo encuentre primero lo destruya.

2.- testamento abierto notarial.- Es casi el único que se hace hoy en día por sus enormes ventajas frente a los otros testamentos. La última voluntad se efectúa ante el notario. Hay que ir provisto con del DNI. Además de incluir la voluntad del testador, se ha de constatar el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Después, el Notario lo lee en voz alta y si el testador está de acuerdo, lo firma.

En Aragón no se precisa de la intervención de testigos, salvo que lo requiera el testador o uno de los testadores si es mancomunado, o lo requiera el Notario autorizante o bien se de una de las siguientes circunstancias especiales para las cuáles será precisa la intervención dos testigos:

- Cuando el testador dice que no sabe o no puede firmar el testamento.
- Cuando se trate de una persona ciega o el testador declare que no sabe o no puede leerlo por sí, en ese caso se procederá a la lectura del testamento.
- Si el testador que no sabe o no puede leer es enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3.- testamento en peligro de muerte.- Es para los casos en que el testador se encuentra en peligro inminente de muerte. Se otorga ante cinco testigos sin necesidad de hacerlo ante Notario.

4.- testamento cerrado.- En este testamento la voluntad del testador se desconoce para ser revelada posteriormente.

Puede ser escrito por el testador que firmará todas las hojas que lo componen o por una persona que él mismo designe teniendo que ser firmadas por él todas las hojas.

El testamento se entrega al Notario en un sobre cerrado. El Notario lo abrirá extendiendo el acta correspondiente, lo leerá y lo firmará junto con los testigos. Ya con el testamento autorizado por el Notario que se queda una copia se entrega otra al testador.

Una vez fallecido el testador, el Notario la entrega al Juez en el plazo de diez días. En caso de que el testamento estuviese en manos de otra persona, ésta tiene la misma obligación.

5.- testamento mancomunado- Es característico de Aragón, es el acto por el cual dos personas de cualquier sexo, sean o no cónyuges, sean o no parientes entre sí, manifestando consciente y libremente su voluntad ordenan para después de su muerte el destino de todos sus bienes o de parte de ellos conjuntamente. Pueden tener cualquiera de las tres formas de testamento: abierto, cerrado u ológrafo.

Para otorgar testamento mancomunado es necesario que los dos testadores sean aragoneses, pero la Ley permite que pueda otorgarse aunque uno de los otorgantes no sea aragonés siempre que, en este caso, su ley personal no se lo prohíba. En cualquier caso, este testamento se puede otorgar dentro y fuera de Aragón.

En este testamento existe lo que se llaman disposiciones correspectivas, condicionadas recíprocamente, que no se pueden modificar sin contar con el consentimiento del otro.

Cualquiera de los cónyuges puede, en principio, revocar sus disposiciones. Ahora bien, lo normal es que ambos testadores se instituyan recíprocamente como herederos, aunque sin perjuicio de los derechos que por ley se les da a los descendientes, consistente en el pago de la legítima. El Derecho aragonés contempla la legítima de la mitad de la herencia a favor de los descendientes, que deben aparecer identificados en el testamento, pero se es libre para distribuir la misma como se quiera, así puede dejársela íntegramente a uno de ellos o repartirlo en la porción que considere.

60.- ¿Quién puede hacerlo?

En principio pueden otorgar testamento todas las personas físicas mayores de catorce años que tengan capacidad natural para hacerlo, es decir, que tengan la inteligencia suficiente para entender y saber lo que están haciendo. Hay que tener en cuenta que en Aragón también se consideran mayores de edad a los menores que han contraído matrimonio.

Estamos ante un acto de los que jurídicamente se denominan personalísimos, es decir que tiene que ser realizado directamente por el propio interesado. No es posible la representación, ni puede ser realizado por el tutor o curador del incapacitado.

61.- ¿Puede un enfermo mental otorgar un testamento?

La persona que no está en su cabal juicio no puede otorgar un testamento ya que es preciso que esta persona tenga capacidad suficiente para entender y saber el contenido y alcance de las disposiciones que está realizando, ya que en caso contrario estaremos ante un testamento nulo de

pleno derecho, pero esto no implica que un enfermo mental no pueda otorgar un testamento.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 666 del Código Civil *“para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”* y este es el punto clave para determinar la validez de los testamentos otorgados por enfermos mentales.

Si hablamos de la capacidad de un enfermo mental hay que diferenciar si esta persona esta incapacitada judicialmente o no.

a) enfermo mental no incapacitado judicialmente.

En principio la respuesta es afirmativa ya que el Código Civil prohíbe hacer testamento a los que habitual o accidentalmente no se hallasen en su cabal juicio y parte del principio que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad es la excepción.

La enfermedad mental no siempre es visible. Un enfermo mental grave puede aparentar en un momento dado una cierta normalidad.

En nuestra legislación es el Notario el que da fe de la capacidad de la persona que otorga el testamento y es evidente que no estamos ante un profesional en psiquiatría o psicología, pero es que aunque así fuese sería difícil en ocasiones establecer con total garantía cuándo una persona está en su cabal juicio.

Es evidente que ante cualquier indicio de que la persona que testa está afectada por una enfermedad mental el notario no autorizará el testamento o se asegurara de la capacidad solicitando el informe de dos psiquiatras (procedimiento establecido para los enfermos mentales

incapacitados) para asegurar que su disposición de última voluntad es totalmente consciente y que entiende lo quiere testar.

Pero la jurisprudencia, aunque con alguna contradicción, es bastante determinante llegando a afirmar que aun en el caso de que pudiera ser casi segura la incapacidad mental del testador, *“esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige”*. La realidad es que con este criterio jurisprudencial, la apariencia de normalidad que un momento dado puede presentar un enfermo mental, la aglomeración de trabajo en las notarias y si unimos a esto la manipulación de terceras personas, nos encontraremos con enfermos mentales que no estando en su cabal juicio han podido realizar el correspondiente testamento.

b) enfermo mental incapacitado judicialmente

Un enfermo mental incapacitado judicialmente puede otorgar testamento notarial, si se encuentra en un intervalo lúcido.

En este caso el notario ha de designar dos psiquiatras que, previamente, le reconozcan y den fe de su capacidad en un dictamen que se incorporará al testamento, siendo igualmente necesarios dos testigos. La intervención de los facultativos es obligatoria, a diferencia del caso del enfermo mental no incapacitado judicialmente, en la que esta intervención es libre para el notario que, ante la duda, quiere asegurarse a la capacidad del enfermo mental. La omisión de este requisito hace nulo el testamento.

62.- ¿Se puede impugnar el testamento otorgado por un enfermo mental?

Es complicado. El Tribunal Supremo parte de la presunción de que toda persona que no haya sido incapacitada debe ser considerada capaz para testar. Estamos ante lo que en derecho se llama presunción *“iuris tantum”*, que

implica que el enfermo mental que ha otorgado el testamento tiene plena capacidad para ello pero que puede destruirse la presunción por prueba en contrario concluyente.

En estos casos la parte que impugna el testamento tiene que probar la incapacidad del enfermo mental y hay que tener en cuenta que la presunción de capacidad la tiene el enfermo mental, por lo que en caso de duda el juzgado dará la razón al enfermo mental.

Los indicios que se manejan para demostrar la falta de capacidad pueden ser muy variados: testamento otorgado durante un proceso de incapacitación pero antes de declarar incapaz al enfermo mental; los que contradicen las relaciones familiares testando en favor de personas sin vínculos afectivos, testamentos que van más allá de la excentricidad.

En la jurisprudencia rige el principio del *“favor testamenti”* que quiere decir que prevalece el testamento otorgado por el enfermo mental, aunque se susciten dudas sobre la capacidad mental del otorgante y del denominado, *“pro capacitate”* por el que no constando la incapacitación judicial del enfermo mental, las dudas sobre la capacidad del mismo deben resolverse concediendo la capacidad del testador.

Esto unido a la regulación contenida en el artículo 666 del Código Civil que parte de la capacidad del enfermo mental en el momento de otorgar testamento complica la impugnación, ya que en muchas enfermedades mentales existen periodos en los que la enfermedad remite, incluso esa remisión podría hacer que la persona tuviese lo que jurídicamente se denomina *“periodos lúcidos”*, que pueden ser muy breves en los que se tiene plena capacidad y se puede otorgar testamento válidamente.

El problema es que no es fácil determinar en la práctica estos momentos lúcidos, no se puede generalizar y hay que estar al caso concreto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige un alto rigor para impugnar un testamento en base a los principios expuestos.

63.- ¿Es conveniente realizarlo?

La respuesta es afirmativa. El testamento puede servir para asegurar el futuro del incapaz distribuyendo sus bienes, favoreciendo la posición del incapaz en relación con otros herederos y permite al testador dejar constancia de lo quiere.

Un testamento no es sólo un acto de última voluntad por el que se pueden disponer cláusulas sobre el destino del patrimonio, puede contener disposiciones sobre el cuidado del incapaz, designar tutor (en Aragón la designación de los padres vincula al juez), establecer órganos de fiscalización de la tutela, etc.

64.- ¿Qué pasa si no hago testamento?

Se aplica las normas contenidas en el Código Civil y la herencia se distribuirá entre los herederos por partes iguales: **descendientes**: hijos y sus descendientes; **ascendientes**: heredan en defecto de los descendientes; **cónyuge**: hereda a falta de descendientes y de ascendientes y antes que los familiares colaterales (hermanos y sobrinos); los **colaterales** hasta el cuarto grado y en último término la Comunidad Autónoma de Aragón.

La particularidad en Aragón se encuentra en que el viudo tiene derecho al **usufructo universal** o de todos los bienes que componen la herencia y de que, en última instancia, heredaría la Comunidad de Aragón.

65.- ¿Se puede dejar la herencia a cualquier persona?

Existe la obligación legal de dejar unas cantidades a los llamados herederos forzosos, que en el caso de Aragón supone el dejar la mitad de la herencia a los descendientes, de cualquier grado distribuyéndose, igual o desigualmente entre todos o varios de tales descendientes, o incluso dejárselo todo a uno sólo. La otra mitad es de libre disposición.

En caso de no existir sucesores, el testador puede disponer de todos sus bienes a favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder.

66.- ¿Se pagan más impuestos si no se hace testamento?

Existe la creencia de que se pagan más impuestos en caso de no hacer testamento pero la realidad no es esa. Los impuestos son los mismos exista o no testamento.

67.- ¿El incapaz paga menos impuesto?

La normativa fiscal establece unas bonificaciones para las personas discapacitadas. La reducción es independiente y compatible con la de parentesco y establece una reducción adicional para los sujetos pasivos con minusvalía que distingue de acuerdo al baremo del artículo 148 del Texto

Refundido de la Ley General de la Seguridad Social según el grado de discapacidad:

Grado de discapacidad	Reducción aplicable
Igual o superior al 65%	150.253,03€
Inferior al 65% e igual o superior al 33%	47.858.59€
Inferior al 33%	No hay reducción

Para la aplicación de estas reducciones, la minusvalía debe estar reconocida como tal, por resolución de la Administración competente, y existir en el momento del devengo. Caso de reconocerse posteriormente, si la resolución le otorga carácter retroactivo anterior al devengo, debe considerarse pertinente su aplicación, por lo que, en su caso, procederá la rectificación de la liquidación y consiguiente devolución.

Todo sucesor, por cualquier título, universal o particular, como usufructuario o nudo propietario, tiene derecho a disfrutar de la reducción por minusvalía. En el caso del nudo propietario, si no la ha agotado al tributar por la nuda propiedad, la cuantía pendiente podrá aplicarla al consolidarse el usufructo en su nuda propiedad.

68.- ¿Qué disposiciones puedo hacer sobre el patrimonio?

En Aragón, de acuerdo con las normas forales, se dispone de una fórmula para mejorar la situación económica del incapaz, en relación con otros herederos, ya que se puede dejar todo el patrimonio a un único heredero cumpliendo unos determinados requisitos, como es el nombrar a todos los herederos en el testamento.

En las comunidades que no tienen normas forales que afecte a este punto, el Código Civil permite ampliar la legítima del descendiente incapaz con el tercio de mejora y con el de libre designación, lo que complica la voluntad de los padres a la hora de distribuir sus bienes, que se ven limitados por las normas estrictas que rigen en materia de legítimas.

Una fórmula empleada habitualmente con enfermos mentales graves es la utilización del “Usufructo” por el que se lega al discapacitado el usufructo de determinados bienes, dejando la nuda propiedad para los hermanos.

Mientras vive el incapaz obtiene los frutos y rentas que produzcan los bienes, pero no puede venderlos. Al fallecimiento del usufructuario los hermanos consolidan la plena propiedad.

PATRIMONIO PROTEGIDO

69.- ¿Qué es un patrimonio protegido?

Es un nuevo mecanismo de protección de la persona con discapacidad centrado en la protección patrimonial introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

El patrimonio protegido consiste en aportar a título gratuito bienes y derechos a favor de una persona con discapacidad, estableciendo mecanismos de administración para garantizar que tanto esos bienes, como sus rendimientos serán destinados a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado.

Aunque la Ley establece el destino a “la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado” no existe inconveniente en constituir el patrimonio protegido para fines concretos dentro de estos límites: abonar los costes de la vivienda habitual, sufragar gastos de rehabilitación, etcétera.

70.- ¿A favor de que discapacitados se puede constituir?

La Ley parte de la realidad de que la mayor parte de los enfermos mentales no están incapacitados judicialmente y exige únicamente que tengan reconocida la calificación de minusvalía.

En el caso de enfermos mentales se requiere un grado de minusvalía del 33% o que tenga reconocida una pensión de invalidez permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, independientemente de que estén o no judicialmente incapacitado.

Los discapacitados físicos o sensoriales tienen que estar calificados con un grado igual o superior al 65%.

71.- ¿Cómo se acredita la situación de discapacidad?

Mediante el correspondiente certificado de minusvalía expedido por la administración correspondiente (en Aragón Instituto Aragonés de Servicios Sociales) o por resolución judicial firme que declare esta situación.

72.- ¿Quién lo puede constituir?

El propio enfermo mental siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

Si el enfermo mental no tiene capacidad de obrar suficiente, lo pueden constituir sus padres, tutores o curadores.

El guardador de hecho de un enfermo mental puede constituir a favor de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado en herencia o hubieran de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303,304 y 306 del Código Civil.

Cualquier persona con interés legítimo y con consentimiento del enfermo mental con capacidad de obrar lo puede constituir en beneficio de éste.

Si el enfermo mental no tiene capacidad de obrar, lo deben aceptar sus padres, tutores o curadores. En caso de negativa injustificada de estos, la persona con interés legítimo podrá acudir al Fiscal, quién instará del juez lo que proceda atendiendo al interés del enfermo mental. El Juez dictará resolución autorizando o no la constitución del patrimonio protegido.

73.- ¿Cómo se acredita la capacidad de obrar del enfermo mental?

La Ley habla de “capacidad de obrar suficiente” y su determinación dado que la constitución del patrimonio protegido se realiza en escritura pública corresponde al notario que está obligado a respetar la regla general de presunción de capacidad de toda persona que no haya sido judicialmente incapacitada. El notario examina al enfermo mental, pudiendo solicitar la opinión de técnicos de forma como se hace en el caso de testamento otorgado por incapacitados judiciales que regula el artículo 665 del Código Civil.

74.- ¿Cómo se constituye?

- En documento público ante notario
- Por resolución judicial en el caso de que los padres o tutores se nieguen a aceptar su constitución por personas con interés legítimo.

Tanto el documento público como la resolución judicial deberán contener como mínimo:

- Un inventario de los bienes y derechos con los que inicialmente se constituye el patrimonio.
- Las reglas de administración y, en su caso de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización.
- Momento en el que comenzará su uso, bien al fallecimiento de los progenitores o incluso en vida de éstos.

75.- ¿En qué consiste la administración del patrimonio?

Las reglas de administración están fijadas en el documento público o resolución judicial de constitución. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas señaladas en estos documentos, el Juez resolverá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

Si el patrimonio ha sido constituido por el enfermo mental con capacidad de obrar puede modificar las reglas de administración y de supervisión cuantas veces deseé, ya que es el representante legal para todos los actos de administración.

Si el patrimonio ha sido constituido por persona distinta al enfermo mental, el administrador será la persona que lo ha constituido o la que ésta designe. El administrador deberá pedir autorización judicial en los mismos casos que debe solicitarlos un tutor, si bien no será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido.

En ningún caso pueden ser administradoras las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a las reglas del Código Civil.

Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales del enfermo mental, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

76.- ¿Quién controla al administrador?

En primer lugar con el sistema que el constituyente del patrimonio haya fijado en el documento público.

Independientemente de este control, la Ley establece que la supervisión corresponde al Ministerio Fiscal, quién instará del Juez lo que proceda en beneficio del enfermo mental, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida análoga.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

El administrador deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente. El Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

77.- ¿Qué pasa con los bienes del patrimonio cuando fallece el enfermo mental?

El patrimonio protegido se extingue por el fallecimiento del beneficiario. La Ley establece la posibilidad de que los aportantes puedan recuperar sus bienes, o la parte de estos no dispuesta, cuando se produzca la

extinción. También se puede establecer que los bienes se integren en la masa hereditaria del beneficiario a su fallecimiento.

78.- ¿Cuándo se extingue el patrimonio protegido?

El patrimonio protegido se extingue por el fallecimiento del beneficiario o porque éste deje de reunir la condición de persona con discapacidad o si el juez acuerda la extinción cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad.

79.- ¿Beneficios fiscales para el discapacitado?

- Las aportaciones del discapacitado no dan derecho a desgravación fiscal.
- Las aportaciones de terceras personas se consideran como rendimientos de trabajo personal del discapacitado, con el límite de 8.000 euros por aportante y 24.250 euros anuales, si la aportación es de varios, pero el discapacitado solo tributará en la parte que exceda del doble del salario mínimo interprofesional.
- Si la aportación supera el límite de 8.000 euros anuales o los 24.250 euros anuales en conjunto, el exceso estará sujeto al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, siendo sujeto pasivo el discapacitado.
- Cuando se produzca la transmisión de los bienes del patrimonio protegido, el discapacitado soportará el impuesto correspondiente a las plusvalías que hubiera acumulado el aportante, hasta el momento de la aportación.

- Si la transmisión se hace antes de cuatro años desde la aportación, el específico tratamiento fiscal desaparece, debiendo el discapacitado integrar lo recibido en su base imponible del impuesto sobre la renta y el aportante devolver las desgravaciones que se aplicó, con los intereses de demora, en ambos casos.

80.- ¿Beneficios fiscales para los aportantes?

- Hasta 8.000 euros anuales los familiares en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, el cónyuge del discapacitado o que tengan bajo su custodia al discapacitado y la empresa para la que trabaje el padre del discapacitado tendrán deducciones en el impuesto sobre la Renta o de Sociedades. En el caso de ser varios los aportantes, dado que hay un límite de 24.250 euros anuales, la bonificación de cada aportante se reducirá a prorrata.
- El resto de la aportación se puede repartir con el mismo límite anual, en los cuatro ejercicios fiscales siguientes. El eventual exceso no dará derecho a desgravación.
- La aportación no genera plusvalías, que se trasladan retardadas al discapacitado.
- Los aportantes que no reúnan estos requisitos no tendrán derecho a desgravación, aunque el discapacitado conservará sus beneficios fiscales.

81.- ¿Qué es un contrato de alimentos?

En el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a otra persona durante su vida, a cambio de obtener la transmisión de un capital compuesto por cualquier clase de bienes y derechos.

Este contrato lo pueden suscribir los progenitores u otros familiares del incapaz, que se obligan a transmitir a una persona la titularidad de un patrimonio. Aunque quienes contratan son los familiares, se designa como beneficiario a la persona discapacitada.

Por otra parte, la persona que se obliga a prestar los alimentos al beneficiario mientras éste viva, recibe a cambio la propiedad de determinados bienes y derechos.

Este contrato persigue asegurar que el beneficiario tenga cubierta las necesidades de residencia, manutención y asistencia personal hasta su fallecimiento.

La extensión y calidad de los alimentos deben fijarse en el contrato y, salvo pacto en contrario, no dependerán de las vicisitudes del capital y necesidades del obligado, ni del caudal de quien los recibe.

En caso de que fallezca el obligado a prestar los alimentos, éstos pueden abonarse mediante una pensión actualizable que si no está prevista en el contrato fijará el Juez.

PENSIONES

82.- ¿Qué son las pensiones no contributivas?

Son prestaciones económicas que pueden percibir los enfermos mentales aunque no hayan cotizado al sistema de la Seguridad Social o no alcancen el tiempo suficiente para tener derecho a una pensión contributiva, siempre que reúnan unos determinados requisitos.

No se trata de ayudas asistenciales discrecionales o sujetas a limitaciones presupuestarias, ya que si el solicitante reúne los requisitos legales establecidos tiene derecho a su reconocimiento.

El ámbito de aplicación de estas pensiones se amplía también a los extranjeros residentes, equiparándose con los españoles, a efectos de prestaciones y servicios de la seguridad social.

Los ciudadanos comunitarios tienen derecho a esas prestaciones en virtud del derecho a un trato igual y carente de discriminaciones que deriva de la libertad de circulación.

Estas pensiones tienen por objeto proteger la discapacidad y la ancianidad de las personas con insuficiencia de recursos que no han podido acceder a las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Dentro de estas pensiones no contributivas se encuentran:

- Pensiones no contributivas por invalidez.
- Pensiones no contributivas por jubilación.
- Complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social.
- Asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo.

El importe de estas prestaciones es único e igual para todos los beneficiarios, actualizándose anualmente a través de las correspondientes Leyes de Presupuestos.

Para el año 2009, el importe de dichas pensiones no contributivas queda fijado en 4.708,62 € anuales, que se abona en 12 mensualidades más dos pagas extraordinarias al año.

Los pensionistas de pensiones no contributivas de invalidez cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 75% y que acrediten la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida, percibirán además un complemento del 50% de los 4.708,62 € anuales.

83.- ¿Qué requisitos son necesarios para percibir una pensión de invalidez no contributiva?

- *Tener más de 18 años y menos de 65 años.*

Por debajo de los 18 años estaría cubierto por la prestación por hijo a cargo y por encima de los 65 años percibiría la jubilación no contributiva.

- *Residir legalmente en territorio español durante más de cinco años, dos de los cuales han de ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.*

A diferencia del caso de la jubilación donde el plazo de residencia empieza a los 16 años, en la invalidez el plazo se cuenta desde el nacimiento. Tanto en la jubilación como en la invalidez la residencia ha de mantenerse con posterioridad a su reconocimiento, salvo que se trate de ausencias inferiores a 90 días al año o se deba a causas de enfermedad debidamente justificada.

- *Estar afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65%.*

- *Carecer de rentas o ingresos propios suficientes.*

Se considera que el beneficiario posee ingresos insuficientes cuando la suma en cómputo anual, de enero a diciembre, sea inferior a la cuantía fijada en cómputo anual para las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Aunque el enfermo mental no tenga ingresos, si convive con otras personas en una misma unidad familiar unidas por matrimonio o consanguinidad hasta el segundo grado, se aplica un límite colectivo que equivaldrá a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión (ingresos teóricos del titular), más el resultado de multiplicar el 70% de la misma por el número de convivientes, menos uno (ingresos teóricos del resto de la unidad familiar), salvo que convivan con alguno de los padres o hijos, en cuyo caso, se incrementa el importe de dichos ingresos.

84.- ¿Qué requisitos son necesarios para percibir una pensión de jubilación no contributiva?

-*Tener cumplidos los 65 años.*

No existe posibilidad de jubilaciones anticipadas.

- *Residir legalmente en territorio español durante diez años entre los 16 años y la edad del devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión*

- *Carecer de rentas o ingresos propios suficientes.*

85.- ¿Es compatible la pensión de invalidez no contributiva con el trabajo?

La pensión de invalidez no contributiva es compatible, en determinadas condiciones, con el trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia o con los programas de renta activa de inserción.

Deben comunicar este hecho al Instituto Aragonés de Servicios Sociales que suspende el abono de la pensión, que se recupera cuando finaliza la actividad laboral. En estos casos a efectos del límite de recursos, no se contabilizan en el cómputo anual de rentas, las que se han obtenido por la realización de las actividades laborales mencionadas.

Uno de los problemas que más desaniman, tanto al enfermo mental como a veces a los propios familiares, es el temor a perder la pensión de invalidez, que no siempre ha sido fácil de obtener, por la realización de un trabajo posterior.

Por otro lado, desde el punto de vista económico, tampoco era rentable ya que el salario percibido por el trabajo se descontaba de la pensión, lo que daba como resultado que el enfermo mental rechazaba todo intento de reintentar la integración laboral.

Para tratar de evitar esta situación se flexibilizó la compatibilidad durante los cuatro años siguientes al inicio de una actividad laboral remunerada si se dan los siguientes requisitos:

- Que con anterioridad al inicio de la actividad remunerada se perciba la pensión de invalidez no contributiva.

- A la suma de la cuantía de la pensión y de los ingresos obtenidos se les aplica dos límites:

1) No pueden ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento.

2) En caso de exceder de dicha cuantía, se minora el importe de la pensión en el 50% del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el IPREM. Esta reducción no afecta al complemento previsto para ayuda de tercera persona.

86.- ¿Qué requisitos debe reunir el enfermo mental para percibir una pensión de orfandad?

Para percibir la pensión de orfandad es necesario que el causante en el momento del fallecimiento:

- Esté en alta o situación asimilada en la Seguridad Social.
- No es necesario para tener derecho a esta prestación el tener cubierto ningún periodo de cotización previo a la fecha de fallecimiento.
- Si no está de alta o situación asimilada, si será necesario tener cotizados 15 años.

Son beneficiarios del causante fallecido:

- Los hijos del causante, con independencia de la naturaleza legal de su filiación (matrimonial, no matrimonial, adopción).

- Los hijos del cónyuge sobreviviente, cualquiera que sea su filiación y que haya llevado al matrimonio, siempre que:

- a) El matrimonio se haya celebrado con dos años de antelación.
- b) Que se pruebe la convivencia y que vivían a sus expensas.
- c) Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social ni familiares con obligación de prestarles alimentos.

Los hijos huérfanos deben tener menos de 22 años o de 24 años si se trata de huérfanos de padre y madre, o presentaran una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento. En ambos casos no deben trabajar por cuenta propia o ajena. En caso de que trabajen sus ingresos no pueden superar en cómputo anual el 100% del salario mínimo interprofesional. desde el 1 de enero de 2008.

Los mayores de estas edades que sean valorados por la Seguridad Social en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad. En este punto hay que tener en cuenta que si no existen en el historial médico del enfermo mental síntomas de la existencia de la enfermedad con anterioridad a las edades mencionadas, si la enfermedad se manifiesta con posterioridad no se podrá reclamar esta pensión, ya que la incapacidad para el trabajo se tiene que acreditar antes de los 22 ó 24 años.

Si el huérfano enfermo mental es menor de 18 años la pensión la perciben los padres, pero si es mayor de esa edad la pensión la percibe el enfermo mental directamente, salvo que esté incapacitado judicialmente en cuyo caso la percibe el tutor o curador.

El importe de la pensión de orfandad es del 20% de la base reguladora del trabajador fallecido.

87.- ¿Pierde un enfermo mental afectado por una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez la pensión por el hecho de contraer matrimonio?

Si el matrimonio se ha celebrado a partir del 23 de noviembre de 2005, el enfermo mental sigue percibiendo la pensión de orfandad, si bien es incompatible con la pensión de viudedad que le pudiese quedar. En este caso, el enfermo mental podrá optar por la más favorable.

88.- ¿Con qué es compatible la pensión de orfandad?

La pensión de orfandad del enfermo mental mayor de 18 años es compatible con el trabajo por cuenta ajena o propia, siempre que los ingresos del trabajador no superen el 100% del salario mínimo interprofesional desde el 1 de enero de 2008.

La pensión de orfandad del enfermo mental incapacitado que hubiera contraído matrimonio es incompatible con la pensión de viudedad a la que pudiera tener derecho, debiendo optar en su caso por una de ellas

Los enfermos mentales que perciban una pensión de incapacidad permanente y tengan derecho a una pensión de orfandad deberán de optar por una de las dos.

Las pensiones de orfandad derivadas del fallecimiento del padre y de la madre son compatibles entre sí, pudiendo alcanzar hasta un 100% de las respectivas bases reguladoras, elevándose dicho tope al 118% para el supuesto concreto que dicha pensión se compatibilizara con una pensión de viudedad cuyo porcentaje fuera del 70% de la base reguladora.

La pensión de orfandad de los mayores de 18 años es compatible con la prestación por hijo a cargo si reúne los requisitos para tener derecho a esta última.

89.- ¿Qué es la prestación por hijo a cargo?

Se trata de una asignación económica que concede el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) por cada hijo a cargo del beneficiario, menor de 18 años o mayor afectado por una discapacidad en grado igual o superior al 65%, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación.

En nuestro caso, para tener derecho a dicha asignación económica por hijo será preciso:

- Residir legalmente en territorio español. Se cumple esta condición también cuando el trabajador es trasladado por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada al alta y coticen en el correspondiente régimen de la Seguridad Social española.
- Tener el hijo a su cargo, es decir que conviva y dependa económicamente del beneficiario.
- No se tienen en cuenta los ingresos del beneficiario.
- No tener derecho a otra prestación de naturaleza en cualquier otro régimen público o de protección social, ni los progenitores, ni los adoptantes, ni quienes hubiesen acogido al menor.

La asignación económica por hijo a cargo, mayor de 18 años y afectado de un grado de minusvalía igual o superior al 65%, es incompatible con:

- La condición, por parte del hijo minusválido, de pensionista de jubilación o invalidez en la modalidad no contributiva.
- La condición de beneficiario de las pensiones asistenciales.
- La condición de beneficiario de los subsidios de garantía de ingresos mínimos o por ayuda de tercera persona, establecidos en la Ley de Integración Social de Minusválidos.

DEPENDENCIA

90.- ¿Qué es la Ley de Dependencia?

La Ley de Dependencia ha creado un nuevo derecho de ciudadanía en España: el derecho de las personas que no se pueden valer por sí mismas (personas mayores y personas con discapacidad) a recibir atención por parte del Estado.

La Ley configura el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia como cuarto pilar del Estado del Bienestar en nuestro país, tras el Sistema Nacional de Salud, el Sistema Educativo y el sistema de pensiones, que fueron desarrollados en la década de los ochenta.

91.- ¿Requisitos básicos para ser beneficiario del sistema?

- Ser español.
- Cualquier edad, pero con peculiaridades para los menores de 3 años.
- Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos en la Ley.
- Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.

92.- ¿Cuáles son los servicios de atención que distingue el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).?

El catálogo de servicios del sistema recogido en la Ley es el siguiente:

- a) Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal.
- b) Servicios de Teleasistencia.
- c) Servicio de Ayuda a domicilio:
 - Atención a las necesidades del hogar
 - Cuidados personales
- d) Servicio de Centro de Día y de Noche:
 - Centro de Día para mayores
 - Centro de Día para menores de 65 años
 - Centro de Día de atención especializada
 - Centro de Noche
- e) Servicio de Atención Residencial:
 - Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
 - Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

93.- ¿Qué prestaciones económicas de atención a la dependencia contempla la Ley?

La Ley de Dependencia contempla tres nuevas prestaciones económicas:

- a) Prestación económica vinculada al servicio.

- b) Prestación económica para cuidados en el medio familiar y apoyos a cuidadores no profesionales.
- c) Prestación económica de asistencia personal.

94.- ¿Qué es la Prestación económica vinculada al servicio?

Las principales características de esta prestación son:

- Personal y periódica.
- Sujeta al grado y nivel de dependencia y capacidad económica del beneficiario.
- Destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención (PIA) cuando no sea posible la atención por un servicio público o concertado de atención y cuidado.
- El servicio deberá ser prestado por entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia.
- El Consejo Territorial del Sistema para Autonomía y Atención a la Dependencia acordará las condiciones y cuantía de la prestación.

95.- ¿Qué es la Prestación económica para cuidados en el medio familiar y apoyo a cuidadores no profesionales?

Las principales características de esta prestación son:

- Carácter excepcional

- Su finalidad es mantener al beneficiario en su domicilio atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda.
- Se establecerá a través del Programa Individual de Atención (PIA).
- Sujeta al grado y nivel de dependencia y capacidad económica del beneficiario.
- El cuidador será dado de alta en la Seguridad Social y se incorporará a programas de formación, información y descanso.
- El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará las condiciones y cuantía de la prestación.

96.- ¿Qué es la prestación económica de asistencia personal?

Las principales características de esta prestación son:

- Facilitar la promoción de la autonomía de la persona con gran dependencia, con independencia de su edad.
- Contribuir a la contratación de una asistencia personal que facilite al beneficiario una vida más autónoma, el acceso a la educación y al trabajo y el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.
- El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará las condiciones y cuantía de la prestación.

97.- ¿Qué grados de dependencia contempla la Ley?

La Ley contempla tres grados de dependencia:

- **Grado I de dependencia moderada:** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria al menos una vez al

día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

- **Grado II de dependencia severa:** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

- **Grado III de gran dependencia:** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizadas para su autonomía personal.

Cada uno de estos grados se clasificará a su vez en dos niveles en función de la autonomía y atención y cuidado que requiere la persona.

98.- ¿Cómo se valora la situación de dependencia?

La Ley establece la existencia de un único baremo en todo el Estado español, aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto, para valorar la capacidad de la persona para llevara cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental.

Las distintas Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir.

Dichos órganos de valoración tendrán en cuenta además los informes sobre la salud y entorno en el que viva el solicitante, así como aquellas ayudas técnicas, órtesis y prótesis que, en su caso, le hayan sido prescritas.

99.- ¿Qué es el programa Individual de Atención (PIA)?

Se realiza en el proceso de reconocimiento de la situación de dependencia del solicitante, el PIA determinará las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel.

El solicitante o, en su caso, su familia o entidad tutelar que le represente, podrá elegir entre las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel.

100.- ¿Cuál es el calendario de aplicación de la Ley de Dependencia?

2007: Personas valoradas con un Grado III de gran dependencia, niveles 2 y 1.

2008-2009: Personas valoradas con un Grado II de dependencia severa, nivel 2.

2009-2010: Personas valoradas con un Grado II de dependencia severa, nivel 1.

2011-2012: Personas valoradas con un Grado I de dependencia moderada, nivel 2.

2013-2014: Personas valoradas con un Grado I de dependencia moderada, nivel 1.