

Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación

Autor: *Antonio Fernández de Buján*
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen

La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en 2008, supone en cambio de paradigma en la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad, que obliga a modificar y adaptar la legislación española al respecto. La naturaleza contenciosa del actual proceso de incapacitación, en aquellos casos en que no existe conflicto, si bien obedece al carácter garantista que impregna su regulación, no parece el procedimiento más adecuado para los intereses de la persona con discapacidad, en atención a la mayor agilidad y economía de medios del procedimiento voluntario, y a lo penoso que puede resultar la presentación de la demanda de incapacitación.

Palabras claves: Convención Internacional. Derechos de las personas con discapacidad. Proceso de incapacitación. Jurisdicción Voluntaria.

I. La Convención Internacional de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ambos, son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar esos derechos.

La Convención de 2006 es el resultado de un largo proceso, en el que participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones de especial relevancia de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, que actuaron bajo la premisa del ya acuñado lema “nada de la discapacidad sin la discapacidad”.

La aprobación por parte de la ONU de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, ha escrito Castro Girona, ha supuesto un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa la discapacidad en el ámbito de los Derechos Humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad¹.

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de este mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, y art. 1.5 del Código Civil forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge. Asimismo, la Unión Europea, por Decisión del Consejo de 24 de noviembre de 2009, ha aprobado la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Especial protección dispensan a las personas con discapacidad los artículos 14 y 49 del Ordenamiento Constitucional español:

* El presente estudio, escrito en homenaje a ICADE, cuyo reconocido prestigio y acrisolada tradición universitaria se conmemora, con legítimo orgullo, con ocasión del 50 aniversario de su Fundación, se realiza en el marco del Proyecto de Investigación La jurisdicción Voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. DER2008 - 06460 - CO2-01, del que su Autor es el Investigador Principal.

¹ Vid. en este sentido en, Castro Girona, La convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario “ombuds-man social”, en Red Iberoamericana de Expertos en Discapacidad y Derechos Humanos, www.derechoshumanos.aequitas.org/documentos.php, mayo 2011 y, con carácter general, la obra titulada :Derechos humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas, coordinada por Miguel Angel Cabra, Francisco Bariffi y Agustina Palacios, y publicada por la Fundación Aequitas y la Editorial Ramón Areces, Madrid 2007.

Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Supone el contenido de este artículo la integración de las personas con discapacidad, al no permitir la discriminación de personas por ninguna razón.

Con arreglo a este artículo no cabe en modo alguno la discriminación de las personas discapacitadas.

Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. Este artículo ha propiciado la modificación de numerosos preceptos estatales y autonómicos con el objeto de adaptarse a lo en él preceptuado, a fin de garantizar a los discapacitados el ejercicio de todos los derechos.

El texto constitucional, al regular en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad, se inspiró en el modelo médico o rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación, el cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales. La Convención supera este modelo médico asumiendo el modelo social, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.

En virtud del artículo 4 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

En desarrollo de la prescripción contenida en el citado artículo 4 cabe mencionar, entre otras, las siguientes disposiciones:

- a) La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. En su Disposición final primera, que lleva por rúbrica: Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, se establece que: “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

- b) El Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, por el que se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y se encomendó a los entonces Ministerios de Sanidad y Política Social; Ciencia e Innovación; Cultura; Defensa; Economía y Hacienda; Educación; Fomento; Igualdad; Industria, Turismo y Comercio; Interior; Justicia; Medio Ambiente y Medio Rural y Marino; Presidencia; Política Territorial; Trabajo e Inmigración y Vivienda, que, en el ámbito de sus competencias, impulsasen las reformas comprometidas en el mismo, siempre dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes en cada momento.
- c) El Proyecto de Ley, de 17 de diciembre de 2010, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se encomienda su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Sanidad, Política Social y Consumo, encontrándose, en el momento de redactarse estas páginas, en periodo de ampliación de enmiendas².
- d) El Borrador, de marzo de 2011, del Anteproyecto de ley, de reforma del código civil, del estatuto orgánico del ministerio fiscal y de la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medi-

² El objetivo de esta Ley es, según se afirma en su Exposición de Motivos, imprimir un nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogiendo las pertinentes adaptaciones en diez artículos.

En cuanto a su contenido, se modifican distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, destacando el ajuste de la definición legal de «persona con discapacidad» a la contenida en la Convención. También se incorpora un nuevo supuesto de sanción accesoria en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En materia de sanidad, se modifican diversas leyes de modo que se incluye la discapacidad como nueva causa de no discriminación de la persona en su relación con las distintas administraciones públicas sanitarias, y se regula el derecho a la información en formatos adecuados que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, así como la prestación del consentimiento en diversos campos sanitarios. En materia de empleo, se aumenta, en las ofertas de empleo público, el cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad al siete por ciento contenido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y se crea, por vez primera con rango legal, una cuota específica, dentro de la genérica, para personas con discapacidad intelectual. Además, se regulan protocolos de actuación específicos en materia de protección civil para las personas con discapacidad, y en el ámbito de la cooperación internacional se incluye la discapacidad de un modo expreso y diferenciado. Por último, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con discapacidad 2008-2012 se incentiva el cumplimiento del Objetivo 4 de promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, ordenando al Gobierno la revisión de la normativa legal y reglamentaria y la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores.

Esta norma ha sido informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad, en el que participan las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias.

das de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente.

II. El Borrador de Anteproyecto de Ley en materia de modificación judicial de la capacidad

II.1. Precedentes prelegislativos

Como precedentes prelegislativos del reciente Borrador de Anteproyecto hecho público por el Ministerio de Justicia, cabe considerar:

a) El documento, de 1 de junio de 2010, en el que se recogen las Conclusiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Acceso a la Justicia en España, elaborado por el Congreso de Expertos en Justicia y Derechos Humanos, que ha sido impulsado por la Fundación Aequitas y el Ministerio de Justicia. El referido documento, realizado por especialistas en el ámbito de la Justicia y el conocimiento de la Convención Internacional, evalúa la repercusión de la disposición normativa existente, efectúa propuestas de mejora en relación con la eficacia, la eficiencia y la calidad del servicio público de la Justicia en los ámbitos de la igualdad y la no discriminación, el igual reconocimiento ante la Ley, el acceso a la seguridad jurídica y la libertad y seguridad de la persona con discapacidad, y hace referencia, entre otras muchas propuestas, a tres tipos de medidas que facilitarían el acceso a la justicia de las personas vulnerables.

En primer lugar, las de carácter físico, es decir, la adecuación de los edificios judiciales a los tipos de discapacidad. Un segundo bloque, de índole jurídica, que requiere la creación de cuerpos de intérpretes jurados, psicólogos y asistentes sociales y de una oficina de orientación legal adaptada. Y en tercer lugar un conjunto de modificaciones legales entre las que el documento menciona la opción de acceso a empleos públicos, en línea con la reciente reforma laboral, que incluye un apartado específico a este aspecto hacia las personas con discapacidad, y muy especialmente hacia las personas con capacidad intelectual límite.

Las conclusiones inciden, por otra parte, en la importancia de impulsar tribunales y fiscalías especializadas, en combinación con cursos de formación judicial, de forma que se consiga, al menos, un tribunal de “buenas prácticas” en materia de discapacidad por provincia. También se alerta contra “la trampa de los juicios rápidos”, ya que, pese a su eficacia, pueden evitar que se busquen mecanismos de indagación de ciertas enfermedades o discapacidades en presuntos delincuentes que pudieran haber sido inducidos por terceros a cometer actos delictivos. El informe, por otro lado, solicita cambios tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, alguno de cuyos preceptos -se observa- no casan con las normas de Derecho positivo que establece la Convención de la ONU.

b) La propuesta articulada, de marzo de 2011, del Real Patronato sobre Discapacidad, en la que se contempla la propuesta de modificación de los actuales artículos 199 a 201, correspondientes al Título IX, De la incapacitación, del Libro I del Código Civil, así como de los artículos 756 a 763, correspondientes al Capítulo II, De los procesos sobre la capacidad de las personas, del Título I, Libro IV, de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/ 2000.

Se prevén, entre otras disposiciones, en el documento elaborado por el Real Patronato:

- En el marco de la provisión de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, se establece que podrán ser arbitrados personalmente por éstas los apoyos que precisen cuando posean en el momento de su aplicación la capacidad natural suficiente. En estos casos, el nombramiento del apoyo podrá hacerse por medio de resolución judicial o de documento público notarial, en el que se hagan constar idénticos términos a los requeridos para la resolución judicial en relación al alcance y los mecanismos de control de la asistencia.
- Si existieren causas que impidieren o limitaren la libre adopción de decisiones, se prevé que el programa de apoyos personalizado se establezca por resolución judicial.
- La guarda de hecho de las personas con discapacidad.
- Los mecanismos de control judicial de los actos jurídicos realizados con apoyos
- Los supuestos de apoyo intenso, cuando sea estrictamente necesario para proteger los intereses de la persona que no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos.
- La tramitación judicial relativa a la determinación o provisión de apoyos se realizará en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria específico, que se transformará en contencioso, en la modalidad de juicio verbal, si se formulase oposición por la persona con discapacidad o por persona o entidad legitimada.

II.2. Artículos de referencia en la Convención de 2006

Los artículos de la Convención de 2006 que pueden ser considerados como la causa próxima de la propuesta de modificación legislativa del Ministerio de Justicia son el 12 y el 13 del Texto Articulado:

Artículo 4 a): Los Estados Partes se comprometen: Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En relación con el contenido del art. 12 cabe realizar las observaciones que siguen:

- En el apartado 2 del art. 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad.
- En el apartado 3 del art. 12 se opta por un modelo de apoyo en la toma de decisiones, que supone una novedad respecto del actual modelo fundamentado, con carácter general, en la representación o sustitución de la persona con discapacidad.
- En el apartado 4 del art. 12 al referirse a que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, parece asumir la posibilidad de que un profesional, diferente de la Autoridad Judicial, intervenga en la determinación y el control de la actuación de las personas de apoyo de la persona con discapacidad.

En relación con la posible intervención de un profesional diferente del Juez, en el marco de las actuaciones mencionadas en el art. 12.4., cabe observar que los notarios ostentan la doble condición de funcionarios públicos investidos de autoridad en el marco de sus competencias, que ejercitan, por delegación del Estado, con independencia e imparcialidad, y profesionales del derecho, respecto de los que cabe la libre elección por parte de los ciudadanos, y operan, en este ámbito, en estrecho contacto con la realidad social, económica y familiar de la discapacidad y con los derechos individuales de las personas, así en relación con las capacidades mencionadas en la Convención en el art 12.5., por lo que podría conformarse, a mi juicio, en el marco del Ordenamiento Jurídico español, como la autoridad independiente e imparcial a la que, en concurrencia con el órgano judicial competente, podría atribuirse, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, la competencia para garantizar, mediante la autorización de escritura pública, el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad³.

Cabría observar, en definitiva, que La Convención de 2006 contempla para las personas con discapacidad un modelo de sistema de capacidad basado en el apoyo y la asistencia de una tercera persona en la toma de decisiones, que contrasta con el tradicional y vigente, basado, en líneas generales, en la protección y, en los casos de las personas declaradas incapaces por sentencia judicial, en la sustitución o representación en la toma de decisiones de la persona con discapacidad que haya sido incapacitada por sentencia judicial.

Art. 13 de la Convención. Acceso a la Justicia:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.
2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

II.3. Principales novedades contenidas en el Borrador de Anteproyecto

En el texto del documento prelegislativo se hace mención, entre otras, a las siguientes propuestas:

Se propone la sustitución de la terminología incapacidad e incapacitación, por la de modificación judicial de la capacidad y persona con capacidad modificada judicialmente.

³ Castro Girona, La Convención de los derechos de las personas con discapacidad: el notario “ombudsman social”, cit., en el último apartado de su trabajo.

Se cambia el modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo.

Se restringe el instrumento de la incapacitación a aquellas situaciones en las que no resulte posible conocer la voluntad de la persona afectada por la incapacidad, debido a la persistencia en la persona de una discapacidad que le impide gobernarse por sí misma.

Se flexibiliza el marco legal al efecto de que la sentencia judicial ofrezca la medida de apoyo proporcional y adecuada a las individuales circunstancias y necesidades de la persona afectada.

Se introduce la figura del defensor provisional para las personas en que no concurre una causa de modificación de la capacidad pero están imposibilitadas temporalmente por razón de trastorno físico o psíquico para cuidar de sus intereses.

Se regula la autorización judicial para el tratamiento ambulatorio no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Se prevé un nuevo procedimiento de modificación de la capacidad y designación de figura de apoyo. No se concreta, en este punto, si el procedimiento es de naturaleza contenciosa o voluntaria, pero lo razonable será articular un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando no existe oposición de las personas legitimadas, de la persona afectada o del Ministerio Fiscal, y transformar el procedimiento en contencioso cuando esta oposición se manifieste, como así se ha subrayado en la atinada propuesta del Consejo Nacional sobre la Discapacidad.

III. Discapacidad y jurisdicción voluntaria: el patrimonio protegido de las personas con discapacidad

Por lo que hace referencia al patrimonio protegido de las personas con discapacidad cabe señalar que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad⁴, regula mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en el aspecto patri-

⁴ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, entre otras disposiciones:

1) Introduce una distinción en el art. 2.2, en relación con las personas con discapacidad, conforme a la cual: "a efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%".

2) Introduce la figura de los patrimonios protegidos para estas personas y

3) Añade el párrafo tercero al artículo 239 CC, que contempla la denominada tutela por ministerio de la ley, por el que se regula: a) El supuesto de inexistencia de alguna de las personas previstas como tutoras en el artículo 234 CC, en el caso de personas incapacitadas, conforme al artículo 200 del CC, y no se designe por el Juez, aunque ello no esté previsto en el texto legal, una persona idónea para desempeñar la tutela y b) El supuesto de que el incapaz se encuentre en una situación de desamparo, en el que la tutela será asumida por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la tutela de los incapaces.

monial y en los incentivos fiscales a las personas que, sin obligación de prestar alimentos, realicen aportaciones para constituir o incrementar un patrimonio protegido, con cuyos rendimientos pueda la persona con discapacidad hacer frente a sus necesidades⁵.

Desde el punto de vista del procedimiento a seguir, la Disposición adicional primera de la Ley 41/2003, tiene por rúbrica “Actos de Jurisdicción Voluntaria” y establece que: “Las actuaciones judiciales previstas en el capítulo I de esta ley se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente”.

Si bien el texto legal hace referencia de forma genérica a actuaciones judiciales, cabe afirmar que no se refiere a cualquier actuación judicial sino tan sólo a aquellas que se conforman por su propia naturaleza como actos de jurisdicción voluntaria y requieren, en consecuencia, la incoación de un procedimiento. Así por ejemplo, no se tramitará como expediente de jurisdicción voluntaria la prescripción legal, contenida en el art.8, conforme a la cual el juez deberá notificar a la gestora o a la sociedad correspondiente, la integración en el patrimonio protegido de las participaciones en fondos de inversión o en instituciones de inversión colectiva, así como de las acciones o participaciones en sociedades mercantiles.

En relación con la normativa aplicable en materia de procedimiento, en el marco de la Ley 41/2003, cabe señalar que nos encontramos en el momento actual en un periodo de transición, dado que en el marco del Estado constitucional de Derecho, una de las piezas que todavía queda por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia es la correspondiente a la Jurisdicción voluntaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, establece en su Disposición Final decimoctava que “En el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria”⁶.

⁵ Vid., con carácter general, sobre esta fundamental Ley, en materia de discapacidad, Serrano, I., Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. Iustel 2008; y en Díaz Alabart, La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad) Ibermutamur-Associació catalana Nabui 2004; Entrena Palomero, Patrimonio Protegido de las personas con discapacidad, Observatorio de la discapacidad, Minusval 2004; Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados, Escola Gallega de Administración Pública, coord.. Bello Janeiro. Santiago de Compostela 2004; Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad, Pérez de Vargas Muñoz, coord., La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 2006

Vid. asimismo sobre la Ley 41/ 2003, en Muñoz de Dios, El patrimonio del discapacitado, en La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Consejo General del Notariado. Madrid 2000; Martín Calero, Comentarios a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, Instituto Valenciano de Estudios Notariales. Valencia 2005; López-Galiacho, Aportaciones al estudio del patrimonio protegido del discapacitado. RCDI, n. 867, 2005; Luna Serrano, El patrimonio protegido del discapacitado, en La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional, Tirant lo Blanch- Junta de Castilla y León, Valencia 2007, pp. 97-144.

⁶ Vid. en relación con el malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y sus antecedentes legislativos, en Fernández de Buján, Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, I y II, Madrid 2007 y

Dado que la Ley 41/2003 no regula un procedimiento específico de jurisdicción voluntaria, salvo la disposición singular de que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida no transformará en contencioso el expediente y determinadas disposiciones relativas a aspectos puntuales, ni se contempla, por otra parte, un procedimiento específico en el vigente Libro III de la LEC de 1881, hasta el momento en que se produzca la aprobación y entrada en vigor de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, son de aplicación las Disposiciones Generales, arts.1811 a 1824, contenidas en el Libro III de la Ley de 1881, configuradoras de un procedimiento general fragmentario e inconexo, así como las normas específicas contenidas en los procedimientos de tutela, curatela, y las correspondientes a enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos, si bien se precisa al respecto en el art.5.2 de la Ley 41/2003, que: “En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”.

De entre los artículos correspondientes al procedimiento general, cabe destacar el art. 1815 LEC, relativo a la intervención del Ministerio Fiscal, dado que resulta de expresa aplicación al procedimiento del patrimonio protegido. Conforme a la dicción legal: “Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad. El Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente”.

El papel del Ministerio Fiscal como defensor real del discapacitado psíquico, tanto en juicio, como fuera de él, ha sido especialmente puesto de relieve por Leña Fernández, al tratarse de un órgano más dinámico, que con más movilidad y bastante más flexible, que el órgano judicial⁷. En el mismo sentido se han pronunciado Vargas Cabrera y Cuadrado Iglesias, en atención a que de la normativa legal el Ministerio Fiscal se configura como el defensor por excelencia de los intereses de las personas con discapacidad, al encomendársele la función de velar por el respeto de sus derechos y por la efectividad de las instituciones y mecanismos de protección que para atender a sus necesidades prevén las leyes⁸.

El art. 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal establece como misión del mismo: “Asumir, o en su caso, promover, la representación en juicio y fuera de él de quienes

2008. En el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley se contenía un Procedimiento específico relativo a la Protección del patrimonio de las personas con discapacidad, en el que se preveía la competencia, la legitimación y determinadas normas en materia de tramitación y apelación de la resolución del tribunal.

⁷ Leña Fernández, Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos, en *La protección jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 256 ss. Vid. asimismo, con carácter general, del mismo autor, *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid 1997.

⁸ Vargas Cabrera, Aspectos civiles y procesales de la discapacidad, en *La protección jurídica del discapacitado I*, cit, pp.126 ss.; Cuadrado Iglesias, Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, Estudios en homenaje al Prof. Albaladejo, I, Madrid 2004, en especial pp.1142,1144 y 1147 .

por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de organismos tutelares que las leyes establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos”.

Distingue Ortells, a propósito de las posiciones del Ministerio Fiscal en el proceso civil, entre aquellos supuestos en que participa en calidad de parte, aquellos en que participa como representante provisional de incapaces y ausentes y la participación del Ministerio Fiscal en determinadas actuaciones procesales⁹. Con carácter general, la doctrina considera preceptiva la intervención del MF en todos aquellos supuestos que afectan a la condición o estado civil de las personas, en defensa de intereses generales o sociales, o bien deberes jurídico-públicos. Se trata, por tanto, de supuestos en que los intereses públicos están por encima de los intereses de los particulares. Al decir de Fairén, cabría afirmar que determinados actos de jurisdicción voluntaria son de ius cogens, están regidos por el principio inquisitivo, por lo que no le son aplicables los principios clásicos del sistema procesal intradispositivo¹⁰.

Para Prieto Castro, el Ministerio Fiscal ha de ser oído en la jurisdicción voluntaria, en calidad de órgano informante o como parte, según los casos. El Ministerio Fiscal sería parte cuando actúa en defensa de los intereses de aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismas. Cuando desempeña su función de defensa del interés público, el Ministerio Fiscal sería órgano colaborador del Juez o Tribunal, fundamentalmente informando, emitiendo su dictamen¹¹. Como interesado, observa González Poveda, el Ministerio Fiscal puede adoptar en los actos de jurisdicción voluntaria, la posición de solicitante o promotor del expediente o la de tercero interviniente, es decir, como mero interesado¹².

En relación con las actuaciones Judiciales y del Ministerio Fiscal previstas en la Ley 43/2003 cabría distinguir, al efecto, en el texto legal, distintas actuaciones de naturaleza diferente:

- a) Actuaciones judiciales de jurisdicción voluntaria, como puede ser la adopción, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier medida específica que redunde en interés del patrimonio protegido de la persona con discapacidad, conforme al art. 7.1.
- b) Actuaciones judiciales que no se configuran como actos de jurisdicción voluntaria, y que no requieren la instancia del Ministerio Fiscal, como puede ser la notificación por el juez a la sociedad correspondiente, de la inclusión de participaciones en fondos de inversión en el conjunto de bienes y derechos que conforman el patrimonio protegido de una persona con discapacidad, conforme al art. 8.2.

⁹ Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, Thomson-Aranzadi, 6ª ed., 2000, pp.109 ss.

¹⁰ Fairén Guillén, «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa», en *ADC.*, 1991, pp. 947 ss.

¹¹ Prieto Castro, *Contribución dogmática del Ministerio Fiscal*, en “Trabajos y Orientaciones del Derecho Procesal”, Madrid, 1964, pp. 106 y ss.

¹² González Poveda, *la Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi 1997, 3ª ed., pp. 106 y ss.

- c) Actuaciones del Ministerio Fiscal enmarcadas en el ámbito de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en la medida en que el Juez actuará a instancia del Ministerio Fiscal, como puede ser el supuesto consistente en que los padres, tutores o curadores de la persona con discapacidad se oponen a la aportación, por persona con interés legítimo, de derechos al patrimonio protegido, en cuyo caso el solicitante, deberá acudir al Ministerio Fiscal, quien instará del Juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, conforme al art. 4.2.
- d) Actuaciones del Ministerio Fiscal previstas o no de forma singular en el capítulo I de la Ley 43/2003, que no se enmarcan en el ámbito de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Conforme al art. 7.1: “El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido”.

Los supuestos específicos de intervención judicial o del ministerio fiscal, previstos en el capítulo I de la Ley 43/2003, son los siguientes:

- 1) La acreditación de minusvalía mediante resolución judicial firme, conforme al art. 2.3. Se prevé asimismo que la acreditación de la minusvalía se realice mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente¹³.
- 2) En caso de negativa (si bien el texto legal habla de negativa injustificada, será el juez quien decida si la negativa es o no injustificada) de los padres, tutores o curadores (el texto legal omite a los curadores, que deben ser incluidos), el solicitante, que podrá serlo cualquier persona con interés legítimo, podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad, conforme al art. 3.2.
- 3) En el caso de que el juez autorice la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial dictada al efecto tendrá como mínimo el siguiente contenido, conforme al art. 3:
 - a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.
 - b) La determinación de 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.
 - c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

¹³ Vid., con carácter general, en relación con las actuaciones judiciales y del ministerio fiscal previstas en la Ley 41/2003, en Fernández de Buján, A., *La Protección Jurídica del Discapacitado*, II, cit., pp. 191-213.

Se prevé también en el art. 3 que el patrimonio protegido se constituya en documento público, en cuyo caso éste deberá tener asimismo el contenido mínimo al que ya me he referido a propósito de la resolución judicial, o por resolución judicial.

- 4) En el caso de que una persona con interés legítimo pretendiese realizar una aportación de bienes o derechos simultánea o posterior a la constitución del patrimonio protegido, y los padres, tutores o curadores, negasen su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, que instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad, conforme al art. 4.2.
- 5) Cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario del mismo, las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de la autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables. No será, sin embargo, necesaria la autorización cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, conforme todo ello se establece en el art. 5.2¹⁴.
- 6) Los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial, prevista en el art. 5.2, en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza, conforme al art. 5.3.
- 7) En los supuestos en que no resulte posible la designación de administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal, conforme al art.5.6.
- 8) En el párrafo final del art. 6, en el que se regula la extinción del patrimonio protegido, se establece que: «En el caso de que no pudiese darse a los bienes y derechos (que constituyen el patrimonio protegido), la finalidad prevista por

¹⁴ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, conforme a la cual se introduce una mejora en el trato fiscal para la constitución y el mantenimiento de los patrimonios protegidos, aclara, de forma satisfactoria, el concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos, habida cuenta de la disparidad de criterios existentes en la práctica. Así, conforme al último párrafo del apartado 2 del art. 5, añadido por la Ley 1/2009: «En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona protegida».

- sus aportantes, se les dará otra, la más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones» .Si bien no se recoge de forma expresa en el texto legal, parece razonable pensar que deberá ser el juez quien decida acerca del destino de los bienes y derechos, conforme a la finalidad más análoga a la prevista por los aportantes¹⁵.
- 9) El patrimonio protegido podrá extinguirse por decisión judicial, que podrá acordarse de oficio, a mi juicio, o a instancia del Ministerio Fiscal, conforme al art. 7.1, en interés de la persona con discapacidad, si bien ambas modalidades de extinción no se encuentran previstas de forma singular en el art.6, que lleva por rúbrica: extinción.
 - 10) La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, conforme al art. 7.1, párrafo primero.
 - 11) El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido, conforme al art.7.1, párrafo 2.
 - 12) Si formasen parte del patrimonio protegido, participaciones en fondos de inversión o en instituciones de inversión colectiva, o bien acciones o participaciones en sociedades mercantiles, el juez o el notario autorizante, en su caso, deberán notificar la cualidad de éstos a la gestora de los fondos o a la sociedad mercantil, conforme al art. 8.2.
 - 13) Se garantiza que el juez que esté conociendo de la constitución de la tutela pueda, mediante los mecanismos oportunos, conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sean del propio incapaz, conforme se afirma en la Exposición de Motivos, apartado VI, de la Ley 41/2003. En este sentido, se dispone en el art.9.1 que: «En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a los efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere el párrafo final del art. 9¹⁶.
 - 14) El supuesto de intervención judicial, recogido en el art. 12, por el que se modifica el art.1792 del Código Civil, entre otros artículos, en materia de alimentos, en aquellos casos en los que falte la prestación de alimentos, producido el fallecimiento del obligado a prestarlos o la concurrencia

¹⁵ Vid. al respecto la interpretación de Cuadrado Iglesias, en Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, cit., pp. 1149-1150.

¹⁶ Vid al respecto por ej, en relación con la autotutela, Fernández Prida, La autotutela, en La protección jurídica del discapacitado I, cit. pp.59ss; O Callaghan, Autotutela: propuesta de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, en *Economist&Jurist*, mayo 2006, pp.64 ss.

de cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia entre las partes¹⁷.

IV. El proceso de incapacitación

IV.1. Presunción de capacidad, incapacidad, y discapacidad

El principio de presunción de capacidad está previsto en nuestro derecho. La regla general es, por tanto, la capacidad de la persona y la excepción la incapacidad. El término incapacitado expresa, en un sentido técnico, de forma indubitada, la situación en la que se encuentra una persona respecto de la que una sentencia ha determinado su estado civil como tal, si bien, en ocasiones, se utiliza el vocablo incapacitado en un sentido no técnico, que difiere de la idea expresada. Así en el art. 663 CC, se establece que están incapacitadas para testar personas que se encuentran en una determinada situación, pero respecto de las cuales no existe necesariamente una declaración judicial de incapacidad.

La capacidad jurídica, por otra parte, no admite grados, lo que sí sucede con la capacidad de obrar. Así, el mayor de edad tiene un grado de capacidad de obrar muy superior al menor de edad, o las personas incapacitadas tienen, de forma personalizada, el grado de capacidad de obrar que les reconoce la sentencia de incapacitación, que oscilará entre la privación y la limitación en su ejercicio, conforme a la graduación de su extensión, si bien no parece que la persona pueda resultar privada, en puridad, de la totalidad de su capacidad de obrar. Por otra parte, la incapacitación, a igual que la minoría de edad, no supone un cambio, en modo alguno, en la titularidad de los derechos fundamentales de la persona incapacitada, aunque sí en su forma de ejercicio, lo que obliga a la conformación específica, en la sentencia constitutiva, de la situación jurídica de la persona incapacitada, conforme a sus conveniencias y necesidades.

El término incapaz se utiliza, por el contrario, de forma más difusa, para aludir a diferentes situaciones: a) A las personas incapacitadas por sentencia, así en los artículos 121 o 199 del CC, o el artículo 428.2 C. Penal, b) A las personas que se encuentran en la situación prevista en el artículo 200 del CC, sin que medie sentencia, es decir, a los incapacitados de hecho, así en el artículo 303 CC, c) A quienes no están capacitados para realizar un acto concreto, así en el art. 745 CC, en el que se prevé quienes son incapaces de suceder, y d) A las personas con discapacidad, con carácter general.

¹⁷ Vid. al respecto en Cobacho Gómez, «La obligación legal de alimentos y la tutela», en *La Protección jurídica del discapacitado*. II Congreso regional. Coordinación y prólogo de Serrano García. Junta de Castilla y León- Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 79 ss. ; MUÑOZ GARCÍA C., “Reflexiones acerca de las sanciones por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, contractuales y legales”, *La Ley*, año XXXI, número 7313, 4 de enero de 2010, pp. 1-5.

En todo caso, ha de señalarse que, en sentido técnico, la discapacidad es una situación administrativa y la incapacitación un estado civil, que deriva de la existencia de una sentencia firme¹⁸. Ninguna persona puede, por tanto, ser considerada incapacitada, sin una sentencia firme que lo declare, lo que parece abonar la tesis del carácter constitutivo de esta resolución judicial. El carácter exclusivamente judicial de la incapacitación, contrasta con las facultades de suspensión de la patria potestad o la tutela que se otorgan a las entidades públicas de la Administración, respecto de los menores en situación de desamparo¹⁹.

La relación entre incapacidad y discapacidad es poliédrica. Así, no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial. Constituye, por ello, lo usual, que las personas incapacitadas, cuya tutela ha sido conferida a una persona jurídica fundacional, sufran algún tipo de discapacidad²⁰.

¹⁸ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, introdujo un nuevo sistema de protección para personas con discapacidad, sin que exista resolución de incapacitación, que se configura como una situación administrativa y no un estado civil, y que se atribuye a quienes están afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una minusvalía física o sensorial igual o mayor al 65 %.

Conforme al art. 1 de la Convención de 2006: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

¹⁹ De la Cuesta y Aguilar, La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 17-21; Vargas Cabrera, Aspectos civiles y procesales de la discapacidad, en la Protección Jurídica del discapacitado, I Congreso Regional, coordinador Ignacio Serrano García, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, p. 126; Pereña, El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado, *Actualidad Civil*, n.15, 2004, pp. 1758-1772.

²⁰ En el sentido expresado, cabe afirmar, con Ignacio Serrano, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 28 de noviembre», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre-diciembre 2004, pp. 231 ss., que el perfil de las personas tuteladas por Fundaciones tutelares de personas con deficiencia mental, es el de una persona mayor de edad, huérfana o no, desamparada e incapacitada por discapacidad intelectual, en definitiva, una persona mayor, discapacitada y desamparada.

Por su parte, Millán Moya, en su intervención ante la Subcomisión para el estudio de la discapacidad en el Congreso de los Diputados, en mayo de 2002, en su condición de Secretario General del Cermi, Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad, señala que "el retrato robot de la persona discapacitada española es el de una mujer, de entre treinta y cuarenta y cinco años, con una discapacidad física o psíquica, de mediana o severa intensidad, sin estudios o como mucho con estudios primarios, sin experiencia laboral....., que normalmente vive en el hogar de sus padres, en situación de dependencia de éstos.....".

Cabe subrayar, por otra parte, que la primera causa de discapacidad se refiere a las deficiencias osteoarticulares, más de la cuarta parte de las deficiencias registradas. Le siguen en importancia, las deficiencias visuales y auditivas, alrededor del 18 % de las discapacidades, y las mentales, en torno al 11%.

El número total de personas con discapacidad para realizar alguna de las actividades de la vida diaria asciende a algo más de 2.285.000. Vid. al respecto en Jiménez Lara y Huete García, *Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid 2003.

Consideran Vargas Cabrera y Sainz de Robles, preferible el término de discapacitado al de incapacitado, para referirse a la persona que se somete a un proceso de incapacitación²¹. En opinión de Vargas Cabrera, el término disminuido utilizado por la CE resulta más moderado que el de incapacitado empleado por el CC y la LEC²². Considera este autor, que ha de partirse de un concepto de discapacidad inspirado en la CE y en los textos internacionales, modulando respuestas flexibles y acompasadas desde los distintos ámbitos legislativos, administrativos y judiciales. Propone, para el logro de la finalidad señalada, la elaboración de un estatuto general sobre la discapacidad, que considere al discapacitado como sujeto protagonista del proceso de incorporación al medio en el que vive. Por su parte, Leña Fernández aboga por una mayor desjudicialización y flexibilización del funcionamiento de la tutela y un desplazamiento del control judicial al ámbito familiar²³.

En relación con aquellas personas que sufren una discapacidad psíquica, sin entrar en la discapacidad de tipo físico o sensorial, cabe subrayar que la terminología empleada para referirse a las mismas ha sufrido un profundo cambio, que ha tendido a la dignificación del nombre con que se las designa y así, desde la utilización de vocablos como anormales, subnormales, deficientes mentales o minusválidos psíquicos, se ha llegado a la actual denominación de discapacitados psíquicos. Se ha

²¹ Vid. en de Vargas Cabrera, «Aspectos civiles y procesales de la incapacidad», en AAVV, *La Protección Jurídica del Discapacitado, I Congreso Regional*, cit., pp. 121 ss; Sainz de Robles, «Una perspectiva histórica», *La Protección Jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 25 ss.; López Frías, «El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1999, pp. 296-320; Martínez Díez, *Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección*. Universidad Internacional Menéndez y Pelayo. Consejo General del Notariado. Madrid 1999.

²² En todo caso, la segunda de las acepciones del término incapacitado contenida en el DRAE - la primera alude a «falta de capacidad o aptitud para hacer algo» - deberían ser actualizada en su referencia a la interdicción civil: «dícese de la persona sujeta a interdicción civil», y resultaría asimismo deseable una armonización en la utilización de los términos incapacitado y discapacitado en los textos legales.

Acerca de la posición jurídica de los discapacitados en el Ordenamiento Jurídico Español, vid., con carácter general, en López Guerra, *Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la administración de justicia*, en *La administración de justicia y las personas con discapacidad*. Ed. Escuela Libre, Fundación Once- Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000; Varela Aufrán, *La discapacidad en el Derecho Español y en la Constitución Española, Discapacidad Intelectual y Derecho*. Aequitas. Madrid 2004; Martín Calero, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Fundación Aequitas- Edt. Ramón Areces. Madrid 2005; Rovira Sueiro, *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia incapacidad*. Fundación Aequitas. Edt. Ramón Areces, Madrid 2005; Delgado y C. Gallén, *Coordnrs, Normalidad y límite. Construcción e integración social del borderline*. Fundación Aequitas- Edt. Ramón Areces, Madrid 2006.

²³ Vid. al respecto en Leña Fernández, «Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos», en *La protección jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 251 ss. A propósito de la tutela como institución protectora de menores e incapaces en la historia de las legislaciones de los países europeos, vid. en García Cantero, «Estudio comparado de la tutela», en *La protección jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 85-120. Señala este A. que en la era codificadora, la tutela en Europa se decanta en torno a dos modelos, uno de carácter preferentemente familiar (privado) y otro en el que priman, a primera vista, los intereses públicos, sea en forma de tutela judicial o encomendada a órganos administrativos. La posición jurídica de las personas con discapacidad psíquica, en perspectiva histórica, es analizada por Martínez de Morentin, en «De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», en *Anuario de Derecho Civil*, Abril-junio 2004, pp. 775-825.

producido asimismo una evolución tanto en la clasificación científica de los distintos tipos de discapacidades, como en el tratamiento y la ayuda requerida por las personas que se encuentran en estas situaciones. Cabe subrayar, por otra parte, que existen discapacidades de muy diferente naturaleza y que, en consecuencia, requieren un tratamiento específico y diferenciado, así en los supuestos de: demencia, sordomudez, prodigalidad, discapacidad cíclica, casos límite, paranoia, esquizofrenia, oligofrenia, depresiones profundas, psicopatías varias, drogodependencia, alcoholismo etc.²⁴.

IV.2. Concepto, causas y garantías del proceso de incapacitación

El proceso de incapacitación es la fórmula prevista en la legislación para velar por la persona y el patrimonio de los presuntos incapaces. Tiene naturaleza jurisdiccional, contenciosa y contradictoria y está informado por los principios dispositivo, de legalidad y de oficialidad. La sentencia que declare la incapacitación fijará la extensión y límites de ésta y determinará el régimen de tutela o guarda de la persona que se considere incurso en la situación contemplada en el artículo 200 CC: “Enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Si la persona incapacitada es menor de edad continuará bajo el régimen de patria potestad, que se prorrogará, si se mantiene la incapacitación, al llegar a la mayoría de edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad, conforme al art. 171 CC.

El proceso de incapacitación está regulado en el Capítulo segundo, del Título primero, del libro IV de la LEC, bajo la rúbrica de “De los procesos sobre la capacidad de las personas”, junto con el proceso de prodigalidad, el proceso de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación y el proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. El articulado corres-

²⁴ El 22 de mayo de 2001, la Organización Mundial de la Salud, aprobó mediante Resolución adoptada en su 54 Asamblea Mundial, un elenco clasificatorio de las distintas discapacidades y situaciones que afectan a la salud, con la denominación de Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, conocida por las siglas CIF. El año 2003 fue declarado por la Unión Europea como: «Año europeo de las personas con discapacidad», conforme a la Decisión 2001/51/CE, de 20 de diciembre, del Consejo. El Consejo de la Unión y los representantes de los Gobiernos han expresado, con este motivo, la reafirmación de «los derechos básicos de las personas con discapacidad en lo relativo a la igualdad de acceso a las actividades sociales y económicas», y la creación de un programa de acción comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres

Con carácter general, en materia de discapacidad, puede consultarse: el elenco de disposiciones citadas por Ignacio Serrano, en *Revista Jurídica del Notariado*, n. 52, octbr-dcbr 2004, pp. 235 ss, y en *Protección Personal de las Personas con Discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid 2008; Díaz-Alabart, *Legislación básica sobre discapacitados*. Técnos. Madrid 2004; Alcaín Martínez, *Legislación sobre discapacidad*. Thomson-Aranzadi- Cermi. 2005.

pondiente a estos procesos comprende los artículos 756 a 763 LEC. La sustanciación del proceso de incapacitación se realiza por los trámites del juicio verbal²⁵. Como previsión de futuro, hay que tener en cuenta, por otra parte, que la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, autoriza al Gobierno a que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar²⁶.

Sobre la oportunidad de sustanciar las solicitudes de incapacitación no contradictorias por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, como así sucede en la legislación alemana, y acontecía en la legislación española con anterioridad a la LEC de 2000, se ha pronunciado una parte de la doctrina e instituciones que representan a los familiares y allegados a las personas afectadas, lo que parece razonable en atención a la mayor agilidad y economía de medios que supone el procedimiento voluntario y a lo penoso que resulta demandar y cumplir los trámites que supone el proceso de incapacitación, cuando las partes y el Ministerio Fiscal manifiestan su conformidad o la no oposición a la declaración de incapacidad²⁷.

El artículo 199 CC prevé como garantías del proceso: a) la necesidad de una resolución judicial en forma de sentencia firme, dictada por juez competente, en un proceso declarativo y contradictorio, que declare la incapacitación, b) la tipicidad –sólo las causas establecidas, y c) la reserva de ley formal, es decir, las causas deben ajustarse a las contempladas en la ley que en este caso se corresponde con lo previsto en los artículos 200 y 201 CC, que recogen la base fáctica de la incapacidad: enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a las personas gobernarse por sí mismas²⁸. Conforme a la actual redacción, que deriva de la reforma de 1983, la configuración de las causas puede ser concebida como abierta, a diferencia de lo que ocurría con la anterior regulación, que preveía una lista determinada de causas.

²⁵ Vid. en Calaza López, *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid 2007, pp. 130 ss. y, con carácter general, sobre la nueva concepción garantista de la jurisdicción voluntaria, en Fernández de Buján, *Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, II, *La Ley*, n. 6.600, de 28 de noviembre de 2006, pp. 11 ss.

²⁶ Con carácter general, vid en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*. Jornadas Fundación Aequitas 2004, Colecc. N. 3 *La llave*, dirigida por Blanca Entrena, Madrid 2004, y en Iglesias Canle y Candal Jarrín, *Los procesos sobre capacidad de las personas*. Especial referencia a las personas dependientes. Tirant. Valencia 2009.

²⁷ Vid., con carácter general, sobre la nueva concepción garantista de la jurisdicción voluntaria, en Fernández de Buján, *Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, II, *La Ley*, n. 6.600, de 28 de noviembre de 2006, pp. 11 ss.

²⁸ En relación con los artículos 199 a 201 CC vid., con carácter general, Díez-Picazo, L, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Coordinadores, Amorós, M, y Bercovitz, R., Madrid 1986, pp.175 - 183; Parra, M.A., *Comentario del Título IX del Libro Primero del CC., De la Incapacitación*. Comentarios al Código Civil, Coordinador, Rams, J., Barcelona 2000, pp. 1651 ss.

Si bien el texto del artículo 200 se refiere a enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, cabe señalar que el carácter físico no es suficiente por sí mismo para determinar una incapacitación, en la medida en que no repercute en la naturaleza psíquica de la deficiencia o enfermedad²⁹. En este sentido, cabe señalar con Díez-Picazo, que quedan englobados en la fórmula abierta que utiliza el art. 200, los trastornos físicos que impiden completamente la comunicación o el desarrollo de la personalidad, como pueden resultar un prolongado coma profundo o una hemiplejía.³⁰

El elemento clave es pues el carácter psíquico de la enfermedad o deficiencia y su persistencia en el tiempo y, como consecuencia de ello, la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma, en cuanto que no resultaría suficiente, por ejemplo, una patología permanente que no impidiese el autogobierno de la persona. La discapacidad física o sensorial es tenida en cuenta en la legislación civil, en determinados supuestos, así, se establecen reglas especiales, cuando quien otorga el testamento es una persona ciega o sordomuda, artículos 697, 698 y 708, o a efectos de la determinación de la idoneidad para ser testigo, conforme al artículo 361 LEC: “Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”.

La persistencia de la enfermedad o deficiencia alude a la necesidad de su prolongación en el tiempo. En el sentido expresado se pronuncia la STS de 28 de julio de 1998: “... para que se incapacite a una persona no sólo es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico... lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, y le impida gobernarse a la (persona) afectada por sí misma”, es decir, la enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, debe producir en el presunto incapaz un trastorno permanente u oscilante en intensidad, que le impida a la persona gobernarse por sí misma. En el mismo sentido, en STS de 26 de julio de 1999, se afirma la consideración de incapacitante de un supuesto en el que la situación de incapacidad no es constante o permanente, sino esporádica, pero en el que las fases clínicas o críticas se repiten.

En cuanto a la idea de gobernarse a sí mismo cabe señalar, con Díez-Picazo, que constituye el centro de gravedad de todo el artículo 200, y lo que quiere decir es que

²⁹ El porcentaje de incapacitaciones motivadas por deficiencias psíquicas es muy superior al de las fundadas en enfermedades psíquicas, vid. en este sentido en Delgado Bueno y Ruiz de la Cuesta, Aspectos Médico-legales del internamiento y de la incapacitación, en «Los discapacitados y su protección jurídica», Estudios de Derecho Judicial, n. 22, CGPJ, Madrid 1999, pp. 65 ss; Ramos Chaparro, Enfermedad física, autogobierno e incapacitación (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de enero de 1994), Poder Judicial, Madrid 1994, pp. 397-412

³⁰ Díez-Picazo, L., Comentarios al art. 200. Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela, cit., pp. 178 ss. ; Santos Urbaneja, Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil, en Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas de la Fundación Aequitas, Madrid 2004, pp. 25 ss. .

dejada la persona a merced de sus propios impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma, por eso el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial. Sólo cuando la incidencia que la enfermedad física o mental persistente o la deficiencia ejerza en el autogobierno de la persona se produzca, y se produzca en grado estimable, la incapacidad será procedente.

En el sentido expresado, se pronuncia la STS n.282/2009, correspondiente a un recurso de casación e infracción procesal, en la que se afirma que la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad y “sólo cabe limitarla en los supuestos como el que nos ocupa porque D^a V. por sí sola le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear etc.), familiares (llevar la casa, compra etc.) o sociales (visitas, relaciones etc.) -no puede estar presente en estas actuaciones-, e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita la protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece...”. Distingue asimismo la sentencia entre la posibilidad de que una persona, con “un estado depresivo grave con síntomas psicóticos” pueda realizar actos simples de su vida cotidiana, lo que no justificaría una resolución de incapacitación y, sin embargo, no se encuentre en condiciones de acometer la realización de actos complejos, como la administración de sus bienes, lo que requeriría el nombramiento de un tutor respecto del patrimonio.

En cuanto a la necesidad de que la persistencia de la anomalía impida el autogobierno de la persona, se afirma asimismo en la citada STS 282/2009, que “debe destacarse en este punto la importancia de la valoración que el Juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento normal a enfermos que hace unos años hubieran sido condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimientos psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo...”.

Del texto del art. 200 CC, parece que debe asimismo deducirse que debe existir un nexo causal entre la enfermedad o deficiencia persistente y el impedimento que ello supone para la persona en orden a gobernarse por sí misma.

El Ministerio Fiscal, en el marco asimismo del recurso de casación analizado, subraya que, de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con

discapacidad, firmada en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, “la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de su capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces”. La Convención, continua en su argumentación el Ministerio Fiscal, adopta el “modelo social” de discapacidad que sustituye al “modelo médico o rehabilitador” actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva o incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo, como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar “una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar”.

En relación con la valoración referida del Ministerio Fiscal, se considera en la ST objeto de análisis, que el sistema de protección establecido en el Código Civil para la incapacitación, sigue vigente, con la lectura que se propone:

- 1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.
- 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

En una primera valoración, parece que podría afirmarse que la actual configuración jurídica de la incapacitación, no obstante la positiva valoración que merece su regulación para la mayoría de la doctrina y el carácter garantista del proceso de incapacitación, no goza, de forma generalizada, de suficiente confianza por parte de las familias afectadas. En relación con este aspecto, ha sido subrayado por la doctrina, que es patente el rechazo sociológico a la incapacitación de una persona, conforme se avala con los datos proporcionados por la Encuesta sobre Discapacidad realizada en 1968-1988 por el Consejo Económico y Social, en la que consta que en España existen 800.000 personas discapaces necesitadas de tutela, de las cuales el

número de incapacitados no llega al 15 %³¹ Pues bien, el mencionado rechazo tiene como motivación, a juicio de Fernández Prida, el hecho que el procedimiento de incapacidad no resulta adecuado dado que las garantías que ofrece al declarado incapaz son más aparentes que reales, y no existe una especialización judicial a la hora de administrar el patrimonio de los incapacitados, ya que tan sólo se limita a aprobar o denegar las autorizaciones solicitadas. Se ha abogado, por ello, desde un sector de la doctrina, por la regulación de procedimientos de incapacidad diferenciados, frente al actual modelo de un procedimiento de incapacidad indiferenciado³². La persona incapacitada mantiene su capacidad jurídica y se ve limitada, de forma total o parcial, en su capacidad de obrar, mediante el régimen de tutela o curatela.

IV.3. Legitimación. Postulación, pruebas, sentencia, graduación de la incapacidad: tutela o curatela y recursos

La legitimación activa para instar el proceso de incapacidad obedece, conforme al art. 757 LEC, a razones de:

- Iniciativa de la propia persona afectada: el presunto incapaz, conforme a la disposición introducida al efecto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre³³.
- Parentesco: descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz.
- Afectividad: el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable.
- Patria potestad o tutela: quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del presunto incapaz cuando este fuere, al propio tiempo, menor de edad, para promover su propia incapacidad.
- Cargo público: el Ministerio Fiscal, quién deberá promover la incapacidad si las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757 LEC -presunto incapaz, y personas ligadas por vínculos de parentesco o afinidad-, no existieran o no la hubieran solicitado³⁴.

³¹ Vid. al respecto en Segura Zurbano, La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad, Cuadernos de Derecho Judicial, XX, 2005. Id. Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas. Madrid 2004 ; González Porras, Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas, en Personalidad y capacidad jurídica, T. II, Universidad de Córdoba 2005.

³² Fernández Prida, La autotutela, VVAA, La protección jurídica del discapacitado, cit. pp. 60 ss; Soriano Campos, Autotutela, Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica, en Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 2004 ; O Callaghan, Autotutela : propuesta de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, Economist & Iuris, n. 100, Madrid 2006 ; Berrocal Lanzarot, Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre: la institución de la autotutela. Anuario de derechos humanos, Nº. 9, 2008, pp. 15-141

³³ Observa Gimeno Senra, Derecho Procesal Civil, T. II, Los procesos especiales, Madrid 2005, pp. 249 ss., que la posibilidad de que el presunto incapaz pueda instar su propia incapacidad, convirtiendo al demandante en actor contra sí mismo, desdibuja aún más los contornos de este proceso en el que – como en los procedimientos de jurisdicción voluntaria – no existe conflicto de intereses, sino una única finalidad de protección de los derechos del presunto incapaz.

Como señala Díez-Picazo, el llamamiento a los descendientes se hace de forma global y sin referencia alguna al grado de parentesco en la línea descendiente, en la que se encuentran con el presunto incapaz. Están, por tanto, llamados los hijos, los nietos y, en su caso, los biznietos y no hay ninguna excepción según el tipo de relación de filiación que se haya producido³⁵.

En el apartado tercero del art. 757 se establece, por otra parte, que “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”³⁶. Se trata, por tanto, de personas que no están legitimadas, sino tan sólo facultadas u obligadas por razón de su cargo, para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible causa de incapacitación que, a su juicio, afecta al presunto incapaz.

Se establece en el art. 757, apartado 2, que el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación, si las personas para ello legitimadas, cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz, no existieran o no lo hubieran solicitado³⁷. Se establece asimismo la posibilidad de que cualquier persona pueda poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad, en consonancia con el papel del Ministerio Público como defensor legal de los intereses de las personas discapacitadas e incapacitadas, conforme al art. 757, apartado 3. En cuanto a la legitimación pasiva cabe señalar que corresponderá a la persona respecto de la cual se aduce la causa de incapacitación.

El presunto incapaz puede actuar con su propia defensa y representación³⁸, si así no lo hiciese, su defensa corresponderá, con carácter imperativo, al Ministerio Fiscal y, si éste hubiera sido el promotor del procedimiento, a un defensor judicial, confor-

³⁴ Acerca de la distinción entre legitimación y capacidad de conducción procesal, vid. en Gimeno Sendra y Calaza López, ¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?, *La Ley*, 6.125, de 11 de noviembre de 2004. En relación con el concepto de capacidad procesal, vid. asimismo en Menéndez García, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, AAVV, Civitas, Madrid 1999, pp. 213 ss.

³⁵ Díez-Picazo, L., *Comentarios al artículo 202 CC*, cit., pp. 183 ss. La disposición derogatoria única, apartado 2.1 de la LEC de 2000, derogó los artículos 202 a 214 CC, lo que supuso el traslado a la legislación procesal, de las normas de procedimiento referidas a los procesos sobre la capacidad de las personas, contenidas en el Código Civil.

³⁶ Vid., con carácter general, sobre el proceso de incapacitación en De la Oliva- Díez Picazo Gimenez-Vegas Torres, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed. 2005, pp. 420 ss ; Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil. Vol. II. Los procesos especiales*, Ed. Colex. Madrid 2005; Ortells y Cucarella, *Proceso civil práctico*, Tomo IX, 2006, arts. 756 ss.

³⁷ Como señala Díez-Picazo, L., *Comentarios al artículo 202 CC*, cit., p. 186, la idea que parece presidir esta regla es la de un difuso interés público; que toda situación determinante de incapacitación produzca la incapacitación; que exista certidumbre en todas las situaciones jurídicas personales en bien de las personas para el autogobierno, pero también en interés de la generalidad.

³⁸ En relación con la asistencia jurídica gratuita respecto de las personas con discapacidad, vid. en Iglesias Canle y Candal Jarrín, *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, cit. pp. 51 ss.

me se dispone en el art. 758 LEC: “El presunto incapaz...puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado”³⁹.

El procedimiento para la declaración de incapacidad está regulado en los arts. 756 a 763 LEC, que se encuadran en el capítulo II del Libro IV de la LEC, que lleva por rúbrica De los procesos especiales, y la tramitación se ajusta a las normas del juicio verbal, con peculiaridades⁴⁰. En este sentido, se dispone en el art. 753 LEC que: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días...”.

La iniciación del proceso de incapacitación se produce, conforme al art. 399.1 LEC, al igual que en los demás procesos civiles, por interposición de la demanda, que deberá contener la petición de incapacitación y la causa concreta la motiva, si bien el tribunal podrá declarar la incapacitación en atención a una causa diferente a la alegada por el demandante⁴¹. El demandante podrá asimismo proponer al tribunal la persona o personas que desempeñen, en su caso, la tutela o curatela de la persona declarada incapaz. En todo caso, en atención al principio de oficialidad que caracteriza al proceso de incapacitación, el tribunal no se encuentra vinculado por las alegaciones de los intervinientes, una vez que el proceso de incapacitación se promueve, eso sí necesariamente, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, dado que en ningún caso puede iniciarse de oficio.

La demanda habrá de dirigirse frente al presunto incapaz y acompañarse de la pertinente documentación, correspondiente a representación, acreditación del parentesco o afinidad con la persona afectada y dictámenes médicos o psiquiátricos que avalen la pretensión de incapacitación.

³⁹ El presunto incapaz, escribe Díez-Picazo, en Comentarios al artículo 207 CC, cit., pp. 191 ss., cualquiera que sea su estado natural de conocimiento y de voluntad, puede constituirse como parte en el proceso a través de su propia defensa y su propia representación. Lo dice así el inciso final del artículo 207. Y ello es lógico porque no hay que pensar sólo en los casos normales en que el incapaz presunto se va a transformar en incapaz definitivo. Hay que pensar también en los casos anómalos o patológicos – que alguna vez se presentan – en que se pretende hacer pasar por incapaz- por enfermo mental o persona mentalmente disminuida- a quien no lo es en realidad .

⁴⁰ Para un examen detallado del procedimiento, vid. en Calaza López, Los procesos sobre la capacidad de las personas, cit., pp. 125-223.; Fernández López, El procedimiento de incapacitación, en Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas. Madrid 2004; Berrocal Lanzarot, De nuevo sobre el proceso de incapacitación, Revista de Derecho Procesal, n. 1. 2005, pp. 21-100.

⁴¹ Observa Moreno Catena, Derecho Procesal Civil. Parte especial. Valencia 2005, pp. 43 ss, que el legislador se separa tanto de la forma de demanda sucinta, como de la posibilidad de presentar una demanda formularia, por lo que es preciso entender que el escrito de demanda habrá de ser suficientemente razonado y fundamentado.

En relación con el Juzgado competente, el art. 23.3 de la LOPJ dispone que: “Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados cuando éstos tuvieren su residencia habitual en España”, lo que implica que, en las materias indicadas en el artículo mencionado, a los extranjeros residentes en España se les aplicará en materia de procedimiento la normativa procesal contenida en la LEC y la legislación sustantiva del país de su nacionalidad.

Por su parte, el art. 756 de la LEC dispone que: “Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite”. En aquellas localidades en las que existen Juzgados especializados en materia de capacidad de las personas, corresponderá a estos órganos judiciales el conocimiento de las causas de incapacitación⁴². El Tribunal examinará de oficio su competencia para conocer del asunto, y su falta de competencia podrá asimismo ser apreciada a instancia de parte.

En relación con la acumulación de procesos, cabe señalar que estando pendiente un proceso de incapacitación de una persona, todos aquellos procesos en los que el presunto incapaz sea parte deberán quedar supeditados a la conclusión del proceso de incapacitación. Por otra parte, sin fueren varios los procesos de incapacitación incoados frente a un mismo presunto incapaz, se producirá una acumulación de los distintos procesos, conforme todo ello con lo dispuesto en el art. 76 LEC: “La acumulación de procesos sólo se ordenará: 1º) cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro y 2º) cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pide exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes”.

Una vez interpuesta la demanda el Juez dará traslado de la misma al presunto incapaz, al Ministerio Fiscal, cuando proceda y a todos los legitimados, en atención al interés que pueden tener estas personas en defender la plena capacidad o la incapacidad del presunto incapaz, en el curso del procedimiento, si bien cabe también asimismo que las personas legitimadas se limiten a declarar en el curso del proceso como personas allegadas al presunto incapaz sin adoptar una posición activa a favor o en contra de la demanda de incapacitación⁴³.

El demandado dará contestación a la demanda por escrito en un plazo de 20 días, conforme señala el art. 753 LEC y podría formular, por medio de reconvenición, la

⁴² Vid. en relación con los Juzgados especializados en incapacidades y tutelas y su posición en relación con los Juzgados de Primera Instancia en Entrena Klett, Un problema de Derecho intertemporal: el órgano competente para deferir la tutela, Jornadas de Derecho Procesal, CGPJ, Madrid, 1984, pp. 92 ss; Lete del Río, Pasado y presente de la tutela o guarda de los menores o incapacitados, Líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela, Documentación Jurídica, nº 41, tomo XI, enero-marzo 1984, pp. 35 ss.

⁴³ Vid. en Colmenero Menéndez de Luarca, El Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación, Madrid 1998.

pretensión o pretensiones que considere que le competen respecto del demandante. Formulada la contestación a la demanda, la no asistencia del demandado a la vista del juicio oral no supone su declaración en rebeldía y, en sentido contrario, la falta de asistencia del demandante a la vista equivale a su desistimiento, conforme al art. 442 LEC, siempre que cuente con la conformidad del Ministerio Fiscal, conforme al art. 751.2 LEC. Con carácter general, a la indisponibilidad del objeto del proceso en esta materia, se refiere el apartado 1 del art. 751 LEC: “En los procesos a que se refiere este Título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”.

En orden a la fase de prueba, cabe señalar que el art. 759, que lleva por rúbrica Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación, dispone que en los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con el art. 752 LEC, necesariamente el tribunal deberá realizar las siguientes actividades probatorias:

- Procederá al examen directo del presunto incapaz⁴⁴.
- Oír a los parientes más próximos del presunto incapaz⁴⁵.
- Valorará los preceptivos dictámenes periciales médicos, sin perjuicio de cualesquiera otros dictámenes médicos que, de oficio o a instancia de parte, en relación con las pretensiones de la demanda⁴⁶.

En caso de apelación de la sentencia, el tribunal de segunda instancia deberá proceder a una nueva valoración de las pruebas⁴⁷, conforme al art. 759.3 LEC.

El procedimiento de incapacitación concluye mediante sentencia, que tiene carácter constitutivo y no tiene efectos retroactivos. La previsión legal relativa a la sentencia de incapacitación, se contiene en el art. 760. 1 LEC, conforme al cual: “La sentencia que declare la incapacitación deberá graduar la extensión y límites de

⁴⁴ En relación con el peculiar carácter de medio de prueba del examen por el Juez del presunto incapaz, vid. SSTS de 2 de febrero y 12 de junio de 2008 y SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2006. Vid. asimismo, STS de 31 de diciembre de 1991, acerca de la consideración del examen de la persona con discapacidad, no como reconocimiento judicial, ni inspección personal, sino como un medio de prueba directa, legal y obligada para dictar la resolución judicial.

⁴⁵ Vid al respecto SSTS de 20 de febrero de 1989, de 12 de junio de 1989, de 20 de marzo de 1991, de 24 de mayo de 1991, de 15 de diciembre de 1996, de 4 de marzo de 2000, acerca del carácter imperativo y de orden público del examen directo del presunto incapaz y de la audiencia a sus parientes más próximos. Vid. asimismo, STS de 19 de febrero de 1996, sobre la no procedencia de la audiencia, en el proceso de incapacitación, de aquéllos parientes que actúen en el procedimiento como demandantes, ni la de los que intervengan en situación de litigantes demandados.

En relación con la audiencia a los parientes más próximos, considera Díez-Picazo, L., Comentarios al art. 208 CC, cit., p. 193, que debe tratarse, como es obvio, de parientes distintos de aquéllos que hayan promovido el proceso de incapacitación, aunque nada impide que el juez interroge también a éstos. Asimismo, como opina este autor, dado que la Ley no aclara los límites que circunscriben el conjunto de “parientes más próximos”, ello permite un buen margen de arbitrio judicial, siempre que sea oído un buen número de personas.

⁴⁶ Vid al respecto en SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005

⁴⁷ Vid. en este sentido, SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005

la incapacidad, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763⁴⁸.

La determinación del grado de incapacidad, su extensión y límites, en expresión legal, deberá realizarse en atención a la intensidad de la enfermedad o deficiencia en la capacidad intelectual y volitiva de la persona incapacitada. Leña Fernández ha subrayado las tres principales barreras con las que se encuentra el tribunal en el ejercicio de la obligación de graduación: a) La traslación del campo clínico, que corresponde a los médicos que dictaminan sobre la enfermedad o deficiencia del presunto incapaz, al campo jurídico, que corresponde al Juez, en colaboración con el Fiscal, resulta siempre difícil y problemática, b) La práctica judicial demuestra que la realidad es siempre más rica que cualquier previsión teórica, de manera que la enumeración, en la sentencia, a modo de listado cerrado, de los actos que puede realizar el incapacitado deviene insuficiente, c) La experiencia demuestra que los medios personales y materiales de los Juzgados son absolutamente insuficientes para abordar, con honestidad y rigor, un tema tan complejo como lo es la incapacitación y su adecuada graduación⁴⁹.

La graduación de la incapacidad ha de guardar, por otra parte, una estrecha relación con el régimen de protección establecido por la sentencia de incapacitación, de tutela o curatela⁵⁰. A estas razones de coherencia interna de la sentencia se refiere la doctrina cuando subraya que el Juez, al fijar la extensión y los límites de la incapacitación, debe determinar el órgano de guarda, en atención a aquéllos límites que él mismo fijó; consecuentemente, existirá una proporción lógica entre el alcance de la incapacitación y el tipo de guarda determinado, no siendo posible, por ejemplo, declarar la incapacidad total y determinar como órgano adecuado a aquélla incapa-

⁴⁸ En relación con el texto del art. 210 CC, introducido por la Ley de 24 de octubre de 1983, que se mantiene inalterado en el primer párrafo del apartado 1 del art. 760 LEC, escribe Díez-Picazo, en Comentarios al Art. 210 CC, que la sentencia, ante todo, determina la extensión de la incapacitación ordenando una incapacitación plena, para todos los actos de la vida jurídica, o una incapacitación de carácter limitado. En este último caso habrá de puntualizarse un elenco de los actos para los que se reconoce capacidad a la persona y aquéllos otro respecto de los cuales la incapacitación funciona. Lógicamente puede no tratarse de un sistema de lista y podrán los actos incluidos en uno y otro punto designarse con sus rasgos generales.

⁴⁹ Vid. en Leña Fernández, Graduación de la incapacidad, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 2004, pp. 208 ss; López Frías, Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado, Actualidad Civil, n. 13, 24-30 marzo 2003; Chimeno Cano, Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental, 2^ªed, Thomson-Aranzadi, 2004; Cabrera Mercado, La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacitación, en Discapacidad intelectual y derecho, IV Jornadas de la Fundación Aequitas, Madrid 2004; Rovira Sueiro, Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, pp. 38-40; Pereña Vicente, Dependencia e incapacidad. Libre elección del cuidador o del tutor. Madrid 2008.

⁵⁰ A propósito de un deseable, de lege ferenda, tratamiento conjunto de la discapacidad y la incapacidad, en el marco del proceso civil especial de incapacitación, en los casos en que así lo pretendiesen y declarasen los particulares, vid. en Calaza López, Los procesos sobre la capacidad de las personas, cit. pp. 197-198; En relación con un posible cambio legislativo en materia de tutela, vid. en López- Mora Gonzalez, en Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad, cit., pp. 149 ss. .

cidad la curatela⁵¹. En la STS 282/2009, referida a un proceso de incapacitación, en el escrito de contestación correspondiente al trámite de traslado al Ministerio Fiscal del recurso de casación y del de infracción procesal, se afirma que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor, y añade que “la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las preferencias del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los que se le marquen sea revisable por los tribunales”.

El nombramiento de tutor o curador puede efectuarse en la propia sentencia de incapacitación, o bien, con posterioridad, en procedimiento de jurisdicción voluntaria⁵². En relación con el primero de los supuestos, el art. 759.2 LEC dispone que: “Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviere suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno”. En todo caso, en la constitución de la tutela o curatela, debe primar, ante todo, el interés de la persona incapacitada, por encima de cualquier otra consideración. En este sentido se pronuncia la STS de 22 de julio de 1993, cuando afirma que el concepto de “beneficio del incapacitado” es el que debe presidir la designación del cargo tutelar, frente a otras preferencias de tipo familiar. La tutela y la curatela se configuran, por tanto, como instituciones que suplen o complementan, mediante el asentimiento, el consentimiento o la autorización del tutor o curador, las limitaciones a la capacidad de obrar de la persona tutelada o sometida a curatela, derivadas de la sentencia de incapacitación, deben ejercerse siempre, y con carácter prioritario a cualquier otra consideración, en beneficio de dicha persona, así como tender a la recuperación de su capacidad⁵³.

El régimen de tutela que provoca la incapacitación afectará, en mayor o menor grado, a la persona y patrimonio de menores o mayores de edad, según los casos, mientras que el régimen de curatela, se constituirá en aquellos supuestos en los que

⁵¹ Vid., en el sentido expresado, en Martín Guilarte, Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC, Actualidad Civil, n. 33, 10 a 16 de septiembre de 2001, pp. 1170 ss.; En relación con disposiciones específicas relativas a la incapacitación de una persona, vid. en Soto Ruiz, El estatus jurídico de las personas con discapacidad, en Tratado sobre Discapacidad, Directores R. De Lorenzo y L.C. Pérez Bueno, Madrid 2007, pp. 592 ss.; Vid. asimismo en O Callaghan, La declaración de incapacidad, en La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Consejo General del Notariado. Madrid 2000.

⁵² Vid. al respecto en Fernández de Buján, Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, II, Ed. Iustel, Madrid 2008, pp. 225 ss.

⁵³ Vid., en el sentido expresado, en Serrano García, Prólogo a la Protección Jurídica del Discapacitado, cit., pp. 14 ss

el grado de discernimiento de la persona suponga una atenuación de su capacidad que afecte no tanto a su autogobierno, como a la administración de sus bienes. El proceso de incapacitación dará lugar, por tanto, a la constitución de la tutela cuando queda acreditada una limitación funcional de la persona para regir su capacidad y administrar sus bienes, y a la constitución de la curatela en relación con aquellas personas que, en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad en el marco patrimonial.

La constitución de la tutela o de la curatela, deberá promoverse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como ya ha sido señalado, como remedio a las limitaciones a la capacidad de obrar derivadas de la sentencia de incapacitación, siendo el juez una pieza clave en el nuevo sistema de tutela de autoridad, conforme al art. 231 CC, establecido a partir de la reforma de 1983, en contraposición a la anterior concepción de tutela de familia. La determinación de la tutela o la curatela depende pues de la valoración que el juez realice del supuesto de hecho planteado como objeto de su conocimiento. Conforme al art. 287 del CC "...procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de procedimiento en atención a su grado de discernimiento". En tales supuestos, la curatela de la persona incapacitada "tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido", conforme al art. 289 CC, y se suele denominar curatela impropia, respecto de los supuestos propios de curatela, contemplados en el art. 286 CC⁵⁴.

A la delimitación entre tutela y curatela, en el marco de la incapacitación, se hace referencia en la STS 282/2009, Fundamento de Derecho Octavo, "La incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas en su entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 289 CC; la curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad".

La doctrina española, en general, acogió de forma favorable, el riguroso control

⁵⁴ Vid. al respecto en Guilarte Martín Calero, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Madrid 1996.

por parte de la Autoridad Judicial del ejercicio de la función tutelar, implantado por la reforma de 1983⁵⁵, frente al anterior sistema de tutela de familia, y la práctica confirmado la visión positiva de la doctrina, si bien, con el paso de los años, se han ido manifestando diversas voces críticas, entre las que cabe mencionar a R. Leña y Salinero Román, que han puesto de relieve que la actual complejidad de las situaciones que se le plantean al juez en las tutelas e incapacitaciones, requieren una formación específica y una dedicación, de la que el titular de la potestad jurisdiccional no está, en la mayoría de las ocasiones, en condiciones de disponer. El debate sobre el grado de judicialización aconsejable para la tutela vuelve pues a plantearse casi treinta años después de la reforma del Derecho de Familia en este punto⁵⁶.

Conforme a la previsión contenida en el nuevo art. 242 del C.C., introducida por la Ley 13/ 1983, la tutela puede recaer en personas jurídico-públicas, o en personas jurídico privadas, como pueden ser corporaciones, asociaciones o fundaciones de interés público, que tengan entre sus fines la protección de menores o incapaces⁵⁷. Son asimismo destinatarios de la tutela, conforme al art. 222 CC, además de los incapacitados, cuando así lo establezca la sentencia de incapacitación:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad
- Quienes se encuentren en situación de patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela, y
- Los menores que se hallen en situación de desamparo.

La tutela por parte de una persona jurídica pública se produce, conforme al art. 239 del CC cuando ninguna de las personas previstas en el art. 234 CC asume la condición de tutor y cuando el incapaz se encuentra en situación de desamparo. Entre las ventajas de las personas jurídicas tutores pueden contarse la posible dura-

⁵⁵ La reforma de la incapacitación y tutela materializada en la Ley 13/1983, tiene su antecedente en las conclusiones publicadas en 1975 por un equipo de trabajo, constituido en 1975 por iniciativa de la Fundación General Mediterránea, presidido por el profesor Luis Díez-Picazo y formado por los profesores Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Caffarena. EL texto articulado elaborado por este equipo de profesores, que se conformó en la práctica como un anteproyecto privado sobre la materia, se sustituye el sistema de unidad de guarda – tutela-, por el de pluralidad de guarda – tutela, curatela y, eventualmente, defensor judicial y guardador de hecho -, el sistema de tutela orgánica, de tutor, protutor y consejo de familia, por el de tutela individual, tutor o curador, y la tutela de familia por la tutela de autoridad. Vid. al respecto en Tutela e instituciones afines, TIII, de la obra El nuevo régimen de familia, 1990, pp. 50 ss. .

⁵⁶ Vid. al respecto en Leña, Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos, en La Protección jurídica del incapacitado I, cit., pp. 251 ss., y en Salinero Román, Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica, en La Protección Jurídica del Discapacitado I, cit., pp. 133 ss. . Con carácter general sobre la reforma en materia de tutela, vid. en García Cantero, Los principios de la nueva normativa sobre la tutela, RGLJ, julio 1985, pp. 85 ss.

⁵⁷ Muñiz Espada, Las personas jurídico-privadas tutoras, Barcelona 1994; Más Mayoral, La asunción de la tutela por ministerio de la ley: intervención de entidad pública tutelar, en Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad, Jornadas Fundación Aequitas. Madrid 2004 ; Gil Rodríguez, La “Entidad Pública” y las “Entidades Privadas” en la tutela de incapaces desamparados, en VVAA, La protección jurídica del discapacitado II, cit., pp. 21 ss.

ción indefinida de éstas, con lo que ello supone de estabilidad, en relación con las personas físicas, y su previsible especialización, entre los inconvenientes más notorios suele aducirse el de la despersonalización en las relaciones con la persona tutelada, lo que ha hecho escribir a Ignacio Serrano que no debería haber ningún discapacitado incapacitado sin –una persona física– un delegado tutelar, que le dé cariño, que le visite y, en definitiva, que le acompañe.

El art. 303 CC, por otra parte, prevé la realidad fáctica que se produce cuando la Autoridad Judicial tiene conocimiento de la existencia de un guardador de hecho de un presunto incapaz⁵⁸. Ante esta situación, el juez:

- Deberá tomar las medidas cautelares de control y vigilancia que estime oportunas, así como poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que promueva, si lo estima procedente, el proceso de incapacitación, conforme al art. 762.1 LEC
- Dispondrá la constitución de la tutela, conforme al art. 228 CC, y
- Procederá, en su caso, hasta la designación de tutor, al nombramiento de un administrador que cuide de los bienes, asumiendo, por su parte, el Ministerio Fiscal, la representación y defensa de la persona que deba ser sometida a tutela, en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento de constitución de la institución de guarda, conforme al art. 299 bis CC.
- En el supuesto de que recayendo la tutela de la persona incapacitada en una persona jurídica, la persona tutelada no se adaptase al régimen interno de la institución de acogida o de residencia, deberá iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria de remoción de la tutela, conforme al art. 247 CC, en el curso del cual, el juez puede adoptar como medida cautelar la suspensión del tutor en sus funciones, mientras dura la tramitación, y el nombramiento de un defensor judicial del tutelado.

Está prevista la exclusión de la publicidad en el proceso de incapacitación, conforme a lo dispuesto en el art. 754 LEC: “Los tribunales podrán decidir, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada, y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen”.

La sentencia en los juicios de incapacitación, que puede ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial y, en su caso, en casación, ante el Tribunal Supremo, produce efectos de cosa juzgada de la misma forma que en cualquier otro juicio jurisdiccional, si bien en la medida en que se revise y gradúe la incapacitación en

⁵⁸ Vid. al respecto en Ventoso Escribano, *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid 1985, p. 127. Heredia Puente y Fabrega Ruiz, *La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces*, RJE La Ley, n. 447, de 11 de marzo de 1998; Fábrega Ruiz, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Fundación Aequitas- Edt. Ramón Areces, Madrid 2006.

atención a la modificación de las circunstancias que dieron lugar a la incapacidad, se producirá una variación de los límites objetivos de la cosa juzgada. Así conforme al art. 761.1 LEC: “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”⁵⁹.

La sentencia dictada en el proceso de incapacitación, así como las posteriores modificaciones que, en su caso, se produzcan en su alcance y contenido, se inscribirán de oficio en el Registro Civil y, a petición de parte, en los Registros de la Propiedad y Mercantil, si hubiese circunstancias que lo justificare, conforme a lo dispuesto en el art. 755 LEC⁶⁰.

En materia probatoria se procederá a la práctica de todas aquellas pruebas, propuestas por las partes o decretadas de oficio por el juez, necesarias para formar la convicción del juez y apropiadas para el descubrimiento de la verdad material acerca del objeto del proceso.

La sentencia por la que se estima la reintegración de la capacidad o la modificación de su alcance, tiene carácter constitutivo, eficacia erga omnes, a partir de su inscripción en el Registro Civil correspondiente y efectos de cosa juzgada. Será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y, en su caso, de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Las normas procesales por las que se rigen los trámites del procedimiento a seguir no varían, por otra parte, en función de si se ha interpuesto la pretensión de internamiento, iniciado de oficio el procedimiento o solicitado la ratificación del internamiento realizado con carácter de urgencia, salvo la peculiaridad que supone, en este último caso, la existencia de, al menos, dos dictámenes, el del profesional médico que haya evaluado a la persona internada de forma urgente, y el del especialista encargado del tratamiento de la persona afectada por el trastorno psíquico⁶¹. Sobre el tipo de procedimiento, la doctrina se ha pronunciado con opiniones diferentes, ante la ausencia de una referencia expresa en la LEC⁶².

A la necesidad del examen personal por parte del tribunal, así como al preceptivo

⁵⁹ En relación con la particular configuración legal otorgada a la cosa juzgada derivada de las sentencias de incapacitación, vid. Calaza López, Los procesos sobre la capacidad de las personas, cit. pp. 222 ss y, con carácter general, de la misma autora, en, La cosa juzgada. Madrid 2008.

⁶⁰ Vid. al respecto en Gómez Gállico, El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado, en Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 2006.

⁶¹ Vid. en este sentido en Sancho Gargallo, en AAVV, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona 2000, pp. 3473 ss. .

⁶² Así, para Díez-Picazo Giménez, el Tribunal puede seguir el procedimiento que estime conveniente, en Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. con De La Oliva y Vegas Torres, cit., pp. 431 ss, Gimeno Sendra y Morenilla Allard, en Derecho Procesal Civil, Vol. II. Los procesos especiales, Madrid 2005, pp. 265 ss., estiman que el procedimiento a seguir debe ser el juicio verbal, y Lete del Río, en Internamiento por razón de trastorno psíquico, Actualidad Civil, n. 43, 18 a 24 nvbr. 2002, pp. 1315 ss., considera que la tramitación debe ser la correspondiente a un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

dictamen de un especialista en trastornos psíquicos, se refiere el art. 763.3: “Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír 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...”. Parece razonable pensar, a la vista de la indefinición legal respecto de la persona del facultativo, que el Tribunal proceda a valorar la emisión del dictamen oral o a asignar la elaboración del informe médico a un especialista en psiquiatría o a un forense judicial. En el caso de que se trate de ratificar el internamiento urgente, serán varios, como ya ha sido señalado, los informes médicos emitidos por distintos profesionales médicos. Valorados los respectivos informes el tribunal decidirá acerca de la autorización del internamiento solicitado o acerca de su ratificación, en aquellos casos en que el internamiento ya se hubiere producido con anterioridad, por razón de urgencia⁶³.

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 LEC.

El control judicial del internamiento se materializa asimismo en la exigencia legal de seguimiento con posterioridad a la resolución judicial. Conforme al art. 763.4 LEC: “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 menor⁶⁴. Recibidos los referidos informes, el Tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que considere imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. En el párrafo final de este precepto legal se prevé, no obstante, la posibilidad de que sea el facultativo que trate a la persona internada quien proceda a dar de alta al enfermo: “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”.

La resolución judicial que autoriza o ratifica el internamiento suele adoptar la

⁶³ En relación con los derechos fundamentales de las personas internadas de forma involuntaria, la Recomendación 1235, 1994, de 12 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre psiquiatría y derechos humanos, establece la no utilización de medios mecánicos de contención, y la limitación del aislamiento, en los supuestos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

⁶⁴ El art. 255 del Código de Familia de Cataluña, prevé el control judicial de la situación de la persona internada cada dos meses.

forma de auto, que era el tipo de resolución propia del procedimiento de jurisdicción voluntaria por el que se tramitaba el internamiento con anterioridad a la regulación como proceso contencioso por la LEC de 2000, si bien parece más adecuada la forma de sentencia. Su efecto se constreñirá a una persona y a una situación específica, por lo que los posteriores internamientos que, en su caso, se impongan a la misma persona afectada, requerirán la tramitación de un nuevo proceso. Parece razonable que la resolución de internamiento lleve implícita la autorización para el tratamiento, que corresponda a la persona afectada, a juicio de los especialistas, si bien ello constituye un aspecto sobre el que el art. 763 no se pronuncia de forma expresa y es objeto de debate en la doctrina⁶⁵.

No todo internamiento debe dar lugar, de forma necesaria, a una incapacitación de la persona afectada y, al contrario, lo normal será que la persona incapacitada no sea internada en un centro sanitario. El alta médica de una persona internada no supondrá, por otra parte, de forma automática, la resolución de la incapacitación en la que, en su caso, estuviere incurso la persona, sino que será necesario que ello sea acordado por el tribunal de forma específica.

El recurso frente a la decisión de internamiento por parte del tribunal está previsto en el art. 763.3: “En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación” y, aunque no se contiene en el texto legal de forma expresa, frente a la sentencia dictada por el Tribunal de segunda instancia, cabrá el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Desde el sector de la discapacidad, representado por el CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, se solicitó, en octubre de 2007, con ocasión de la tramitación del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: a) Que se regulase la autorización judicial para imponer tratamiento médico forzoso a los enfermos psíquicos y, b) Que se valorase la conveniencia de que la autorización judicial para el internamiento no voluntario de personas que padecen trastornos psíquicos, se tramite a través de un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.

Pues bien, en relación con la segunda de las propuestas, cabe señalar que asunto cuya propuesta de valoración se solicita constituye un claro reflejo del carácter variable y fluido entre las dos esferas de la jurisdicción, la contenciosa y la voluntaria, manifestado en instituciones como los alimentos provisionales, la incapacitación por locura o el internamiento de personas con trastornos psíquicos, que se tramitaron por medio de procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, antes de pasar a la esfera contenciosa. En el supuesto del internamiento no voluntario, el trasvase se materializó con su inclusión en la LEC 2000, art. 763, que vino a sustituir al art. 211 CC,

⁶⁵ De forma favorable a que el internamiento suponga al propio tiempo la posibilidad de proporcionar el tratamiento adecuado a la persona con trastorno psíquico, se ha pronunciado Bustos Valdivia, Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de mayo de 1996, *Actualidad Civil*, n. 35, 25 septbr a 1 de octubre de 2000, p. 1297 ss. En sentido contrario, se manifiesta Aznar López, en *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Granada 2000, pp. 63 ss

que fue introducido por la Ley 13/1983, que reconducía el internamiento al marco de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y exigía la autorización judicial, lo que fue acogido de forma muy positiva por la doctrina⁶⁶.

Pues bien, a mi juicio, en los supuestos en los que la persona con un trastorno psíquico grave no esté en condiciones de oponerse o de manifestar su opinión sobre la privación de libertad con efectos terapéuticos, sería más apropiado un procedimiento específico de jurisdicción voluntaria, con las garantías propias de cualquier actuación jurisdiccional, que evitase trámites innecesarios e inapropiados, así como costes económicos y, sobre todo, psicológicos a la persona afectada y a sus familiares, dado que por ejemplo parece más apropiado en estos casos en los que no existe contradicción, la presentación de una solicitud, en el marco de la jurisdicción voluntaria, que la interposición de una demanda en el marco de un juicio verbal, de naturaleza contenciosa. Por otra parte, y en razón de la coherencia del sistema, si se mantiene la esterilización del incapaz psíquico en el marco de la Jurisdicción Voluntaria, con mayor razón debería considerarse de naturaleza voluntaria el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico⁶⁷.

⁶⁶ Acerca de la constitucionalidad del art. 211 CC, vid. STC, de 1 de julio de 1999, desestimatoria de una cuestión de constitucionalidad referida al art. 211 CC -que se corresponde con el actual art. 753 LEC-, al considerar que las garantías procedimentales contenidas en el art. 211 CC, no constituyen, a los efectos de la reserva de ley orgánica del art. 81 CE, desarrollo del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

⁶⁷ Sobre este punto, y en relación con la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, que establece que el procedimiento que hay que aplicar a las diversas actuaciones judiciales previstas en el artículo 211 es el de jurisdicción voluntaria, se pronunció Bercovitz, R., en Comentarios al artículo 211 del CC, Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela, cit., pp. 208 ss, al afirmar que parece lógico admitir que la persona afectada pueda oponerse en el procedimiento de internamiento, y pueda asimismo no existir acuerdo entre los parientes del artículo 202 CC. El sustanciar la oposición, escribía este autor, por el cauce de un proceso declarativo supondrá una tramitación demasiado lenta para las necesidades del caso, por lo que habrá que entender que: "la referencia a la jurisdicción voluntaria implica precisamente la tramitación en todo caso de las actuaciones judiciales a través de dicha jurisdicción, incluso si existe oposición. Quizás esta solución sea preferible, aunque no esté expresamente prevista, y aunque sea contraria con la naturaleza misma de esta jurisdicción. Ya tenemos un antecedente similar en la Disposición Transitoria 10 de la Ley 11/1981, con respecto a las controversias surgidas en las relaciones matrimoniales, aunque ciertamente en ella era más explícito el recurso a la jurisdicción voluntaria precisamente para solucionar temas contenciosos".

