



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO, TRABAJO FIN DE GRADO

EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

AUTOR: BEATRIZ MARCOS VIAN

TUTOR: MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

CONVOCATORIA: 2º CONVOCATORIA (SEPTIEMBRE 2014)

RESUMEN: El presente trabajo pretende poner de manifiesto algunas de las peculiaridades del proceso de incapacitación. Se realizará un estudio pormenorizado de la incapacitación, pasando por el concepto y la evolución histórica, hasta las características del procedimiento especial a través del cual se tramita esta materia.

PALABRAS CLAVE: Proceso de incapacitación, incapacitado, competencia judicial, legitimación, prueba, sentencia, medidas cautelares.

ABSTRACT: The aim of this work is to highlight the peculiarities of the incapacitation procedure. This research is a specific study of incapacitation from concept to the characteristics and evolution of the special procedure.

KEY WORDS: incapacitation procedure, disabled, judicial competence, legitimation, evidence, judgment, precautionary measures.

ÍNDICE

PÁGINAS

1) PRESENTACION DEL TRABAJO	5
2) INTRODUCCIÓN	5
a. Distinción entre capacidad de obrar y jurídica	5
b. Evolución histórica	7
i. Antecedentes	7
ii. Situación actual	9
c. Motivos de la incapacitación	10
3) PRINCIPIOS RECTORES Y CARACTERISTICAS	11
a. Principio dispositivo	12
b. Principio de oficialidad	15
c. Principio de legalidad	17
4) PROCESO	17
a. COMPETENCIA	17
i. Referencia a los tribunales españoles	17
ii. Competencia territorial	18
1. Determinación del domicilio o residencia habitual del demandado	19
2. Improrrogabilidad del fuero	21
3. Supuestos de internamiento	22
iii. Competencia objetiva	22
iv. Competencia funcional	23
b. SUJETOS QUE PUEDEN PROMOVER LA INICIACION DEL PROCESO	24
c. PARTES	26
i. Introducción	26
ii. Parte activa	26
1. Supuesto de mayoría de edad	26
a. Parientes legitimados	26
b. Ministerio fiscal	28
2. Supuesto de minoría de edad	30
iii. Parte pasiva	32
d. INICIACION Y ALEGACION	36

i.	Demanda y contestación a la demanda	36
ii.	Alegación de los hechos. Búsqueda de la verdad material.	37
iii.	Exclusión de la publicidad.	37
e.	PRUEBA	38
i.	Audiencia de los parientes mas próximos	38
ii.	Examen del presunto incapaz	40
iii.	Dictamen pericial del médico	41
iv.	Pruebas a practicar para determinar el cargo de tutela	43
f.	SENTENCIA Y EFECTOS	44
i.	La sentencia de incapacitación	47
1.	Contenido	47
2.	Extensión y límites de la incapacitación	49
3.	El régimen de protección al que debe quedar sometido el incapacitado	50
4.	Nombramiento de la persona que debe ostentar la condición de tutor o curador.	51
ii.	Efectos de la sentencia	52
1.	Eficacia <i>ex nunc</i>	52
2.	Publicidad registral	53
3.	Eficacia <i>erga omnes</i>	54
4.	Cosa juzgada	54
g.	PROCESO DE REINTEGRACION DE LA CAPACIDAD	56
h.	MEDIDAS CAUTELARES	58
i.	RECURSOS	61
i.	La segunda instancia en los procesos de incapacitación	62
ii.	Recurso de casación.	63
j.	EJECUCIÓN	64
5)	CONCLUSIONES	65
6)	BIOGRAFÍA	66

1) PRESENTACION DEL TRABAJO

En este trabajo lo que se ha pretendido es acercar un poco la cuestión del proceso de incapacitación, y cómo las continuas reformas que se han producido, han ido modificando el régimen inicialmente previsto. También se ha intentado en su mayor parte dar respuesta a una serie de cuestiones que surgen con la interpretación de la nueva regulación.

La estructura empleada se inicia con una definición de incapacitación, ya que ni el Código Civil ni la LEC ofrecen una definición. No obstante, ésta puede ser definida como la privación de la capacidad de obrar de una persona física acordada por sentencia en virtud de las causas establecidas en la Ley. Tras esto, se avanza con los principios informadores del procedimiento, y el proceso propiamente dicho, pasando por la competencia, las partes, la prueba, o la sentencia entre otras muchas fases del mismo.

2) INTRODUCCIÓN

a. Distinción entre capacidad de obrar y capacidad jurídica

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es considerada por el ordenamiento jurídico, como sujeto de derechos y obligaciones. Esta capacidad jurídica que implica la posibilidad general de ser parte de relaciones jurídicas, es sinónimo de personalidad. El artículo 29 de nuestro Código Civil ya consagra la personalidad como un atributo indisolublemente unido a la condición de persona, estableciendo que “El nacimiento determina la personalidad”.

Esta posibilidad general de ser titular de derechos y obligaciones es insuficiente para poder realizar validamente ciertas actuaciones, por ello es necesario tener capacidad de obrar. La capacidad de obrar se puede definir como la aptitud o idoneidad para realizar por uno mismo actos con eficacia jurídica, requiriendo a su vez una capacidad volitiva o un mínimo de madurez en el sujeto, para cuidar de su persona y también de sus bienes.¹

¹ HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación en la ley 1/2000 de enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*. Comares, Granada, 2002. p 13

A pesar de ello, existen personas a quienes pueden afectar una serie de factores que disminuyen, y en ocasiones extinguen, toda actividad intelectual o volitiva. Por ello no dejan de ser titulares de derechos, a cuya capacidad jurídica no afectan tales deficiencias, pero que en cambio si afectan a su capacidad de ejercicio o de obrar. A diferencia de la capacidad jurídica, que no puede ser limitada, y mucho menos suprimida, la capacidad de obrar, si que puede ser restringida, temporal o definitivamente, o bien eliminada totalmente, siendo esta situación susceptible de modificación en cualquier momento.²

Ahora bien, no basta con la mera existencia de estas deficiencias o minusvalías, sino que se exige que estas situaciones de incapacidad para gobernarse por si mismo se manifiesten, y que sean los parámetros dispuestos en el ordenamiento jurídico los que de una manera clara, expresa y definitiva, determinen esa incapacidad.

En relación con esto, encontramos la STS 19 de mayo de 1998; en ella y en la sentencia de 31 de diciembre de 1991 que se cita en el fundamento segundo, como en otras, la de 20 de mayo de 1994, 31 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1996, dicen literalmente: “La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la ley, en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial.”

Esta privación puede ser total o parcial, alcanzando bien a todos los actos jurídicos o bien a algunos en concreto. En relación con esto, la DGRN el 30 de junio de 2005 establece que, la sentencia que declare la incapacitación ha de determinar la “extensión y límites de ésta” (Cf. art. 210 CC.), lo que supone que la incapacitación no se configura legalmente como uniforme, sino que del mismo modo que se gradúa legalmente la capacidad de las personas (en función de la escala de edad), también se modula la incapacidad de las mismas en razón del concreto grado de discernimiento de la persona

² HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación ... op cit* , p 14

afectada que en el proceso seguido haya apreciado discrecionalmente el juez (así para la curatela vide art. 287 CC).

La incapacitación no significa necesariamente carencia total de juicio en el incapacitado. También puede ser ausencia parcial de éste (menor discreción de juicio que la media), o ausencia del juicio preciso para ciertos actos considerados comúnmente de mayor trascendencia.

b. Evolución histórica

i. Antecedentes

El régimen jurídico de la incapacitación y su declaración arrancaba del artículo 32.2 del CC, en el cual se disponía que “La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción no son más que restricciones de la personalidad jurídica”. Y se contemplaba con lo establecido en el artículo 200 de dicho Código, estableciéndose que: “Están sujetos a tutela: 1º Los menores de edad no emancipados legalmente. 2º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y sordomudos que no sepan leer y escribir. 3º Los que por sentencia firme hubiesen sido elegidos pródigos. 4º Los que estuvieran sufriendo la pena de interdicción civil”.

Ambos preceptos contenían una asimétrica enumeración de lo que recibía el nombre de restricción de la personalidad jurídica. No existía un término medio, ya que solo existía la graduación en el caso de los sordomudos que no supieran leer y escribir. Se partía del error de incluir en el concepto a los “dementes”, y con similitud de efectos tutelares, a una multitud de enfermos de características muy diversas, necesitados de un campo de protección diferente.³

Esta regulación estuvo vigente bajo constantes y crecientes críticas, en las que ya se proponía la suspensión del artículo 32.2. Debido a los múltiples estudios para la reforma de los preceptos del CC, se elaboró un Anteproyecto de ley de Reforma de los preceptos del CC, relativos a la tutela, estableciéndose que el artículo 32.2 era innecesario, ya que todos los problemas que planteaba los resolvía el artículo 200. La modificación de dicho artículo, supuso que el mismo estableciera lo siguiente: “Se consideran causas de invocación de la incapacitación: 1º La enfermedad y las deficiencias mentales, cuando ocasionen en mayor o menor

³ HEREDIA PUENTE. M. Y FABREGA RUIZ. C, “Protección legal de los incapaces” Colex, Madrid, 1998. p. 15

grado la imposibilidad de que la persona gobierne por sí mismo sus asuntos o intereses. 2º Las anomalías orgánicas o funcionales, que determinen la imposibilidad de que la persona se comunique suficientemente con los demás para cuidar de sus asuntos o intereses. 3º El alcoholismo y la toxicomanía cuando produzcan las consecuencias previstas en los apartados anteriores”

En esta misma línea, el proyecto de reforma del CC en materia de tutela de 1981,⁴ también proponía la supresión del citado artículo 32.2 y presentaba un nuevo artículo 200. Y en el proyecto de ley de la reforma del CC en materia de Tutela de 1983⁵ se contenía la misma propuesta por lo que se estableció de manera definitiva el artículo 200, disponiéndose en el mismo que “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por si misma” Con este sistema se rompe con el modelo anterior, a favor de una formula mas general y flexible. Con tal reforma también se modifica el artículo anterior, es decir, el 199 del CC, estableciendo que “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”

De esta forma queda claro que no solo se necesita incurrir en las causas de incapacidad para ser declarado incapaz, sino que también es necesaria una decisión judicial que se alcanza a través del proceso legalmente establecido.

Pero a pesar de todo esto, en nuestro ordenamiento jurídico no hay apenas referencias acerca del procedimiento a seguir para declarar la incapacidad. En las Partidas no se dice nada, y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 abordaron el tema sin aclarar las numerosas dudas que se planteaban. No se producirá una solución como tal hasta la ley de 13/1983, la cual supuso la redacción actual de los artículos 199 y 200, que partiendo de una presunción general de capacidad de toda persona, ésta solo podría ser desvirtuada por prueba concluyente basada en las causas establecidas en la ley, y en virtud de una sentencia firme, dictada en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, de conformidad con el artículo 484 de la LEC de 1881

Mas tarde, la ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente de la LEC, vino a consolidar lo dispuesto en la ley de reforma del CC de 1983 sobre el tipo de procedimiento

⁴ Vid, Código Civil (Reformas 1978 – 1983). Trabajos parlamentarios. Cortes generales. T III. BOCG. Congreso de los diputados. I legislatura. Serie A, numero 202 – I, 24 de Junio de 1981, pp. 2305 a 2319

⁵ Vid, Código Civil (Reformas 1978 – 1983). Trabajos parlamentarios. Cortes generales. T III. BOCG. Congreso de los diputados. II legislatura. Serie A, numero 4 – I, 27 de enero de 1983, pp. 2555 a 2569

aplicable a estos supuestos, al consagrar el tenor literal del artículo 484.2 de la LEC, el cual establece “*En el caso a que se refiere el apartado anterior, recibidas las actuaciones y personadas las partes ante la Sala que se haya considerado competente, continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión*”

Por su parte, la ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del Menor, de modificación parcial del CC, y de la LEC, establecía en su disposición adicional, que “con excepción de las declaraciones de incapacidad y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del libro I del CC, se ajustaran al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria”

ii. Situación actual.

Con la reforma por la ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se viene a instaurar el proceso de incapacidad en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, considerado como un proceso especial. Sobre tal base, la vigente ley dedica el Libro IV a los procesos especiales (artículos 748 a 827), y el título I a los “Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”

Supone esta nueva regulación, la derogación de los artículos 202 a 214 y 294 a 296 y 298 todos del Código Civil, dejando de este modo subsistente únicamente los artículos 199 a 201 del mismo cuerpo legal. Se abandona el juicio declarativo de menor cuantía, y se declara que los procesos especiales se sustanciaran por los trámites del juicio verbal, dotándoles de especialidades propias, salvo que expresamente se disponga otra cosa.

Además a este análisis de lo que supone la regulación actual LEC 1/2000, hay que acompañarle de la mención especial de la reforma llevada a cabo por la ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad, y de modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad ⁶

Desde la perspectiva de esta regulación se establece que la incapacidad debe venir declarada por una sentencia judicial que ponga fin a un proceso seguido con todas las garantías, y tal declaración debe basarse en las causas tipificadas en la ley. Supone tal la reducción o limitación de la capacidad de obrar, cuya existencia previa debe necesariamente

⁶ BOE, de 19 de Noviembre de 2003, núm. 277, pp. 40852 a 40863

presumirse, y que con arreglo a su estado tiene un sujeto normal. Al declarar incapaz al sujeto, modifica su estado civil, constituyéndolo en uno nuevo, el de incapacitado, y sometiéndole a alguno de los regímenes de guarda.

c. Motivos de la incapacitación

Aunque el objeto de este trabajo es el proceso de incapacitación, nos referiremos también sucintamente a los motivos de incapacitación. El artículo 200 del CC establece que: *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma”*

En su consecuencia, son tres las deficiencias que, en términos generales, originan la incapacitación:

- 1.- Alteraciones o deficiencias psíquicas o mentales.
- 2.- Alteraciones o deficiencias físicas.
- 3.- Alteraciones o deficiencias psicofísicas.

En relación con esto, la STS 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9483), establece que “en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la enumeración legal no constituye un *numerus clausus*. Lo imprescindible es que concurren dos circunstancias determinantes:

- A.- La incapacidad de gobernarse por sí mismo.

El autogobierno⁷ es la idoneidad de la persona para administrar sus intereses (materiales y morales) y, por ende, la guarda de la propia persona. Desde el punto de vista médico el autogobierno tiene tres dimensiones: la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y auto cuidado). Aplicando este criterio, se ha declarado la incapacidad de quien teniendo inalteradas sus facultades volitivas, no podía comunicarse con el exterior sin ayudas especiales.

B.- Persistencia de las causas que determinan tal imposibilidad.

Los trastornos cíclicos se consideran persistentes a estos efectos.

En relación con esto, la STS 26 de julio de 1999 (RJ 1999, 7845) establece que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3º C.c.).

Al mismo artículo 200 hay que añadirle por ende lo que establece el precepto anterior, el artículo 199 del CC, "Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley"; respondiendo este precepto a los principios que rigen el procedimiento de incapacitación, que posteriormente vamos a analizar.

3) PRINCIPIOS RECTORES Y CARACTERÍSTICAS

Las partes procesales carecen de poder de disposición sobre el objeto del proceso, característico de la mayor parte de los procesos civiles, de tal suerte que los principios

⁷ La STS 28 de julio de 1998, (RJ 1998/6134) muestra de manera clara este motivo de incapacitación. En ella se establece que "Para que se incapacite a una persona, no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico. Porque, lo que verdaderamente sobrepasa, es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por sí misma."

dispositivo y de aportación de parte, han sido sustituidos en buena medida,⁸ en este tipo de procesos, por los principios inquisitivo y de investigación de oficio.

a. Principio dispositivo

El principio dispositivo supone, tal y como su nombre indica, la total y absoluta disposición por las partes⁹ objeto del proceso, tanto en su inicio, como en su continuación, y hasta su finalización mediante sentencia.

El fundamento del principio dispositivo reside en la naturaleza disponible del derecho material, en concreto, sometido a juicio,¹⁰ que condicionará de manera determinante la estructura jurídica del proceso.

La comúnmente reconocida indisponibilidad de la capacidad de las personas supondrá la automática indisponibilidad sobre la mayor parte de los actos procesales que se realicen en el proceso destinado a la obtención de pronunciamiento judicial sobre dicho estado civil.

La primera manifestación del principio dispositivo viene determinada por la disposición de la acción, o necesaria instancia de parte en el ejercicio de la acción. En este sentido, los principios “*nemo iudex sine actore*” (ningún juez sin demandante), y “*ne procedat iudex ex officio*” (que el juez no proceda de oficio), exigen que sea siempre y en todo caso el actor quien por su voluntad favorable a la resolución judicial del conflicto, ponga en marcha el proceso a través del ejercicio de la acción.

Esto último no significa que los particulares no puedan acudir a otros medios auto compositivos o heterocompositivos, diferentes al proceso, para resolver el conflicto, o para

⁸ El relativismo dimanante de esta afirmación responde a la conveniencia de no mantener, respecto de los principios de los procesos sobre la capacidad de las personas, posiciones maximalistas, puesto que, tal y como afirma BERZOSA, V., “Ni el principio dispositivo ni el de oficialidad se manifiestan única y exclusivamente en sus respectivas esferas, apareciendo, debido a su combinación, una zona intermedia mas o menos amplia, en la que se sitúan los procesos civiles inquisitivos y los procesos penales por delitos derivados” en “Principios del proceso”, en *Justicia III*, 1992, p. 576.

⁹ Vid. A propósito de esta cuestión, GIMENO SENDRA, quien advierte que “a diferencia del proceso penal, en el ámbito civil, los conflictos ínter subjetivos suelen poseer una naturaleza disponible, y es ahí donde impera el principio dispositivo” en Comentarios a los preceptos 19 a 22 (medios anormales de finalización del proceso) en *Proceso Civil Práctico*.

¹⁰ CORTES DOMINGUEZ V. *La constitución española y los principios rectores del proceso civil*. Cuaderno de derecho judicial, CGPJ, Madrid 1993. P. 150

ser mas precisos, para determinar la concreta situación jurídica en la que se encuentra una persona presuntamente incapaz de gobernarse por si misma, toda vez que el precepto 199 del CC dispone que la incapacidad únicamente podrá ser declarada en sentencia judicial, y esta resolución, paralelamente, tan solo puede ser dictada por un Juez en el marco de un procedimiento de naturaleza contenciosa.

La naturaleza de los derechos e intereses tutelados en el proceso de incapacitación es pública, si tomamos en consideración que es la dignidad, la libertad de disposición personal y patrimonio y el bienestar de la persona en que puede concurrir alguna de las causas de incapacitación legalmente previstas.

El bien jurídico sometido a juicio pertenece al propio tiempo al patrimonio de la persona, y por ende, al bien común, habiendo de intervenir el Ministerio fiscal a lo largo de todo el procedimiento, debido al interés general dimanante de la situación jurídica de tutela.

La incapacitación únicamente podrá decretarse en sentencia judicial tras un proceso de incapacitación, es decir, que dicho proceso de incapacitación tan solo podrá iniciarse a instancia de la persona legitimada y por las causas legalmente estipuladas. No cabe la iniciación de oficio del proceso de incapacitación. Por tanto se puede decir, que el principio dispositivo, despliega toda su eficacia en la proyección relativa a la necesaria instancia de parte.

La aceptación judicial de la pretensión principal implícitamente produce la necesaria respuesta a la petición subsidiaria, de la declaración del régimen de tutela o curatela, que aunque no haya sido formalmente formulada por el actor en su demanda, ha de formar parte del contenido de la sentencia. No sucede lo mismo con el nombramiento del tutor o curador que haya de suplir o complementar la actuación en el tráfico jurídico del sujeto con ausente o deficiente capacidad de autogobierno. La LEC exige, en este caso, una previa y expresa petición. Así la demanda de incapacitación habrá de contener, además de la petición principal de incapacitación, una petición subsidiaria de nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él. Decimos que esta pretensión es subsidiaria o secundaria porque el juez solo se pronunciara sobre ella si resulta acogida la pretensión principal, que es la de la propia incapacitación.

El actor, podrá optar por acumular las pretensiones, o bien presentar una demanda en la que solo se solicite la incapacitación, reservándose la petición de nombramiento de tutor o curador para un procedimiento posterior, que se sustanciara por los trámites de jurisdicción voluntaria.

Dentro del principio dispositivo, es posible hablar de una manifestación del mismo en lo relativo a la congruencia civil, o adecuación entre las pretensiones de las partes y la sentencia. Parece evidente que si el legitimado activo solicita la incapacitación con base distinta a aquella por la que el demandado debiera ser incapacitación, no por ello debe el juez abstenerse de conocer la verdadera causa de incapacitación, aunque ésta no hubiera sido mencionada por el actor en su demanda.

Así pues, la efectividad de esta manifestación del principio dispositivo en los procesos de incapacitación es relativa o matizada, cuando no inexistente¹¹, toda vez que el juez no podrá proceder a incapacitar a una persona si el actor no ha manifestado, siquiera someramente, la existencia de alguna causa de incapacitación, pero sí podrá, sin embargo, declarar la incapacitación de dicho sujeto pasivo por causa distinta a la propuesta por el actor en su demanda, siempre y cuando con ello no se comprometa el derecho de defensa del demandado.

El principio de congruencia no rige por tanto en toda su plenitud. No lo hace plenamente porque la congruencia civil no tiene, como única proyección, la necesaria adecuación entre las pretensiones de las partes y la sentencia. Por tanto, una vez interpuesta la petición de incapacitación, ante el órgano judicial competente, el juez habrá de resolver a esta cuestión, con una resolución motivada.

No cabe dentro del procedimiento el *non liquet*. Es por ello por lo que el juez no se halla desde luego vinculado por la pretensión de las peticiones de las partes, pero sí por su solicitud de examen del presunto incapaz y emisión de una declaración, en el sentido mas

¹¹ PRIETO – CASTRO Y FERRANDIZ, L.; opina en este sentido que el principio de congruencia no rige para estas cuestiones, “por efecto de la obligada libertad del órgano judicial para averiguar hechos, aportar antecedentes y acreditar cuanto sea necesario, por lo que acerca estos procedimientos al principio acusatorio y al de defensa material de los jueces, por encima y mas allá de la instancia o rogación de la parte” “Incapacitación del imbecil,” <Anuario de Derecho civil>, Tomo I, MCMXLVIII, enero – marzo, p. 303

ajustado a la realidad, a propósito de su incapacidad, o por el contrario de su plena capacidad.

El interés público que guía este tipo de proceso ha de presidir todo el procedimiento, de principio a fin. En este sentido, la búsqueda de la verdad material, el verdadero y cabal conocimiento del estado mental en el que se encuentra el presunto incapaz, la protección de la persona y patrimonio de este sujeto, y la de la sociedad en general, que ha de confiar al Estado, representado por los Jueces y tribunales por razón de su profesión, la declaración de ausencia de la capacidad de obrar de sus ciudadanos, como fuere preceptivo, son los motores fundamentales de la incapacidad.

b. Principio de oficialidad

El Juez goza en este tipo de procedimiento no solo de multitud de facultades¹², sino también un amplio margen de actuación en la práctica, a lo largo de todo el procedimiento.¹³

Aun cuando el Ministerio fiscal podrá promover los procesos de incapacidad, lo cierto es que ello no nos autoriza para predicar la oficialidad de los procesos sobre la capacidad de las personas en el periodo procesal destinado a la instancia o promoción, toda vez que el juez no podrá de ninguna manera decretar *ex officio* el inicio de este tipo de procesos.

El principio de oficialidad proyecta sus efectos, en esencia, en las siguientes manifestaciones:

- a) En la adopción *ex officio*, de una multiplicidad de medidas de protección tanto con carácter previo al inicio del proceso, como a lo largo de su procedimiento.
- b) En la investigación judicial de la causa de incapacidad, mediante la práctica, a iniciativa del juez, de cuantos medios de prueba resulten pertinentes, oportunos y útiles.
- c) En la libre valoración de la prueba.

¹² SERRANO ALONSO, E. “Relevancia de la intervención de la incapacidad del juez en la incapacidad, tutela y curatela”, <*RJE La ley*> 1984 – 2, p. 118

¹³ MORENO – LUQUE CASARIEGO, C., “Consideraciones sobre la Ley 3/1983, de 24 de octubre”, <*RJE La Ley*> 1984 – 4, pp. 1176 – 1182

Estas tres manifestaciones del principio de oficialidad en los procedimientos sobre la capacidad de las personas a las que acabamos de referirnos tiene un objetivo común: el descubrimiento de la verdad material¹⁴ a través de la búsqueda, efectuada directamente por el Juez, de los síntomas que aquejan al presunto incapaz.

El juez podrá por tanto adoptar, de oficio o a instancia de parte, cuantas medidas de protección estime pertinentes, tanto antes como después y desde luego en la sentencia de incapacitación, orientadas en exclusiva a la protección de la persona y bienes del presunto incapaz o incapacitado.

Aún cuando estas medidas de protección de los presuntos incapaces guarden cierta similitudes con las medidas de cautelares civiles, lo cierto es que su aplicación no ha de reconducirse con carácter general, debido a las diferencias que se aprecian.

Dentro del principio de oficialidad, hay que aludir a la investigación de oficio. La investigación de oficio encuentra su fundamento en la protección de quienes se encuentran como consecuencia de la afectación en su persona de una enfermedad o deficiencia, es decir, privadas de idoneidad natural mínima para regir su persona y administrar sus bienes.

Los procesos sobre la capacidad de las personas se resolverán según el precepto 752.1º de la LEC, con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en el hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. En los procesos sobre la capacidad de las personas, el juez habrá de practicar inexcusablemente los medios de prueba legalmente establecidos, además de aquellos que estime oportunos para la adecuada valoración de la esfera volitiva e intelectual de la persona sometida a juicio y, desde luego, de los solicitados por las partes para destruir la presunción legal de capacidad, así como para reintegrarla.

¹⁴ MONTERO AROCA, J., ha evidenciado, con CARNELUTTI, que la verdad no puede ser mas que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad, *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, p. 112.

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal, y de las demás partes, el juez podrá, pues, por el reconocimiento expreso del precepto 752.1º II LEC, decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

Al hilo de esto, hay que aludir a la libre apreciación de la prueba, ya que el artículo 753.2º LEC dispone que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado en los procesos a que se refiere este título a las disposiciones de esta ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y privados reconocidos.

c. Principio de legalidad.

El principio de legalidad preside de principio a fin el proceso de incapacitación, toda vez que tanto el Ministerio fiscal, en su misión de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público, como los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el de las funciones que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho, están comprometidos en la defensa de la legalidad, sin que puedan en modo alguno adecuar su actuación a razones de mera oportunidad.

En este sentido, la incapacitación tan solo podrá ser decretada por el juez, tras la celebración de un procedimiento en el que, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, se pronunciara conforme al principio de legalidad, también denominado de necesidad¹⁵, que preside de modo necesario aquel procedimiento, sobre la efectiva concurrencia o ausencia de la causa de incapacitación, sin atender en el examen sobre la verdadera aptitud para el autogobierno del presunto incapaz a criterios de oportunidad.

4) PROCESO

a. Competencia

i. Referencia a los tribunales españoles y a la ley aplicable

¹⁵ ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed, Ed, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 1153.

El artículo 22.3^a LOPJ, establece que los Juzgados y tribunales españoles son competentes “En materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona, y de los bienes de los menores o incapacitados cuando estos tuvieran su residencia habitual en España”, con independencia de la nacionalidad de la persona afectada.

De forma que los extranjeros que residan habitualmente en España pueden ser incapacitados aquí, si bien la normativa sustantiva aplicable será el de su propia nacionalidad, tal como dispone el artículo 9.1º del Código Civil. Las causas de incapacitación serán, por tanto, las que prevea su propia normativa civil.

ii. Competencia territorial

En la LEC de 1881 no existía ninguna mención expresa de la incapacidad entre los fueros especiales de competencia previstos en su artículo 63. Ante tal situación, se incluía la incapacitación dentro de las demandas sobre el estado civil, considerando como juez competente el del domicilio del presunto incapaz. En relación con esto, la sentencia del TS de 1 de Julio de 1992 (RJ1992/6500) dispone de forma clara que “el juez competente de conocer de un juicio declarativo sobre incapacitación de una persona es el del domicilio del presunto incapaz, y por otro lado, que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”.

La nueva LEC establece en su artículo 756 que será competente para conocer de las demandas sobre la capacidad “El juez de primera instancia donde resida la persona a la que se refiere la declaración que se solicita”¹⁶. Este lugar de residencia puede no coincidir con el domicilio habitual.¹⁷

Por residencia habitual se entiende aquella normal y previsible para el futuro próximo y en consecuencia habrá que estar al lugar donde pasa el mayor del tiempo el demandado donde se presume que lo pasara en adelante, valorando la vinculación del demandado con ese lugar y la intención.¹⁸

¹⁶ BANACLOCHE PALAO J. “Comentario al artículo 756 de la LEC” en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil. 2001*. p. 350

¹⁷ Como podría ser el supuesto en que el presunto incapaz conviviese con algún familiar que se encargara de hecho de su cuidado.

¹⁸ SANCHO GARGALLO I. “Comentario al artículo 756 de la LEC”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Atelier 2000*. p. 3428

Este fuero se le impone al juez con el fin de facilitar el examen del incapaz, que tiene que ser personal. Así lo respalda el artículo 759.1 LEC, al igual que establece la necesidad de determinar el órgano de guarda y control judicial¹⁹. No hay que olvidar que la exploración del presunto incapaz es la única prueba que no se puede practicar por exhorto, pues si así fuera, se perdería toda su virtualidad. De igual manera se justifica la opción por este fuero ante la posibilidad de adopción de medidas cautelares para la adecuada protección del presunto incapaz, que aconsejan la cercanía posible de la persona respecto del juez que debe adoptarla. (Artículo 762 LEC)²⁰.

1. *Determinación del domicilio o residencia habitual del demandado*

Ante la discusión que existía entre el domicilio real y domicilio legal, la jurisprudencia ya había optado por el primero, declarando que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual. Lo que ahora resulta mas claro con el artículo 756 LEC, que se refiere expresamente al lugar de residencia habitual y no domicilio.

1º - En el caso de enfermos mentales ingresados en centros psiquiátricos para enfermos agudos, se entiende que ese no es su lugar de residencia habitual, pues una vez reestablecidos presumiblemente volverán a su casa. Su domicilio familiar, si lo tienen, será el valido a los efectos de determinar la competencia territorial en el proceso de incapacitación.²¹.

2º - Si el centro es de enfermos subagudos o residuales, y por las circunstancias familiares que se extraen del informe social, no se presume su vuelta a casa, podremos tomar el centro psiquiátrico como lugar de residencia habitual.

3º - Tratándose de personas que han sufrido graves lesiones cerebrales como consecuencia de un traumatismo o de un accidente cerebral vascular, la admisión del fuero de competencia estará en función del que se prevea vaya a ser lugar de residencia del demandado durante el proceso. Si está en estado vegetativo, siendo preceptiva su

¹⁹ MORA MATEO J. E. “Comentario al artículo 756 de la LEC” en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Dykinson 2000. p. 699

²⁰ SANCHO GARGALLO I “Comentario al artículo 756 LEC” en *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. 2000. p. 3526

²¹ En este supuesto, es posible aludir al auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Auto núm. 86/2004 de 20 julio, en el que se discute acerca del domicilio de la demandada, y se llega a la conclusión de que aunque haya sido internada temporalmente en un hospital por motivo de su enfermedad, no se modifica la competencia territorial

permanencia en el hospital o centro médico correspondiente, este será su domicilio, pero si se prevé que obtendrá pronto el alta hospitalaria, su domicilio será el lugar donde vaya a ir a parar.

4º - Si los deficientes mentales conviven con sus padres, su lugar de residencia habitual será el domicilio de sus padres, aunque por temporadas estén ingresados o acudan a una escuela o taller de formación.

5º - Los afectados por una demencia senil o enfermedad de Alzheimer, que sean ingresados en una residencia geriátrica, se presume que trasladan allí su domicilio, a no ser que el ingreso sea temporal, para pasar una determinada temporada del año.²²

6º - Para los enfermos mentales ingresados en prisión, dependiendo del tiempo de condena, podremos estimar aquella como lugar de residencia habitual.²³

Por otro lado, la LEC ha resuelto las dificultades derivadas del cambio de residencia en el curso del proceso al permitir que pueda ser examinado personalmente por el juez de su residencia anterior que conozca del asunto para lo cual se hará uso de la facultad que le concede el artículo 169.2 LEC que le permite al juez “Desplazarse fuera de su circunscripción”, para practicar la prueba y sacar conclusiones necesarias y definitivas en el proceso.

Fuera de este campo, el artículo 760.2 de la LEC establece que en la misma sentencia que se declara la incapacitación o la prodigalidad de una persona se pueda nombrar a la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al presunto incapaz, y velar por él. Ante tal acumulación de pretensiones, es necesario poner en relación el artículo 53 de la LEC, con el artículo 63.17º de la LEC de 1881, en el que se establece que será juez competente para el nombramiento del tutor o curador, el del domicilio del incapacitado, lo que viene a determinar que, en los procesos sobre capacidad

²² En relación con esto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en el auto de 27 marzo 2007 (RJ 2007/2133) declara incompetente el tribunal del domicilio del primer centro geriátrico donde se encontraba internada una mujer afectada de Alzheimer, a favor del tribunal del domicilio del segundo centro geriátrico en el que se encontraba, ya que su ingreso era temporal y no definitivo en el primer centro geriátrico. Y se puede asimilar el segundo centro a su residencia habitual.

²³ HEREDIA PUENTE Y FABREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces* Madrid, 1998, p. 200

o prodigalidad en el que se nombre además tutor o curador, será tribunal competente el de residencia de la persona, pues la acción sobre la capacidad es fundamento de la acumulada del nombramiento del tutor o curador.

Finalmente tenemos que hacer referencia a dos apuntes en relación con el fuero: el primero, referido al hecho de que no exista en relación al presunto incapaz ni domicilio ni residencia conocida; en este caso, se aplicará el artículo 50 de la LEC, que regula el fuero general de las personas físicas, y señala su número 2 que “ Podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste, y su tampoco pudiera así determinarse la competencia, en el lugar del domicilio del actor”. Y el segundo en relación a la Disposición Derogatoria única, apartado 3º, párrafo 2º de la LEC, donde se señala “Se considera en vigor la ley 52/1997 de 17 de octubre, de asistencia gratuita del Estado e instituciones públicas”

Por tanto, en aquellos supuestos de incapacitación promovida por la entidad pública, que asume en el respectivo territorio la tutela por ministerio de la ley, una vez dictada la declaración de desamparo del menor, y estando dicho menor próximo a alcanzar la mayoría de edad, e incurso en una posible causa de incapacitación, será competente el juzgado de primera instancia de la capital de provincia que corresponda al lugar de residencia habitual del menor que se pretende incapacitar.²⁴

La norma de competencia territorial del artículo 756 LEC tiene carácter imperativo, por lo que se excluye la sumisión expresa o tácita. Al ser una competencia fijada por norma de *ius cogens*, el Juzgado debe examinar de oficio su propia competencia inmediatamente después de la presentación de la demanda.

2. *Improrrogabilidad del fuero*

Esta competencia territorial es inalterable, pues no cabe sumisión ni expresa ni tácita, por no ser válida tal sumisión en todos los asuntos que deban decidirse en juicio

²⁴ En relación con esto, el TSJ Burgos, en la Sentencia de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\9673) establece que : Fuero este, el del lugar de la residencia que, por tanto, facilita el examen directo del demandado por el Juez, que éste ha de realizar "por sí mismo"; prueba indispensable, que se mantiene igual en el precepto anteriormente citado (art. 759), al ordenar en su apartado 1 al Juez la actuación de llevar a cabo el examen "por sí mismo" del presunto incapaz, se trata, como considera la doctrina, de la diligencia más relevante, orientada a proporcionar al juzgador la percepción personal e inmediata del efectivo estado del presunto incapaz.”

verbal. El artículo 753 de la LEC es el que se encarga de hacer una remisión expresa a los trámites del juicio verbal para la sustanciación de los procesos de incapacitación.

Por otro lado, esta competencia territorial viene fijada en una norma imperativa o de *ius cogens*, que además de no permitir la sumisión en los temas indicados, determina que el juez o el tribunal deba examinar de oficio su competencia territorial, ordinariamente después de presentada la demanda, y antes de su admisión a trámite, previa audiencia del Ministerio fiscal, y de las partes personas, por medio de auto motivado. Si aprecia su falta de competencia para conocer del asunto, lo declararía así mediante Auto, remitiendo las actuaciones al juez o tribunal que considere territorialmente competente. (Artículo 58 LEC). Después que la demanda haya sido admitida a trámite el juez o tribunal ya no podrán examinar de oficio su propia competencia, y solamente podrá apreciarla si se plantea la declinatoria por parte del demandado o del Ministerio fiscal, cuando éste no sea demandante.

3. Supuestos de internamiento no voluntario urgente

De darse el supuesto de internamiento no voluntario urgente por razón de trastorno psicológico de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí, la competencia para la ratificación corresponderá al juez del lugar en que radique el centro de internamiento (artículo 763.2 LEC).

Si después de ratificado el internamiento se inicia el procedimiento para incapacitarlo, bien por el Ministerio fiscal, bien por el resto de las personas legitimadas, el juez competente será el del lugar del internamiento, pues viene a ser el de la actual residencia del presunto incapaz. De esta forma se salvan los posibles inconvenientes derivados de la regulación anterior, y se tiende a que coincida el tribunal que autorice el internamiento, con el que conozca de la incapacitación.²⁵

iii. Competencia objetiva

La LEC atribuye expresamente la competencia objetiva al Juez de primera instancia (artículo 756 LEC). De existir circunscripciones en que exista más de un juzgado de

²⁵ MARIMON DURÁ M. C “Comentario al artículo 765 LEC” en *El proceso Civil, doctrina, Jurisprudencia y formulario*. op. cit. p 250

primera instancia, en aplicación del artículo 98 LOPJ, uno o varios de ellos pueden asumir con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos, como podría ser la materia relativa a la capacidad de las personas.²⁶

Se trata de una materia que corresponde sólo a la orden jurisdiccional, que es el único competente para declarar la incapacitación, y ello pese a existir determinadas opiniones doctrinales²⁷ e incluso jurisprudenciales²⁸ que consideran igualmente competentes a la jurisdicción social o a la penal.

iv. Competencia funcional

La competencia funcional determina el órgano al que le corresponde conocer de los actos procesales, fases, instancias e incidencias, de un proceso en curso.²⁹

La competencia funcional esta regulada en los artículos 61 y 62 del la LEC. La primera regla recoge la competencia funcional por conexión, indicando que salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.

Por su parte el artículo 62 de la LEC, establece la falta de competencia funcional para conocer de un litigio. Para conocer la competencia funcional en materia de recursos hay que acudir a la regulación específica. En el proceso de incapacitación, los recursos que se pueden interponer son dos: recurso de apelación y recurso de casación. En el primer caso la competencia le corresponderá a la Audiencia Provincial, cuando la sentencia de primera instancia haya sido dictada por un órgano de su circunscripción. En el caso del recurso de casación, la competencia la tendrá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo.

²⁶ SANCHO GARGALLO I. “Comentario al artículo 756 LEC” *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. op. cit., p. 3426

²⁷ MAJADA PLANALLES A. *La incapacitación, la tutela, y sus formularios*. Barcelona 1985. p 850

²⁸ STS de 31 de Marzo de 1993 (RJ 1993/3154)

²⁹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 235, define la competencia funcional como la atribución a cada uno de los órganos jurisdiccionales que han de ejercer su potestad en un determinado proceso de cada una de las específicas funciones que, a cada uno de ellos, corresponde realizar en ese proceso.

b. Sujetos que pueden promover la iniciación del proceso

El proceso de incapacitación ha de iniciarse necesariamente a instancia de parte, no pudiendo ser promovido de oficio por el juez; sin embargo, no se puede hablar de parte actora en sentido general. En este sentido se puede decir que nadie tiene derecho a pedir la incapacitación de otra persona, sino que actúa por una especial obligación legal y al servicio del interés público, por eso una vez iniciado, el actor no tiene disponibilidad sobre el proceso.

La acción de la que dispone el demandante es consecuencia de una obligación legal impuesta a determinadas personas de promover la actividad jurisdiccional frente al presunto incapaz. Este presupuesto se aprecia en el Art. 229 CC, que impone una responsabilidad civil solidaria por los daños causados por un incapaz no declarado a quienes no hubieran promovido la tutela. Y es en este sentido en el que se puede decir que la legitimación activa no deriva de un derecho sino de una especial obligación.

De la parte demandada, sin embargo, sí se puede hablar en sentido propio, ya que el presunto incapaz es sujeto de una relación procesal con derechos y obligaciones, tiene derecho a una tutela judicial efectiva en el sentido de que no sea estimada la limitación o reducción de su capacidad de obrar si no se dan las circunstancias legalmente exigidas para tal resolución judicial.

Por lo tanto, demandante y demandado representan intereses distintos y contrapuestos, el demandante tiene interés, que no derecho, en que se limite o restrinja a un ciudadano la capacidad de obrar, y el demandado, a que no sea estimada esta pretensión. Estas dos posiciones contrapuestas se mantienen durante todo el proceso y para ello la ley articula mecanismos para que así sea, con el defensor judicial que representa al demandado y suple su eventual pasividad.

La posibilidad que tiene cualquier persona de comunicar el hecho al Ministerio Fiscal, únicamente se transforma en deber en aquellas autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo tengan conocimiento directo de una posible causa de incapacitación de un sujeto. Esta puesta en conocimiento no da lugar nunca al inicio del procedimiento como tal.

Entre los obligados a dar a conocer al Ministerio Fiscal la posible causa de incapacidad se han de incluir, entre otros, a jueces, asistentes sociales de ayuntamientos, directores de hospitales psiquiátricos o geriátricos públicos y facultativos de centros de salud públicos. Pero esta obligación sólo les afecta cuando tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, no como particulares, y la omisión de este deber implicará la corresponsabilidad con los legitimados activos por los perjuicios a terceros.

Desde que existe una regulación específica para este procedimiento se ha limitado la legitimación activa a determinadas personas, a las cuales se les impone la obligación de colaborar con el interés público, por su especial relación afectiva o de parentesco con el presunto incapaz, cónyuge o persona en situación de hecho análoga, ascendientes, descendientes o hermanos, o por la función protectora que asumen, el Ministerio Fiscal Art. 3.7. EOMF. De esta manera se le reserva de un uso arbitrario, asegurando su ejercicio como medio de protección de la persona. Sobre los citados legitimados activos recae la obligación de promover la incapacitación, bajo sanción de responsabilizarse civilmente de los perjuicios causados por los presuntos incapaces a terceros, salvo que acreditasen un total desconocimiento de dichas circunstancias; en este caso se invierte la carga de la prueba y habría de probar fehacientemente el desconocimiento, ya que se presume el mismo. Igualmente la obligación del cónyuge quedará extinguida cuando el matrimonio con el presunto incapaz esté disuelto o estén separados por resolución judicial.

Si los anteriores legitimados no existieran o no presentaran demanda, el Ministerio Fiscal podrá interponerla. Entendemos que se trata de una legitimación subsidiaria, no hace falta que se pruebe la negativa de los parientes legitimados a presentarla, basta la pasividad de los mismos o la demora que pueda causar perjuicios al presunto incapaz, por otra parte una vez presentada demanda por el Ministerio Fiscal, si se presenta por alguno de los legitimados, el Ministerio Fiscal no pierde su legitimación, pudiendo acumularse los autos.

El juez no puede instar de oficio el procedimiento de incapacitación; si llega a conocer la limitación de autogobierno de alguna persona, lo debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, que presentará en su caso la demanda.

Aunque es cierto que algunas de las personas que pueden instar la incapacitación coinciden con las partes propiamente dichas, es necesario hacer esta distinción., ya que es

posible que un médico en el ejercicio de su profesión informe al Ministerio fiscal de la posible incapacidad de un sujeto, pero el mismo no se constituirá como parte en el proceso de incapacitación.

c. Partes en el proceso

i. Introducción

El proceso de incapacitación es un proceso contradictorio, lo que quiere decir que ha de ser instada la declaración de incapacitación por persona legitimada al efecto³⁰.

No se trata de decidir si existe un derecho de un particular frente a otro, sino si el Estado esta obligado o no a construir, modificar, o extinguir una relación entre particulares. Esto es propio de las acciones constitutivas, que no se corresponden con derechos subjetivos privados: no se tiene derecho a la incapacitación de otro sujeto, solo se tiene acción de incapacitación.

ii. Parte activa

Se ha de distinguir entre la capacidad del sujeto mayor de edad y la incapacidad del sujeto menor de edad.

1. Supuesto de mayoría de edad. *a. Parientes legitimados*

La legitimación activa para instar la incapacitación, con anterioridad a la promulgación de la nueva LEC, estaba prevista en el artículo 202 CC, según el cual “Corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes, y en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz”. Aunque responde a la misma idea del actual 757.1 LEC, su redacción no es idéntica, lo que exige alguna puntualización.

Tanto el artículo 202 CC como ahora el artículo 757 LEC contienen una enumeración cerrada y por lo tanto *numerus clausus* de legitimados³¹. El artículo 202 del CC restringía la legitimación a quienes ostentan un estrecho vínculo de parentesco, formando parte del círculo familiar más íntimo, el cónyuge e hijos, y a falta de estos, los ascendientes

³⁰ LETE DEL RIO J.M. *El proceso de incapacitación*. Madrid, 1996, p. 267

³¹MARTIN GRANIZO *Comentarios al CC*, con ALBACAR, Ed. Trivium, Madrid. p.1859; FERNANDEZ BALLESTEROS, *Derecho Procesal práctico*, Tomo VII, Pág. 672, en la jurisprudencia, STS 24 de mayo 1991 (RJ 1991/3833), que niega la legitimación de un ayuntamiento.

y hermanos³². De existir cónyuge y descendientes, se entiende que el círculo familiar más íntimo lo forman éstos, junto con el presunto incapaz; y a falta de hijos y descendientes, ese primer círculo familiar lo conformarían los padres y hermanos. Frente a esta posición, en la doctrina se había argumentado la necesidad de ampliar la legitimación, reconociéndola a todos los mencionados en el artículo 202 CC sin sujeción a prelación alguna, para facilitar la incapacitación.³³

Para ello se interpretaba la mención legal “en defecto de estos” como que en caso de no ser planteada la incapacitación por el cónyuge e hijos, pueden hacerlo los ascendientes y hermanos. Esta parece que es ahora la interpretación legal, pues el artículo 757.1 LEC omite esta salvedad y se limita a enumerarlos de forma seguida: “La declaración de incapacidad pueden promoverla el cónyuge, o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz”.

La pareja unida de forma permanente con relación de afectividad análoga a la conyugal no estaba equiparada al cónyuge en el artículo 202 CC, pero sí que lo está en el artículo 757.1 de la LEC, por lo que gozará de legitimación desde su entrada en vigor. Este precepto habrá de integrarlo con la normativa sustantiva que en el ámbito de algunas comunidades autónomas se ha dictado sobre uniones de hecho, exigiendo que reconozca esta legitimación que se cumplen los requisitos de acreditación exigidos en cada caso.³⁴

Los hijos y descendientes serán tanto los matrimoniales como los extramatrimoniales, y ambos podrán ser parte. También resulta indiferente que sean descendientes y ascendientes biológicos o adoptivos, y para los hermanos, que lo sean de vínculo sencillo o de doble vínculo.

Con base a todo esto no estará legitimado para promover la incapacitación de una persona quien hubiere estado casado con ella en un matrimonio anterior dispuesto por

³² MARTIN GRANIZO, *Comentarios al CC*, ED. Trivium, Madrid p. 1830

³³ CASTRO GARCÍA, “Procesos de incapacitación introducidos en el Código Civil por la reforma del Código Civil en materia de tutela” en las *Jornadas de Derecho procesal*, Madrid. 1984, p. 73.

³⁴ En este sentido la Llei 10/1998 del Parlament de Catalunya, de uniones estables de pareja, regula de manera diferente según sea heterosexual y homosexual. La unión heterosexual, que presupone los requisitos de capacidad y la convivencia de dos años, puede acreditarse por cualquier medio admisible y suficiente, salvo para hacer valer los beneficios respecto a la función pública. La unión homosexual, solo se podrá acreditar mediante una escritura pública que haya sido otorgada conjuntamente.

divorcio o declarado nulo, pero sí quien estuviere separado³⁵. Tampoco los parientes colaterales, con independencia de las circunstancias y vínculo de dependencia que el presunto incapaz tenga con ellos. Estos primos, tíos, suegros, yernos... deberán limitarse a poner en conocimiento al Ministerio fiscal, la situación natural de su familiar, para que sea éste quien pida la incapacitación al círculo familiar más próximo; además de respetar la privacidad, previene contra un posible uso temerario o malicioso de otras personas³⁶.

En relación con la legitimación activa, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en la sentencia num. 681/2004 de 7 julio (RJ/2004/5104) estableció la falta de legitimación activa de una sobrina sobre la incapacitación de sus tres tías. Su madre ya fallecida pretendió antes de su muerte la incapacitación de sus tres hermanas, hecho que llevo a su hija a cumplir con la voluntad de la madre. Ante dicha actuación, el tribunal decreto la falta de legitimación para ser parte de la misma, para incoar la incapacitación.

b. Ministerio fiscal

La legitimación del Ministerio fiscal para promover la incapacitación es un deber cuando no haya parientes legitimados o estos no la insten. Constituye una manifestación del interés público que subyace a este procedimiento, cuya defensa se atribuye al Ministerio fiscal con carácter general en el artículo 124.1 CE, el artículo 435 LOPJ, y el artículo 1 EOMF, y de forma especial en los procesos sobre estado civil e incapacitación en el artículo 3.6º y 7º EOMF. Cuando el artículo 757.2 LEC dispone que el Ministerio fiscal “Deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado” se pretende evitar que la declaración de incapacidad de un presunto incapaz quede supeditada al interés o diligencia de sus familiares más próximos, o a la mera existencia de estos.

La jurisprudencia recuerda que esta legitimación lo es por sustitución de las personas primeramente llamadas a promover la incapacitación.³⁷ Si bien se ha de advertir que, aun siendo la falta de parientes, o la inactividad de estos un presupuesto de la legitimación del fiscal, no es preciso acreditar su cumplimiento para que sea admitida la

³⁵ROCA GUILLAMON, en *Comentarios del Código Civil I*, Ministerio de Justicia.

³⁶ PARRA LUCAN, en *Curso de derecho civil*. Vol. I Madrid 1996. p. 365

³⁷ Así lo declaró la STS 24 de Mayo 1991 (RJ 1991,3833) en un supuesto en que negaba la legitimación al ayuntamiento.

demanda del Ministerio fiscal³⁸. Es lógico que en las diligencias de averiguación que abre la fiscalía al tener conocimiento de la existencia de un presunto incapaz se investigue, a través de un informe social, si tiene familiares y se hable con los mismos, por si prefieren ser ellos quienes promuevan la incapacitación.

Todos aquellos que carezcan de legitimación para pedir la incapacitación, podrán dirigirse a la fiscalía para poner en su conocimiento la existencia de una persona con posible causa de incapacitación. De esta forma, la restricción de legitimación prevista en el artículo 757.1 LEC, impide que pueda ser promovida la incapacitación.

El principio de oficialidad que rige en este procedimiento no alcanza a reconocer al juez la posibilidad de iniciar de oficio la incapacitación, por lo que si conoce de una posible causa de incapacitación, debe comunicarlo al Ministerio fiscal, para que si lo estima conveniente promueva la declaración de incapacidad. Expresamente se prevé en los supuestos en que el juez ha adoptado alguna medida de protección del presunto incapaz:

1º - Así concurre en los internamientos psiquiátricos, regulados antes en el artículo 211 CC y ahora en el artículo 763 LEC, de los que se dará cuenta al fiscal, pues si se reiteran en el tiempo, con un diagnóstico de enfermedad mental residual o de larga duración, podría apreciarse un indicio de incapacidad natural.

2º - Y también en el propio 762 LEC, según el cual si el juez tiene conocimiento de la existencia de un presunto incapaz, podrá adoptar las medidas de protección que estime necesarias. Es preciso que, sin prejuzgar definitivamente la cuestión, se adopten las diligencias necesarias para cerciorarse de la concurrencia de esta presunción de incapacidad. Y porque el legislador esta pensando en que dichas medidas sean accesorias a un posible proceso de incapacitación, advierte que el Juez deberá ponerlo en conocimiento de la fiscaliza, para que la promueva si lo estima procedente. Si insta la incapacitación, las medidas continuaran, pero si no lo hace, entonces deberán ser levantadas.

Si la fiscalía carece de elementos de juicio suficientes para promover la incapacitación, porque la información médica y social es insuficiente, abrirá diligencias de

³⁸ ORTELLS RAMOS, *El proceso sobre la capacidad...* Op .cit. p 1050. No opinan lo mismo MARTIN GRANIZO, *incapacitación...*op cit. p.74, y sobre todo FERNANDEZ BALLESTEROS, en *Derecho procesal practico* VII, Valencia 2001 p. 680.

averiguación. En ellas oír a la familia si la hubiere, y se recabaran informes médicos y sociales, distintos de los que con posterioridad hayan de practicarse en el procedimiento judicial de incapacitación.

2. *Supuesto de minoría de edad*

El artículo 201 del CC, establece que los menores de edad únicamente podrán ser incapacitados cuando concurran en ellos causa de incapacitación, y se prevea que razonablemente la misma persistirá una vez alcanzada la mayoría de edad.

El artículo 757.4 LEC, limita ésta solo a quienes ejerzan la patria potestad o tutela. Esta restricción se justifica por la conveniencia de respetar la potestad de quienes son guardadores legales del menor, y están obligados de una manera general a velar por ellos, evitando posibles injerencias ajenas en el ejercicio de su función³⁹, sin perjuicio de que el Ministerio fiscal pueda instar la adopción de medidas oportunas para salvaguardar los intereses del menor⁴⁰.

Están legitimados tanto el padre como la madre, sin que sea necesario consenso de ambos, bastando la solicitud individualizada de uno de ellos, pues aquí la incapacitación esta configurada sobre la base de la protección del menor. Carecerán de esta legitimación, por tanto, si han sido privados de la patria potestad, o suspendidos en su ejercicio como consecuencia de una declaración de desamparo⁴¹.

En el caso de separación o divorcio, solo el que ejerza la patria potestad podrá instar la declaración de incapacitación, de manera que corresponderá al que tenga atribuida la guarda y custodia⁴².

Esta incapacitación de un menor por quienes ejercen la patria potestad antes de los dieciocho años determina la prórroga de la patria potestad, siempre que medie el requisito

³⁹ ROCA GUILLAMON *Comentarios del Código Civil, I*, Ministerio de justicia. Pág. 644

⁴⁰ SANCHO GARGALLO I., “Comentario al artículo 757 de la LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. Cit, p. 3433; LETE DEL RÍO J.M, *El proceso de incapacitación...*, op. cit. p 1485

⁴¹ Los artículos 160 y 161 del Codi de família catalán, prevén la prórroga o rehabilitación de la potestad de los padres, sin exigir el requisito de la previa convivencia.

⁴² Si se acuerda el ejercicio compartido de la guarda y custodia tal como consagra el artículo 92.5 y 8 del Código Civil, tras la reforma por Ley 12/2005, por la que se modifican el CC y la LEC, en materia de separación y divorcio, la legitimación corresponde a ambos progenitores y se podrán ejercitar de forma individualizada.

de la previa convivencia, y sin esta exigencia, así como la denominada patria potestad rehabilitada, si se trata de hijo soltero mayor de edad, que viva en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos y fuese incapacitado.

En estos casos de tutela la legitimación del tutor se sustenta sobre la base legal del artículo 269 del Código Civil, donde se indica que esta obligado a velar por el tutelado. Una forma de velar por el sería incoando si hay causa para ello, el correspondiente proceso de incapacitación.

Ahora bien, la inactividad de los padres o tutores no determina la intervención del Ministerio fiscal en la promoción del procedimiento, exclusión que ha sido muy criticada⁴³, como tampoco obsta a dicha intervención en el caso del menor que no este por el motivo que sea sometido a patria potestad o a tutela, y pueda concurrir en él una posible causa de incapacitación. El Ministerio fiscal, como defensor de la legalidad y de los intereses de menor, lo que únicamente puede hacer en este supuesto es solicitar la constitución de la correspondiente institución tutelar y, una vez constituida la misma, y nombrado el tutor, sea este quien si lo considera oportuno, suscite la declaración de incapacitación⁴⁴.

También importante es la cuestión del menor emancipado, dado que la precisión de la incapacitación del menor de edad gira en función del mantenimiento o no de la potestad. Cuando se adquiere una capacidad mas amplia, y aquella se ha extinguido, ha de afirmarse que el menor emancipado esta considerado a los efectos también de la declaración de incapacitación, entre los mayores de edad. De forma que sobre tales argumentos puede afirmarse ahora que serán de aplicación, a los efectos de sustentar la legitimación del menor emancipado, las pautas establecidas en el artículo 757.1 y 2 de la LEC.

Si los padres son menores emancipados o habilitados de edad, también ostentaran legitimación para promover la incapacitación de sus hijos menores de edad sometidos a su potestad, pues el artículo 323 del CC, en los términos ya vistos anteriormente, “Habilita al menor emancipado para regir su persona, y sus bienes como su fuera mayor” no

⁴³ Vid., APARICIO AUÑÓN E. “Comentario al artículo 757 de la LEC”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. Cit. P. 3988.

⁴⁴ GETE – ALONSO Y CALERA M^a DEL C. *La nueva normativa en materia de capacidad...* op. cit, p 218.

impidiendo mas limitaciones en su capacidad que las que de carácter patrimonial en el propio precepto se especifican⁴⁵.

Para solicitar la modificación de la previa incapacitación, vuelve la ley, en el artículo 761 de la LEC, a establecer un *numerus clausus* de legitimados para pedir la modificación de la incapacitación⁴⁶. Los parientes enumerados en el artículo 757.1, quien tenga prorrogada o rehabilitada la potestad paterna, o atribuida la tutela, el Ministerio Fiscal y el propio interesado. En principio cualquiera de ellos puede iniciar el proceso de modificación de la incapacitación o de reintegración de la capacidad cuando crea que se dan las circunstancias para ello⁴⁷.

- a) Resulta lógica la legitimación de los padres con potestad rehabilitada o prorrogada y de los tutores, pues desprende de la obligación que asumen de “Promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado” (artículo 269 CC). Unos y otros actuarían en nombre propio y no representando al incapaz, aunque su legitimación derive de la guarda legal que tienen atribuida.⁴⁸
- b) La del Ministerio Fiscal deriva de la genérica atribución que le hace el artículo 3.6º EOMF, de “Tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que la ley establezca”
- c) Por ultimo el legislador, para evitar situaciones viciadas de obstrucción o negligencia, de quien ejerce la tutela del incapaz, reconoce legitimación a los parientes más próximos, pues se supone que pueden advertir de la situación de mejoría de aquel.

iii. Parte pasiva

De la regulación contenida en los artículos 206 y 207 del CC, y ahora del artículo 758 LEC de 2000, se desprende que demandado en este procedimiento, en principio, solo

⁴⁵ En este sentido, LETE DEL RIO J.M, *El proceso de incapacitación...* op. Cit. p. 1485

⁴⁶ O'CALLAGHAN, op cit. AC 1986, Pág. 12. REVERTE NAVARRO “Comentarios del Código Civil, I” Ministerio de Justicia, p. 667

⁴⁷ BANACLOCHE PALAO, *El proceso de reintegración....*op.cit. p. 42.

⁴⁸ ORTELLS RAMOS, *El proceso sobre la capacidad...* Op cit. p. 1061

lo será la persona cuya incapacitación se solicita, y el Ministerio fiscal, cuando no sea él quien la promueva⁴⁹. Si es el fiscal quien presenta la demanda, para evitar que la enajenación mental del demandado le reporte una posible situación de indefensión en el procedimiento, se le nombra un defensor judicial que le represente en el proceso.

Todo lo cual ha permitido a la jurisprudencia denegar tal legitimación pasiva a cualquier otro familiar del presunto incapaz, aunque estuviera incluido entre quienes hubieran podido instar la incapacitación. Y al mismo tiempo obliga a distinguir dos escenarios distintos, según sea o no el Ministerio fiscal el que pida la incapacitación.

La incapacitación promovida por el Ministerio fiscal plantea una serie de cuestiones. Presentada la demanda por el Ministerio fiscal, se dará conocimiento de ella al demandado para que pueda comparecer si puede y lo desea bajo su propia representación procesal.

Si el demandado está en condiciones de comprender la demanda y de manifestar su oposición, el artículo 758 de la LEC, le permite comparecer con su propia defensa y representación, porque no se le ha privado de capacidad de obrar. En estos casos comparecerá y se opondrá a la demanda en el plazo de veinte días (artículo 753 LEC), pues no cabe allanamiento, y se le tendrá por comparecido y parte, y por contestada la demanda.

En el caso en que la enfermedad o deterioro alegado no le permita comprender la demanda, o cuando adopta una posición pasiva, para asegurar la efectiva contradicción, se le nombra un defensor judicial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 758 LEC.

Estos preceptos pueden ponerse en relación con el artículo 299.3 CC, de modo que se atribuya a esta figura la condición de órgano tutelar, en este caso cautelar, pues lo será mientras dure el procedimiento y limitado, ya que su contenido quedara restringido a representar los intereses del demandado en el juicio de incapacitación. Puede ser nombrada cualquier persona, sin que sea necesario tener la condición de letrado, pues será después él quien designe al abogado que lleve la causa o solicite su nombramiento de oficio⁵⁰.

⁴⁹ FERNANDEZ BALLESTEROS *Derecho procesal civil, con DE LA OLIVA SANTOS IV*, Editorial centre de estudios Ramón Areces, Madrid 1993, p. 209

⁵⁰ CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación...* op cit. p. 136 y 137

La designación es judicial, por auto motivado, correspondiendo a quien conozca la demanda de incapacitación⁵¹. En puridad, siendo un cargo tutelar, debería ser a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, abriendo pieza separada a tal efecto⁵², pero en la practica se hace dentro del mismo procedimiento principal, y ante la dificultad de encontrar una persona idónea y para evitar excesivas dilataciones, se designa directamente a un letrado de oficio quien al aceptar asumirá el cargo de defensor judicial junto con la dirección de la causa, comenzando a partir de entonces a correr el plazo para contestar la demanda.

La incapacitación no instada por el Ministerio fiscal tiene una regulación diferente a la anterior. Presentada la demanda por cualquiera de los familiares, o representantes legales, legitimados para instar la incapacitación, se dará conocimiento de ella no solo al demandado, sino también al Ministerio fiscal. Este asumirá la representación y defensa del demandado, cuando, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, no comparece por si mismo a través de su propia representación procesal.

En el primer paso, el Ministerio Fiscal actúa en el marco de lo previsto en el artículo 2.7º EOMF, que le encomienda “La representación y defensa en juicio o fuera de el, de quienes por carecer de su capacidad de obrar o de representación legal, no pudieren actuar por si mismos”. Asume al mismo tiempo la representación procesal, de modo que todas las notificaciones para el demandado se harán al Fiscal, que además deberá defender los intereses del presunto incapaz, oponiéndose necesariamente a la demanda, y supervisando que se practique la prueba necesaria para conocer las condiciones de capacidad en que se encuentra el demandado.

En los procesos de incapacitación, según dispone el artículo 749 LEC, será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, también en aquellos casos en que el demandado compareciere con su propia representación procesal, y se opusiere a la demanda. Tendrá la consideración de parte demandada, sin que sea necesario, como ha apuntado parte de la doctrina, que la demanda vaya dirigida contra el⁵³.

⁵¹ MARTIN GRANIZO M. *La incapacitación...* op cit. p 80, advierte que la designación de defensor judicial queda a la discrecionalidad del juez, sin que concurran condicionamientos familiares.

⁵² REVERTE NAVARRO, *Comentarios del Código Civil, I*. Ministerio de Justicia. Pág. 649.

⁵³ ORTELLS RAMOS, *El proceso sobre la capacidad...*op cit. p.1057; REVERTE NAVARRO, *Comentarios del Código civil, I*, Ministerio de Justicia, p- 648.

Al igual que ocurre con la legitimación activa, en relación con la legitimación pasiva, también confluyen problemas. La Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1ª) en la sentencia num. 26/2006 de 14 febrero (JUR. 2007\275358), estableció la imposibilidad de que el Ministerio Fiscal, ostentara la legitimación activa y pasiva, en relación con la incapacitación de un sujeto, ya que el verdadero defensor judicial, designado para defender los intereses del presunto incapaz, no actuaba fehacientemente en el proceso, sino que ambas legitimaciones las ostentaba el Ministerio Fiscal. A la vista de esto, la Audiencia Provincial, declaró la nulidad de las actuaciones, y anuló de la sentencia de primera instancia.

En los procesos de modificación o recuperación de la capacidad el procedimiento lo puede iniciar el propio incapaz, el Ministerio fiscal, o los guardadores legales, tutores o padres con potestad rehabilitada o prorrogada.

En el primer caso, la modificación o recuperación de la capacidad la podrá iniciar el propio incapaz siempre y cuando no sea él quien inste el procedimiento. Su representación y asistencia en el juicio dependerá del grado y alcance de su incapacidad, y de quien haya instado la modificación de la incapacitación.

- a) Comparecerá a través de sus padres o tutores, si por el alcance de su incapacidad, tienen estos atribuida su representación legal.
- b) En el caso de que fueran el tutor o los padres los que, haciendo uso de la legitimación que les reconoce el artículo 761 LEC, hubieran instado en nombre propio el procedimiento, el incapaz podrá acudir representado y asistido por un defensor judicial.
- c) Cuando la previa incapacitación no le hubiere privado de ejercer personalmente su propia representación, gozará de capacidad procesal y podrá comparecer por sí mismo, sin perjuicio de la preceptiva postulación procesal.

En el caso del Ministerio fiscal, éste podrá instar la modificación o recuperación de la capacidad, en todos aquellos casos en los que no haya sido él quien hubiera instado el procedimiento (artículo 758 LEC)⁵⁴.

En el caso de los guardadores legales, tutores, o padres con potestad rehabilitada o prorrogada, si la demanda es interpuesta por el Ministerio Fiscal, pues teniendo el deber de promover la recuperación de la capacidad de su tutelado, han mantenido una actitud pasiva que ha excitado la intervención del Ministerio Público.

d. Iniciación y alegaciones

Rige para este procedimiento la disposición general contenida en el artículo 753 LEC, en el que se determina que la sustanciación de este proceso tendrá lugar por los trámites del juicio verbal. No obstante, las peculiaridades propias del mismo lleva a que algunas de las normas generales de este juicio verbal no se apliquen, sustituyéndose en consecuencia por otras más afines de específicas características.

i. Demanda y contestación a la demanda

El artículo 753 dispone que “ 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 conforme a lo establecido en el artículo 405 LEC”. De forma que, la contestación a la demanda no se hará en el acto de la vista, sino por escrito.

Ahora bien, debe entenderse que la demanda con que se inicie este proceso, no debe ser la demanda sucinta propia de un verbal, sino una demanda ordinaria, pues de otro modo, se frustraría la finalidad que se quiere alcanzar al emplazar al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que la contesten por escrito⁵⁵. No tendría al efecto ningún sentido que las contestaciones a la demanda se hicieran por escrito con el contenido, y en la forma prevista en el artículo 405 de la LEC y que la demanda, sin embargo, fuera una demanda sucinta en la que el actor no sustanciara los hechos y los fundamentos de derecho de su

⁵⁴ ORTELLS RAMOS *El proceso sobre la capacidad....* op cit. p. 1061; BANACLOCHE PALAO, *El proceso de reintegración...* op. cit. p. 70

⁵⁵ DIEZ PICAZO GIMENEZ I. *El proceso de incapacitación*, op. Cit. p. 1479. Sin embargo, no faltan voces que consideran que ambas, demanda y contestación, ha de redactarse de forma sucinta, Vid, entre otros TOMÉ PAULE J, y MARQUEZ CARRASCO R., *Procesos especiales y especialidades procesales de la nueva ley de enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia. Formularios de demandas*, Colex, Madrid, 2001, pp. 24 – 25

pretensión de forma exhaustiva⁵⁶. Una vez contestada la demanda, se seguirán los trámites del juicio verbal, citándose a las partes para la vista del juicio.

ii. *Alegación de los hechos y búsqueda de la verdad material*

El artículo 752.1 de la LEC dispone que “Se decidirá con arreglo a los hechos que se hayan sido objeto de debate y resulten probados con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento”.

Sobre tal base legal, tales hechos pueden ser introducidos en el proceso en cualquier momento, bien mediante alegaciones, bien de otra manera, pudiendo, en consecuencia, fundamentar el juez su fallo con base en los mismos, siempre que hayan sido probados y objeto de debate. Por tanto “Podrán ser tenidos en cuenta en la sentencia hechos no alegados por las partes, sino introducidos *ex officio* por el tribunal siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de hacer alegaciones y formular las correspondientes pruebas sobre los mismos. E igualmente podrán ser tenidos en cuenta hechos alegados por una de las partes tras la demanda y la contestación, siempre que las demás partes hayan podido hacer alegaciones y realizar pruebas sobre ellos⁵⁷”

Opera sobre el respeto al principio de contradicción y fundamenta esta ausencia de preclusión respecto a la introducción de los hechos en el interés público presente en este tipo de proceso, que por la entidad del interés en juego busca la consecución de la verdad material por encima de cualquier otra consideración formal⁵⁸

iii. *Exclusión de la publicidad*

El artículo 754 LEC establece que “Podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen, y aunque no se este en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente ley”

⁵⁶ DIEZ PICAZO GIMENEZ I. “Los procesos civiles especiales” en *derecho procesal civil*. Op. Cit. p. 415

⁵⁷ DIEZ PICAZO GIMENEZ I. “Los procesos civiles especiales” En *derecho procesal civil*. op. Cit. p. 414

⁵⁸ HUERTAS MARTIN. I. *EL proceso de incapacitación...* op. cit. p.115

A tal efecto, el artículo 138.1 LEC como regla general fija que la publicidad de las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias, cuyo objeto será oír a las partes antes de citar una resolución. En el apartado 2 se fijan las excepciones a tal regla, cuando sea necesario para protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario y pudieran perjudicar los intereses de la justicia.

Esta remisión al apartado 2 del artículo 138 de la LEC se ha considerado como innecesaria y reiterativa.⁵⁹ En realidad, la única especialidad que viene a establecer el artículo 754 respecto del artículo 138 de la LEC, es que la decisión judicial de exclusión de publicidad de las actuaciones, se ha de adoptar mediante providencia, en vez de auto. Pero lo cierto, es que no supone tal especialidad, sino más bien se ha de interpretar como un error del legislador y, en consecuencia, se ha de considerar aplicable también a este supuesto el apartado 3 del artículo 138 y revestir dicha exclusión la forma de auto⁶⁰. Contra el mismo no se admite recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuera admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva. No obstante, antes de acordar la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación, el tribunal oirá a las partes que estuvieran presentes en el acto.

Por último, el alcance de esta exclusión de la publicidad opera no solo con respecto al derecho a la información previsto en el artículo 140 de la LEC, sino también al derecho de acceso a libros, archivos, registros judiciales, y a obtener testimonios o certificaciones.

e. Prueba

i. Audiencia a los más próximos

Entre las pruebas preceptivas a practicar en el proceso de incapacitación, incluye la LEC, la audiencia a los parientes más próximos al incapacitado.⁶¹ Se habla en el artículo 759.1 de la proximidad del parentesco, cómo ha de interpretarse. Existe una tendencia

⁵⁹ LETE DEL RIO J. M., *El proceso de incapacitación*, op. cit., pp. 1478 – 1479. HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación...* op cit p. 117.

⁶⁰ HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación...* op, cit. p. 118.

⁶¹ Así lo ha puesto de relieve la STS de 4 de marzo de 2000 (RJ 2000/1342) al afirmar que la audiencia es "Un trámite esencial y previo a toda declaración de incapacidad, y su falta puede ser apreciada ex officio por el tribunal por ser una cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional.

mayoritaria en la doctrina de considerar que el termino proximidad no es tanto en relación al grado de parentesco, sino mas bien, en el sentido de convivencia, de cercanía de trato.⁶² Lo que resulta lógico, pues es que el pariente que conviva con el presunto incapaz es quien mejor conoce la situación en que se encuentra, y pueden aportar algún dato relevante sobre su estado.

El juez puede estimar suficiente con escuchar a los parientes, o puede si lo considera conveniente ampliar la audiencia a otros parientes no tan próximos, como también llamar a aquellos parientes que hubieran promovido el proceso de incapacitación, pese a la reticencia que sobre tal posibilidad existía por parte de algunos autores, sobre todo con anterioridad a la LEC 1/2000.

En todo caso, resulta clara la exigencia de ampliar el contenido de la prueba de audiencia a los parientes, siempre que tengan una proximidad en el trato, pues la finalidad que se persigue con la misma es la de adquirir un cabal conocimiento acerca de la situación y circunstancias que rodean al presunto incapaz, esto es, determinar si en el concurre una causa de incapacitación y en que grado⁶³.

Lo cierto es que, teniendo en cuenta los principios que informan este proceso, queda a criterio del juez, el alcance de la audiencia, así como también la determinación del número de parientes a intervenir.

En cuanto al modo en que se ha de desarrollar esta diligencia, a falta de una especificación legal, queda igualmente al prudente arbitrio judicial. De otro lado, y aunque la ley guarda silencio, ha de entenderse que debe acordarse la participación en este tramite a las partes comparecidas en el proceso, pudiendo estas asistir a la audiencia⁶⁴.

Ahora bien, no debe olvidarse que, como una importe novedad, en esta ley se permite que junto con la pretensión principal se inste un la misma demanda el nombramiento de la persona o personas que han de asistir o representar a la persona de cuya declaración se trata, en este caso según determina expresamente el artículo 759.2 LEC,

⁶² HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación...* op, cit, pp. 135-136

⁶³ BANCLOCHE PALAO J. "Comentario al artículo 759 LEC" en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. op. Cit. p 1280

⁶⁴ HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación...* op, cit, pp., 142

debe darse audiencia, no solo a los parientes mas próximos, sino también al presunto incapaz, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el juez considere oportuno, con el fin de determinar las circunstancias personales, sociales, económicas, y familiares de las personas relacionadas en los artículos 234 y 242 CC, y evidenciar cuál es la persona, mas idónea para asumir la función de guarda que en su caso precise el incapacitado⁶⁵.

ii. *Examen del presunto incapaz*

Tiene por finalidad, como señala HUERTAS MARTIN “ La obtención de datos relevantes acerca de la persona del incapacitado, concretamente sobre la trascendencia de su enfermedad o deficiencia, la previsible persistencia de la misma, y la afectación de aquellas en su capacidad para gobernarse por si mismo”, y todo ello, a través de la percepción directa e inmediata que el propio juzgador pueda obtener e independientemente, por tanto, de las posibles informaciones que puede adquirir por otros medios de prueba como el informe pericial, o la audiencia a los parientes mas próximos.⁶⁶

Resulta por tanto indispensable que el órgano jurisdiccional practique la diligencia por si mismo, esto es, que no acuda al auxilio judicial, ni se lleve a cabo por juez distinto del que conoce del proceso. El respeto al principio de inmediación alcanza en la práctica de esta prueba una dimensión extraordinaria⁶⁷.

El modo de desarrollarse este examen, para algunos autores, se corresponde con el reconocimiento judicial, y se practicara mediante un interrogatorio llevado a cabo por el órgano judicial, que deberá adaptarse a las necesidades del caso concreto (Artículo 355 de la LEC)⁶⁸, para otros, estamos ante algo a caballo entre el reconocimiento judicial, y el interrogatorio en el que normalmente será mas importante lo segundo que lo primero;⁶⁹ o una especie de entrevista que debe ser conducida por el juez, pues alcanza tanto a la

⁶⁵ MARIMON DURÁ M. C. “Comentario al artículo 759 de la LEC” en *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op, cit, pp. 6262 a 6263

⁶⁶ HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación*, op, cit, pp. 143 – 144

⁶⁷ En este sentido se han pronunciado la jurisprudencia, declarando la nulidad del procedimiento de incapacitación en el que se omitió el examen personal del presunto incapaz por el tribunal, tanto en primera instancia como en segunda.

⁶⁸ APARICIO AUÑON E. “Comentario al artículo 759 de la LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op cit. p. 4002; BANACHLOCHE PALAO. J. “Comentario al artículo 759 de la LEC” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. op. cit. p 1281

⁶⁹ DIEZ – PICAZO GIMENEZ I. “*Los procesos civiles especiales*” en *derecho procesal civil*. op cit, p 423

contemplación de la persona como de la conservación con ella,⁷⁰ y finalmente, quienes consideran que su régimen jurídico no es el del reconocimiento judicial, sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada⁷¹.

De las teorías expuestas, nos inclinamos por su consideración como un reconocimiento judicial, en cuya práctica el artículo 351 LEC permite al juez acordar la entrada en el domicilio del demandado; y el artículo 355.2 LEC, que garantiza que la misma se llevara a cabo respetando la dignidad de la persona. Pero en todo caso, dependerá de cada una de las distintas causas de incapacitación; la exploración debe abarcar una serie de extremos referidos a la esfera personal, a la esfera patrimonial y al ejercicio del derecho de sufragio⁷².

Ahora bien, esta exigencia preceptiva de la exploración judicial como requisito previo a la incapacitación determina la imposibilidad de declarar incapaz a quien no este presente o se encuentre en paradero desconocido, y mucho menos al ausente o al que haya fallecido.⁷³ En el caso de que el presunto incapaz cambie de residencia en el curso del proceso, la nueva LEC permite que le examine personalmente el juez en su residencia anterior que se encuentre conociendo del asunto, a cuyo efecto podrá desplazarse fuera de su circunscripción para practicar dicho reconocimiento (artículo 169.2 de la LEC)

Por lo que se refiere a la intervención de las demás partes en esta prueba, sin una declaración expresa al respecto en el artículo 759, habrá que aplicar la regla contenida en el artículo 355 LEC, donde se establece la participación de aquellas.

Ante dicho examen del presunto incapaz nos encontramos con múltiple jurisprudencia, entre ella destaca la sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 20 marzo 1991 (RJ 1991/2266), en la que se decreta la nulidad de actuaciones por parte del tribunal ante la omisión de la audiencia a los familiares más próximos, junto con la omisión del examen del presunto incapaz.

iii. *Dictamen pericial del médico*

⁷⁰ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON L. “Comentario al artículo 208 del CC” en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Op. Cit. p 193

⁷¹ SANCHEZ GARGALLO I. “Comentario al artículo 759 LEC”, en *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, op, cit p 3441.

⁷² SANCHO GARGALLO I. *Incapacitación y tutela...* Op cit. P 99

⁷³ Vid. Sentencia del TS de 6 de Abril de 1892, respecto del originario artículo 271 del CC.

El artículo 759.1 de la LEC, establece como novedad que el tribunal “Podrá acordar los dictámenes necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, y demás medidas previstas por las leyes”. Y se añade un inciso en el que se establece que “nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial medico, acordado por el tribunal”. Con tal expresión se viene a determinar que este dictamen médico acordado por el tribunal será perceptivo, a diferencia de los dictámenes elaborados por los peritos designados por las partes y aportados con la demanda o con la contestación. El órgano jurisdiccional no podrá, sino que deberá, acordar la practica de la diligencia⁷⁴.

Esta prueba pericial puede acordarse a instancia de parte, o de oficio, con el alcance indicado. En principio, bastará el dictamen de un perito nombrado por el juez. Aunque lo acostumbrado es que, en lugar de proceder a tal nombramiento, el juez acuda directamente al médico forense. No obstante aunque esto sea la práctica habitual, no significa que aquél ostente el monopolio de éstos informes periciales, pues el juez puede en todo caso reclamar la concurrencia de otros peritos que dictaminen sobre el supuesto asunto.

El perito emitirá un informe cuyos extremos fundamentales se orientan a determinar la capacidad o no del demandado, para lo que habrá que informar de forma precisa sobre la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico; su carácter persistente y como incide en la capacidad de autogobierno del presunto incapaz.

Este dictamen pericial en todo caso ha de ser valorado por el juez conforme a las reglas de la sana crítica pues en lo que se refiere a la práctica de todas las pruebas del proceso de incapacitación, ha de presidir la libre apreciación del juez, y aunque tiene la obligación de revocarlo y oírlo, no le vincula en términos absolutos, y en consecuencia no tiene que dar valor decisorio a un concreto dictamen.

Emitido el dictamen se dará traslado a las partes por si consideran preciso que acuda el perito al acto de juicio a fin de que aporte las aclaraciones o explicaciones adecuadas, concurrencia ha dicho acto, que también puede estimar necesaria de oficio el órgano jurisdiccional. De esta forma, haya existido o no presencia de las partes el desarrollo de esta práctica pericial, siempre deberán tener el oportuno conocimiento de su resultado,

⁷⁴ BANACLOCHE PALAO J. “Comentario al artículo 759 de la LEC” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* op. cit. p 1281

incrementando en su caso, con la posibilidad de solicitar cuantas aclaraciones se reputen convenientes, además de formular las valoraciones que estimen oportunas⁷⁵.

Ahora bien no se excluye que cualquier de las partes puedan además de pedir otra prueba pericial médica, aportar del mismo modo informes periciales, en cuyo caso el juez contara; también con los dictámenes que aquellas ofrecen. Y asimismo, que al amparo de la discrecionalidad concedida a la autoridad judicial en el segundo párrafo del artículo 752 de la LEC, esta pueda recabar cuantos informes médicos precise para determinar la existencia y el alcance de la causa de incapacitación.

Por último el artículo 356 de la LEC con carácter general autoriza al juez o tribunal a que si lo considera conveniente disponga mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial sobre la misma persona⁷⁶.

iv. Pruebas para practicar el cargo tutelar.

El apartado 2 del artículo 759 de la LEC posibilita siempre que se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación, que se acumule a la acción de incapacitación la del nombramiento de tutor o curador. Esta última acción como dependiente de la incapacitación nada obsta a que pueda ser objeto de impugnación independientemente de la acción principal.

Pues bien, cuando se ha decidido el actor a acumular ambas acciones, las pruebas que se han de practicar son: la audiencia a los parientes más próximos, en la que se les preguntará sobre la persona que consideren más idónea para ser nombrado tutor o curador, audiencia del presunto incapaz, si tuviera suficiente juicio que igualmente se le preguntará sobre tal extremo salvo que exista un documento público de autotutela en el que aquel pueda expresar claramente quien es la persona que ha de ser nombrada para asumir dicho cargo tutelar, en cuyo caso, bastará una referencia a su existencia por parte del presunto incapaz, si quiere mantener tal nombramiento, porque de no ser así deberá expresarlo en este acto, y audiencia a las demás partes que el tribunal considere oportuno, esto es, como una manifestación más de la actividad probatoria que en estos procesos se permite al tribunal.

⁷⁵ HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación...* op. cit p. 157

⁷⁶ LETE DEL RIO J.M *El proceso de incapacitación...* op cit p 157

Tanto si existe escritura pública de autotutela como si los padres han nombrado en documento público notarial tutor para sus hijos, vinculará dicha designación al juez salvo que el beneficio del menor incapacitado exija otra cosa en cuyo caso se hará mediante decisión motivada.

En todo caso como dispone el artículo 223.4 del CC, en los procesos de incapacitación el juez recabará certificación del registro civil, o en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efecto de comprobar la existencia de documento notarial público de autotutela, o si existe testamento o documento notarial de los padres del incapacitado en el que hubieran hecho una designación de tutor para su hijo.

f. Sentencia y efectos

La situación de incapacidad como estado natural de las personas que padeciesen ciertas enfermedades o deficiencias que les impidiesen gobernarse por sí mismas no precisaba antiguamente declaración judicial alguna. La sola apreciación de la ausencia de lucidez predicable de una determinada persona habilitaba a las que se relacionasen con ella con carácter general para operar conforme a los parámetros de status de la incapacidad natural coincidente con la actual situación jurídica de la incapacitación legal declarada judicialmente.

De esta concepción natural de la incapacidad hemos pasado a la concepción legal de la incapacitación. Y en este sentido el CC establece, en su precepto 199, que “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley” las razones que han primado en favor del cambio de la concepción de la incapacidad desde una perspectiva únicamente espontánea o natural, son la de protección de las personas en materia atinente a la capacidad de obrar de un lado, y de seguridad jurídica por otro.

En este sentido es evidente que el reconocimiento de la incapacidad de las personas y su necesaria protección no puede quedar residenciada en la ingenua apreciación subjetiva de las personas que se relacionan en el ámbito personal o legal, con constitución de tales situaciones jurídicas.

La generalidad de personas que se relacionan en el tráfico jurídico con los presuntos incapaces no puede por su parte verse expuesta por razones de seguridad jurídica a los efectos perjudiciales de los negocios jurídicos entablados con ellos si no precede a su celebración, una anotación preventiva de la demanda de incapacitación, o en su caso, una sentencia de constitución de dicha incapacitación.

La publicidad registral de la demanda, durante el curso del procedimiento y la de la sentencia, una vez finalizado éste, otorgará la necesaria seguridad jurídica a las personas que operan en el tráfico con los presuntos incapaces o con aquellos otros que han sido declarados incapaces respectivamente.

Y es que, al final y al cabo no debe olvidarse que la principal finalidad del proceso de incapacitación en el ámbito civil mas que la protección de las personas aquejadas de alguna enfermedad o deficiencia que les inhabilite para el autogobierno, es la salvaguarda del principio de seguridad en el tráfico jurídico frente a los terceros que vayan a relacionarse con aquellas⁷⁷.

La presunción de capacidad ha de impedir por lo demás que pueda obstaculizarse con carácter general el tráfico jurídico ante la aparición real o ficticia de síntomas que en su caso, pudieran dar lugar a la incapacitación. En este sentido, la incapacitación judicial decretada como consecuencia de la ausencia de autogobierno predicable de una determinada persona, supone lógicamente la ausencia de capacidad procesal para comparecer en juicio. Ahora bien, esta ausencia de capacidad procesal de ser excepcionada por el demandado no podrá ser acogida por el Juez en un proceso diferente al de incapacitación. Es por ello por lo que si se detectase la ausencia o insuficiencia de capacidad de una persona en un determinado proceso, entonces el Juez habría de suspender dicho proceso y poner en conocimientos del Ministerio Fiscal la existencia de la persona presuntamente incapaz, suspendiendo entre tanto la tramitación de aquel proceso.

Este juez no podrá en ningún caso conocer de la pretensión correspondiente al procedimiento ya entablado de manera conjunta a la propia incapacitación de la persona hipotéticamente aquejada de la falta de aptitud para el autogobierno, ni mucho menos

⁷⁷URBANO GOMEZ S, quien acomete el análisis de los diferentes matices y contornos de la incapacidad en los procesos civiles y penales, en *el concepto del incapaz del artículo 25 del nuevo código penal español*. Madrid 1996. p 1755

operar como si este presunto incapaz ya hubiera sido incapacitado. La inadecuación en ese concreto procedimiento justifican la primera negativa la presunción *iuris tantum* de capacidad justifica la segunda.

Ahora bien, la suspensión de los procesos judiciales cuando remotamente puedan aparecer a juicio de la contraparte síntomas patológicos en uno de los litigantes, pese a ser la mejor opción, no debe convertirse en una norma habitual puesto que su generalizada aceptación podría convertirse en una burda estrategia para demorar los procedimientos judiciales, con evidente perjuicio para la persona respecto de la que se predica, tal vez de manera injustificada la ausencia de autogobierno.

La incapacitación habrá de ser declarada siempre y en todo caso en el marco del proceso civil especial, de tal suerte que la eventual exención de la personalidad criminal apreciada en el proceso penal, como consecuencia de la existencia de alguna causa de incapacitación, podría en su caso aplicarse como consecuencia de la previa sentencia judicial civil⁷⁸. Lo cierto es que las causas de exención de la responsabilidad contenida en el artículo 20 del CP, se podría al menos resaltar dos de ellas, que encajan con las causas de incapacitación legalmente estipuladas en nuestro CC.

En este sentido el juez de lo penal podría perfectamente aplicar dicha exención si hubiere una sentencia civil anterior en el tiempo que declarase la incapacitación de la persona hipotéticamente responsable del hecho delictivo, debiendo en otro caso o bien valorar por si mismo, aquellas anomalías o alteraciones psicológicas, o bien mantenerse a la espera de la resolución judicial civil, pero sin que pueda, en modo alguno, acumular a la acción penal como si de una suerte de acción civil indemnizatoria se tratase, la pretensión de incapacitación que requerirá la celebración del proceso civil especial.

Pese a ello, la experiencia reciente de los centros penitenciarios, según manifestaciones emitidas al respecto por los conocedores en la materia⁷⁹, nos muestra que

⁷⁸ Vid a favor de que la sentencia civil de incapacitación vincule al tribunal penal respecto a la capacidad penal de la persona cuando en dicha sentencia se establezca una incapacitación absoluta de la persona y ésta sea debida a una causa que origine una alteración permanente de sus capacidades intelectivas y volitivas; MENDAÑA PRIETO, E. “*Consecuencias de la declaración de incapacitación civil en el ámbito penal*” en las Circunstancias modificativas de la capacidad jurídica: Los límites de la culpabilidad. Enfermedad mental y capacidad. Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Departamento de justicia, 200, p 158.

⁷⁹ FERNANDEZ ARANAZ G. *Discapacidad intelectual y derecho*. Madrid 2004. p 250

la mayor parte de las personas condenadas a penas de privación de libertad, como autores de hechos delictivos concretos, que al tiempo presentan síntomas de presunta incapacidad, no tienen referencia alguna a dicha supuesta incapacidad, ni durante el proceso penal, ni en la sentencia condenatoria.

i. La sentencia de incapacitación

El precepto 760.1 de la LEC, dispone que “La sentencia que declare la incapacitación determinara la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciara, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”

El reconocimiento de la plausible amplitud material de las sentencias de incapacitación no resulta óbice sin embargo para que echemos en falta un extremo de vital importancia, como lo sería de *lege ferenda*, “el reconocimiento del grado de discapacidad que afecta a la persona a la que en concreto se ha incapacitado”

Aun cuando no todos los discapacitados requieren ser al propio tiempo incapacitados, resulta evidente que esta regla no se cumple si la invertimos puesto que de todas las personas incapacitadas se puede predicar algún tipo, grado o nivel de discapacidad, si tomamos en consideración que todas ellas están afectadas por una enfermedad o deficiencia que les impide el autogobierno.

La declaración de la discapacidad de las personas con su oportuna graduación se obtiene por medio de una decisión administrativa ⁸⁰ amparada en dictámenes técnicos emitidos por los órganos competentes de cada comunidad autónoma⁸¹.

1. Contenido

⁸⁰ Para un estudio sobre la revisión jurisdiccional social de las decisiones administrativas que resuelven situaciones de invalidez o que deciden sobre la incapacidad o no para el trabajo, se remite al lector al estudio ALVAREZ SACRISTAN I. “Eficacia judicial de la resolución administrativa de incapacidad para el trabajo” <*Actualidad jurídica Aranzadi*> nº 696, Enero, 2006

⁸¹ Vid, al respecto PEREÑA VICENTE, M, quien asimismo nos recuerda que los discapacitados son los únicos beneficiarios del patrimonio protegido, que regula la ley 41/2003 de 18 de noviembre, destinada, fundamentalmente, a la regulación de mecanismos de protección de estas personas, especialmente en lo que se refiere a sus bienes, favoreciendo la creación de un patrimonio destinado a la satisfacción de sus necesidades vitales, en “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado” <*Actualidad Civil*> nº 15, Septiembre 2004, pp. 1789 y ss.

La sentencia de incapacitación contendrá al menos una resolución favorable o contraria a la incapacitación con expresión especialmente en el primero de los supuestos de los motivos, razones y fundamentos jurídicos, que han impulsado al Juez a adoptar dicha resolución.

No debe olvidarse que la constitución judicial de la incapacitación se halla exclusivamente dirigida a la protección de las personas afectadas por las enfermedades o deficiencias que les impida el autogobierno. Lo cierto es que en muchas ocasiones la declaración de incapacitación resulta inconveniente pese a la apreciación de enfermedades o deficiencias que matrizan, o modulan el autogobierno. Ello es debido a que en ciertos casos resulta mas beneficioso para la persona aquejada por ciertas limitaciones, permitirle operar en el trafico con la ayuda si es preciso de ciertos familiares o instituciones tutelares, o en su caso de un tratamiento medico adecuado, que arrebatarle en todo o en gran parte una capacidad de la que hará un uso razonable. En relación con esto, la SAP de Álava de 22 de Marzo de 2004, afirmo, que el hecho de padecer una esquizofrenia no es motivo suficiente para incapacitar automáticamente a una persona, dado que los avances médicos pueden permitir hacer una vida normas siempre que se siga adecuadamente un tratamiento.

Desde cierto sector del cuerpo de fiscales⁸², que son quienes promueven la mayoría de las incapacitaciones en nuestro país, se ha advertido sobre la conveniencia de pensar antes de acudir al proceso de incapacitación las alternativas mas sencillas y eficaces, como podría serlo a modo de ejemplo la utilización de la institución de la guarda de hecho, o en su caso de las medidas cautelares revistas en el artículo 762 LEC.

El juez se pronunciará, en la sentencia de incapacitación así mismo sobre el mecanismo de guarda y protección, mas apropiado para la persona incapacitada. Si las partes hubieran solicitado el nombramiento de la persona que hubiere de ostentar el cargo tutelar entonces el juez habrá de designar a la persona que deba desempeñar dicho cargo. Finalmente el juez podrá pronunciarse eventualmente sobre la conveniencia o no de un internamiento. Ante la ausencia de una previsión legal específica, en materia de costas, para los procesos sobre la capacidad de las personas parece razonable que deba aplicarse, en

⁸² SANTOS URBANEJA F. "Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad" *Jornadas fundación aequitas*. Madrid. 2004, pp. 33 y SS.

cuanto sea posible⁸³ y pese a las características de un proceso especial, la normativa genérica contenida en los preceptos 394 a 398 de la LEC.

2. Extensión y límites de la incapacitación

La doctrina científica⁸⁴ y jurisprudencial de mediados del siglo pasado, debatieron largo y tendido sobre la conveniencia o la inoportunidad de la entonces denominada graduabilidad de la incapacitación. Este largo debate se halla superado en la actualidad ante el reconocimiento legal y expreso, no ya de dicha posibilidad de graduación, sino incluso de su pertinencia.

El juez determina por imperativo de la LEC la extensión y los límites de la incapacitación así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

La posibilidad de graduación de la incapacitación permitirá al Juez concretar en su sentencia de la manera más ajustada posible a la realidad, cual es la enfermedad o en su caso la deficiencia⁸⁵ que origina la ausencia de autogobierno con sus respectivas implicaciones en el cotidiano acontecer de la persona afectada por dicha incapacitación, así como cual ha de ser el régimen de protección al que en consecuencia habrá de quedar sometida esta persona con expresa mención de los derechos para cuyo ejercicio requerirá un complemento o sustitución de la capacidad en el futuro y por supuesto, sin merma de los restantes derechos.

La graduación de la intensidad de la enfermedad o deficiencia en la concreta capacidad volitiva o intelectual de la persona no será exclusivamente efectuada en atención a criterios objetivos que respondan a criterios médicos previamente diseñados sino también a criterios subjetivos.

⁸³ Y decimos “ En cuanto ello sea posible” porque el precepto 395 LEC, rubricado *Condena en costas en caso de allanamientos*, no será de aplicación a este tipo de procesos, donde, como es sabido, no cabe, para el presunto incapaz, la posibilidad de allanarse a la pretensión del actor.

⁸⁴ Vid. FERNANDEZ MARTIN- GRANIZO, M, quien, tras una larga disertación sobre esta cuestión, concluye que es perfecta y dogmáticamente posible construir en nuestro derecho positivo la graduación de tal incapacidad y dicha posibilidad es de aplicación no solo a los que sufren oligofrenia, sino también a los locos y dementes en general, en “La incapacitación de los locos y dementes: ¿ Es susceptible de graduación en nuestro derecho positivo?”, <Revista General de Jurisprudencia y Legislación Nº222> 1967, pp. 255 y 256

⁸⁵ MILLAN CALENTI, J.C, con LODEIRO FERNANDEZ, B.S; MARANTE MOAR, M.P, Y SEIJAS RAMOS S, *Discapacidad intelectual y envejecimiento*, Ed. Universidad de A Coruña, 2006, pp. 15 y siguientes.

En este sentido es evidente que no podrá extraerse ni siquiera de la jurisprudencia una suerte de casuística sobre las concretas incapacitaciones y su respectiva graduación enjuiciadas hasta el momento presente, por contraposición a las resoluciones declarativas de la inconveniencia de la constitución de dicha situación jurídica, de cara a la elaboración de una clasificación cerrada de supuestos a la que pudiese acudir, como si de evaluar la pérdida o dolencia de una parte del cuerpo, como consecuencia de un accidente de tráfico, se tratase. Y no es que no debe obviarse la evidencia de que una misma enfermedad o deficiencia no afecta, ello no obstante, por igual a todas las personas que la padecen, provocando, según cual sea, en cada caso, la concreta incidencia de esta específica enfermedad o deficiencia en su nivel de autogobierno, la constitución de la incapacitación, con su correspondiente graduación, o la declaración de la plena gobernabilidad.

Aun cuando la posibilidad judicial de graduación de la incapacitación merece ser calificada por múltiples razones lo cierto es que la realidad de nuestros Juzgados y tribunales, según las manifestaciones ofrecidas por los miembros del Poder judicial difícilmente se sale de los extremos del péndulo, es decir, o se concede la incapacitación total o se desestima la petición de incapacidad.

3. El régimen de protección al que debe quedar sometido el incapacitado

La sentencia contendrá el régimen de protección, al que deba quedar sometido el incapacitado, y el paralelo nombramiento de un tutor, o de un curador.

La sentencia de incapacitación habrá de pronunciarse sobre los concretos actos que la persona puede realizar por si misma y por contraposición a estos, aquellos en los que necesite la asistencia de un tutor⁸⁶ o de un curador.⁸⁷

⁸⁶ No debe olvidarse, por lo demás, tal y como advierte GONZALEZ POVEDA, P., que si bien la representación que se atribuye al tutor esta en íntima conexión con el poder de administración que corresponde al tutor, la misma no se agota en el ámbito patrimonial de la tutela, sino que se extiende a la esfera personal o extramatrimonial del tutelado, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, en los discapacitados y su protección jurídica, Estudios de derecho Judicial, nº 22, CGPJ, Madrid, 1999, p.123

⁸⁷ LOPEZ GARCIA J.F., nos recuerda, por una parte, que la figura del curador ha de identificarse con la de una persona que actúa como asesora y consejera, “Incapacitación, desamparo, y privación de la patria potestad. Apuntes profesionales de la acción social” *Artículos jurídicos de derecho.com*, p. 3

La correcta elección dependerá en buena medida el éxito de la sentencia que no vendrá destinada en exclusiva al fijar un nuevo estado civil, sino a procurar una pronta mejoría, y ésta vendrá generalmente determinada por el restablecimiento de la ausencia o insuficiencia de la capacidad de la persona en el menor tiempo posible.

El juez actuará, trazando un mapa de la capacidad de la persona. Así, el juez habrá de centrarse en la concreta capacidad, de la persona afectada por la ausencia o insuficiencia de autogobierno, como imprescindible punto de partida, al objeto de efectuar, un diagnóstico jurídico lo más ajustado posible al diagnóstico médico con la finalidad de que tan solo se prive al incapacitado de aquellas actuaciones que realmente pudieren comportar un riesgo para su persona o bienes.

El juez habrá de pronunciarse en este tipo de sentencias con carácter general sobre cuestiones ciertamente variopintas,⁸⁸ con una ponderación lo más adecuada posible a la enfermedad o deficiencia de los concretos intereses o razones a favor y en contra de cada singular concesión o denegación.

Finalmente la elección de una u otra institución de protección guardará una estrecha coherencia con el exacto nivel de inteligencia y voluntad que se reconozca en la sentencia al incapacitado, de tal suerte que entre tanto el tutor ocupara de representar a esta persona, el curador habrá de conformarse con asistirle, pero nunca suplir su voluntad,⁸⁹ lo cual se manifestara durante el tiempo que dure el estado de incapacitación.

4. Nombramiento de la persona que debe ostentar la condición de tutor o curador

La inclusión en la propia sentencia de incapacitación del nombramiento en caso de haber sido expresamente solicitado por el actor de la demanda de las personas que han de ostentar en un futuro, el cargo de tutor o curador encuentra su fundamento tanto en razones funcionales como de economía procesal.

⁸⁸ Y es tal como afirma FERNANDEZ GONZALES M.B, “La vida de una persona, la situación familiar y patrimonial anterior y posterior a la incapacitación, sobre todo de aquellos que alguna vez fueron capaces, y tuvieron una vida plena en todos los ámbitos, es de muy difícil previsión jurídica” en “La incapacitación de los ancianos en la nueva LEC”, <Actualidad civil>, nº 47, 17 a 23 de diciembre de 2001, p. 1657.

⁸⁹ ARANGONCILLO IBEAS, A, “Tutela: especial estudio de la enajenación de bienes de menores e incapacitados” en *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pp. 315 y ss.

La labor del juez se vera considerablemente reducida a la hora de elegir quien haya de ocupar el cargo tutelar como consecuencia de recientemente estrenada autotutela.

La ley 41/2003 de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria, ha introducido la institución de la autotutela, consistente, en la posibilidad atribuida a todas las personas cuando se hallan en plenitud de facultades mentales, de designar ante Notario en documento publico a la persona que deba ocupar el cargo de tutor en el supuesto de que en el futuro fuesen incapacitadas.

La posibilidad de que sea la propia persona que prevé su futura incapacitación la que designe quien haya de ostentar el cargo tutelar merece una favorable acogida especialmente tal y como se ha ocupado de señalar la exposición de motivos de la ley, en el caso de enfermedades degenerativas y progresivas en el tiempo⁹⁰.

La designación del tutor tiene prioridad o preferencia frente a las facultades generales establecidas en materia de tutela. Ahora bien la exposición de motivos de la ley establece que el juez mantendrá sin perjuicio de lo anterior, su facultad genérica de alterar el orden de delación cuando así lo convenga al interés del incapacitado siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta en el momento de la designación.

La regulación de la autotutela ha sido objeto por múltiples razones de una óptima acogida entre los distintos especialistas tanto teóricos como prácticos. Así pues, desde la entrada en vigor el juez nombrara en su sentencia al tutor o curador designado por el incapacitado en un momento en el que todavía gozaba de plena capacidad, siempre y cuando esa persona sea adecuada para asumir la función de protección que le viene atribuida por el cargo, absteniéndose en todo caso de nombrar a aquella persona o personas que el incapacitado hubiere excluido expresamente.

ii. Efectos de la sentencia

1. Eficacia ex nunc

⁹⁰ Estas enfermedades degenerativas o progresivas en el tiempo son aquellas, tal y como ha podido definir la AP de Baleares, en el Auto de 4 de Junio de 2004, cuyos síntomas van apareciendo paulatinamente.

La sentencia de incapacitación crea constituye u origina nada menos que un nuevo estado en la vida de la persona no pudiendo el juez retrotraer los efectos de este nuevo estado jurídico a un momento anterior debido al absoluto desconocimiento de la salud mental de la persona recién incapacitada durante el tiempo en el que esa persona todavía no había sido puesta a disposición judicial.

La sentencia de incapacitación produce pues a los efectos que le son propios hacia el futuro, habida cuenta de la inevitable persistencia de la enfermedad o deficiencia y tomando como siempre como punto de partida el momento en el que hubiera sido dictada.

Esto significa que los actos jurídicos realizados por el incapacitado con anterioridad a la fecha de la sentencia de incapacitación no podrán ser atacados sobre la base de dicha ulterior declaración de incapacitación debiendo limitarse o conformarse los perjudicados o de cualquier modo afectados por aquellos actos a atacarlos sobre la exclusiva base de la incapacidad de obrar natural⁹¹ coetánea al acto impugnado alegada y plenamente probada.

La sentencia de incapacitación del menor de edad no solo merece la calificación de sentencia constitutiva debido a la creación de una nueva situación jurídica, sino que incluso ha de permanecer al objeto de la producción de los efectos que le son propios a la espera de la mayoría de edad del incapacitado

2. Publicidad registral

Las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procesos sobre la capacidad de las personas se comunicarán de oficio, y así lo dispone el artículo 755.1º LEC, a los registros civiles para la practica de los asientos que correspondan. A petición de parte según prosigue el mismo precepto, se comunicarán también a cualquier otro registro a los efectos que en caso procedan.

El fundamento de esta publicidad es el de garantizar la seguridad jurídica⁹². La publicidad consiste en una anotación en el registro civil. Tal situación ha sido calificada por los especialistas como insuficiente.

⁹¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. en "La incapacitación" <Actualidad civil>, nº 1,1986, p.13

⁹² ROVIRA SUEIRO, M.E. en *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Arences, Madrid, 2005, pp. 36 y 37

Esta insuficiencia se podría solventar con el establecimiento de un sistema de acceso telemático a los libros del registro, o que la publicidad de la sentencia se reflejara en el documento nacional de identidad⁹³.

La centralización en la dirección general de registros y de notariado, de un registro en el que se inscribiesen todas las sentencias de incapacitación con el alcance de las mismas y la persona que esta nombrada para ocupar el cargo protector correspondiente, contribuiría a garantizar la seguridad de la contratación de los incapaces.

3. *Eficacia erga omnes*

El precepto 223.3º II de la LEC establece por su parte que en las sentencias sobre incapacitación la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el registro civil.

La producción de efectos *erga omnes* de las sentencias de incapacitación se traduce en esencia en que no serán los legitimados en el concreto proceso celebrado, los únicos afectados por la resolución judicial que ponga término al procedimiento, sino también las personas ajenas al mismo que de cualquier modo se relacionen en lo sucesivo con el incapacitado.

4. *Cosa juzgada.*

El precepto 761.1º de la LEC, dispone que 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.

La producción o no de los efectos materiales de la cosa juzgada dimanante de las sentencias de incapacitación ha sido objeto de una abundante literatura jurídica. Pero resulta evidente que tanto las deficiencias como la enfermedad y muy especialmente estas últimas son objeto de una continua mejoría, estabilidad, o empeoramiento, a lo largo del tiempo como consecuencia de la adecuada o inadecuada medicación y de la voluntad del enfermo, así como de otros actos. Ante tales circunstancias resulta evidente que ni el

⁹³ RIBELLES DURÁ, S. *La persona, el estado civil, y el registro civil*, Parte segunda, “Capacidad”, en *Instrucciones de derecho Privado, Tomo I, Las personas*, Ed. Civitas – thomson, Madrid, p. 157

laudable interés público general en la inmutabilidad de los procedimientos⁹⁴ ni la seguridad jurídica, ni la economía procesal motores esenciales de la cosa juzgada pueden primar frente al estado actual de quien habiendo sido incapacitado o, en otro caso, declarado capaz, se encuentra en un momento posterior en el tiempo, en una situación diferente a la que motivo aquella resolución judicial.

Y es que la particular configuración legal otorgada a cosa juzgada dimanante de las sentencias de incapacitación parece dotar a la decisión de incapacitación, de una implícita condición de *rebus sic stantibus*, toda vez que dicha decisión no se podrá someter a un nuevo juicio si todas las condiciones se mantienen, y sí podrá, sin embargo, promoverse un nuevo procedimiento de incapacitación, cuando estas hubieran cambiado, entendiéndose por tal cambio incluso los nuevos hechos dimanantes de la experiencia producida por la puesta en práctica de la incapacitación acordada.

Pero no es solo el factor temporal predicable de las sentencias definitivas y firmes de la incapacitación el que impulsa a afirmar su evidente tributo de cosa juzgada material y formal, sino también la imprescindible eficacia positiva de la cosa juzgada que cobra en estos procedimientos una indudable envergadura.

Este efecto positivo predicable de la cosa juzgada que caracteriza a las sentencias dimanantes de este tipo de procesos se refiere al deber de vinculación del juez que conozca de un proceso posterior, a lo resulto con fuerza de cosa juzgada en el proceso anterior sino ante un objeto litigioso que debidamente enjuiciado en sentencia firme aparezca como antecedente lógico, y según la doctrina⁹⁵, prejudicial del objeto pendiente de resolución.

La preclusión de la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos contenida en el precepto 400 LEC no parece que pueda aplicarse a los procesos sobre la capacidad de las personas. Y ello es así debido no solo a la evidenciable superioridad del orden público e interés general en la protección de las personas inherente en este tipo de procesos frente a la seguridad jurídica, sino también a la evidencia de que la aparición en un segundo proceso

⁹⁴ Tal y como expreso, FERNANDEZ, M, A, “ El interés público general en la inmutabilidad de los pronunciamientos, cede aquí ante la eventual lesión de un derecho a la libertad o seguridad jurídica, en *Derecho procesal civil*, Volumen IV, *Los procesos especiales*, 4ª. Ed. Cuera, Madrid, 1996, pp. 218 y 219.

⁹⁵ CALAZA LÓPEZ “La cosa juzgada en el proceso civil y penal” *Boletín de la facultad de derecho*. nº24 UNED. p .144

de incapacitación de hechos de nueva noticia y en su caso de nuevo conocimiento que no hubieran sido alegados en un proceso anterior también de incapacitación constituiría precisamente un cambio de las circunstancias que motivaron la sentencia anterior, y por tanto sería susceptible de un nuevo enjuiciamiento.

Cuando la LEC, alude a las circunstancias que han de incurrir para la promoción de un nuevo proceso que tenga en esencia por objeto modificar el contenido de la sentencia dimanante de un proceso anterior, lógicamente se está refiriendo a las modificaciones en la conducta, voluntad, inteligencia, y gobierno del futuro del declarado capaz, o en su caso incapacitado, como consecuencia de este último supuesto, la mayor parte de las veces, de los efectos beneficiosos o perjudiciales del tratamiento médico al que se han sometido. La apreciación de las nuevas circunstancias corresponde al juez.

g. Proceso de reintegración

El artículo 761 LEC dispone que “La *sentencia de incapacitación 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*” Este proceso es consecuencia de la graduabilidad de la incapacitación reconocida en el artículo 760.1 de la LEC y de la introducción de la curatela como órgano de guarda alternativo a la tutela⁹⁶. Parte como presupuesto de la existencia de “nuevas circunstancias” que sobrevengan con posterioridad a la declaración de incapacitación. De manera que un cambio en la situación jurídica del declarado incapacitado o del que no la ha sido consecuencia de una variabilidad en la evolución de su enfermedad o deficiencia, o en su estado de salud que pueda dar lugar o bien a que el incapacitado llegue a sanar totalmente y se le reintegre su capacidad, o bien a que tales enfermedades o deficiencias se hayan agravado extendiendo el ámbito de actuación del órgano de guarda, o en fin, a que haya comenzado su aparición, mermando con ello paulatinamente la salud de la persona, exige una revisabilidad de aquella.

No pueden considerarse como nuevas circunstancias, aquellas anteriores que el juez no llegó a conocer, como tampoco el hecho de haber alcanzado el incapacitado la mayoría de edad, si no va acompañado de algo más que demuestre la adquisición de capacidad. Sin embargo, si es dable estimar que el proceso de modificación tiene como finalidad única y

⁹⁶ GUILLARTE MARTIN – CALERO C., *Los procesos sobre capacidad de las personas*, op, cit, p 1179

exclusiva la adecuación entre capacidad real del individuo, y la declaración oficial que existe sobre la misma⁹⁷.

No implica que la primera sentencia carezca del efecto de cosa juzgada, sino simplemente que las condiciones que llevaron a fijar una incapacitación se han transformado y dan lugar a la apertura de un nuevo proceso cuyo objetivo será diferente al primero. En cuanto al tipo de proceso no hay duda que habrá de ser el mismo que se utilizó en el primer proceso de incapacitación: el juicio verbal (artículo 753 LEC). En él es preciso alegar los hechos nuevos sirviendo como base la experiencia producida por la puesta en práctica de la incapacitación acordada⁹⁸.

Por lo que se refiere a la competencia, resulta competente el juez de residencia del incapacitado. Están legitimados activamente para promover el procedimiento, las personas enumeradas en el artículo 757.1 LEC. Se amplía el círculo de legitimados a quienes son los órganos tutelares, pero asimismo, se elimina el carácter subsidiario de la actuación del Ministerio Fiscal ya que no debe esperar a que se produzca la inactividad de los parientes del incapacitado y en fin la actuación de todos los legitimados en orden a la promoción del procedimiento se establece de forma alternativa, sin orden de prelación, y sin que deban constituir un litis consorcio activo necesario⁹⁹.

El artículo 761.2 LEC emplea la expresión “Corresponde formular la petición” lo que significa en orden a la promoción de este procedimiento un deber impuesto por razón del cargo que ocupa en el caso de ser la tutela el órgano de guarda establecido en la sentencia de incapacitación inicial. Y en fin, al ministerio fiscal le alcanza igualmente la obligación de promover el proceso, no así al resto de personas legitimadas, quienes en todo caso, estarían facultados.

El reconocimiento de legitimación al incapaz se sustenta no solo en la capacidad para ser parte sino también en la capacidad procesal para actuar validamente en juicio. Su

⁹⁷ PEREZ ALGAR. F *La incapacitación...* op. cit, p.97; GETE – ALONSO Y CALERA M^a C *La nueva normativa en materia de capacidad.* op. cit. p. 279

⁹⁸ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON L. “Comentario al artículo 212 del Código Civil” en *Comentarios y reformas de la nacionalidad y tutela.* op. cit. p 211

⁹⁹ MARIMON DURÁ M,C “ Comentario al artículo 761 de la LEC” en *el proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia, y formularios,* op cit p 6280

actuación en el proceso puede ser por medio de sus representantes legales, o curador, o bien por un defensor judicial en el caso de conflicto de intereses.

En todo caso, el incapacitado salvo que se opusiera a la reintegración de su propia incapacidad no parece que deba ser demandado pues no resulta lógico que nadie pretenda su condena a recuperar la capacidad. No obstante si la demanda la plantea aquel o cualquiera de los otros legitimados se dirigirá la demanda contra el Ministerio Fiscal salvo que actué como parte demandante¹⁰⁰.

En la sustanciación del proceso se impone para obviar cualquier duda la práctica de oficio de las pruebas recogidas en el artículo 759 de la LEC, tanto en la primera instancia como en la segunda. Por supuesto todo ello sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia de parte o de las que el juez o tribunal estime conveniente acordar.

Finalmente la sentencia que se dicte en estos casos habrá de pronunciarse sobre si deja sin efecto la incapacitación reintegrando en consecuencia al incapaz en su plena capacidad de obrar; si la mantiene en los mismos términos de la sentencia de cuya modificación se pretende; y por último, si la modifica, reconociendo al incapacitado un mayor o menor ámbito de actuación, pero dentro del regimen establecido en la sentencia de incapacitación; o variando dicho regimen de representación, sustituyendo la tutela por curatela o viceversa, según el grado de discernimiento que se aprecie.

h. Medidas cautelares

En cuanto a las medidas cautelares el artículo 762 de la LEC regula la posibilidad de adopción de medidas cautelares en la esfera del proceso de incapacitación. La finalidad de tales medidas descansa en la necesidad de salvaguardar la persona y los bienes del sujeto que aparentemente este afectado por una causa de incapacitación y no puede esperar al transcurso del tiempo que requiere la tramitación del proceso de incapacitación a cuyo término la situación personal y patrimonial quedara amparada¹⁰¹. Se trata de evitarle los perjuicios que el o incluso terceros pudiera sufrir si se demora la adopción de restricciones a la libertad de acción. Deben tener por tanto en su adopción como principal interesado al

¹⁰⁰ BANACLOCHE PALAO J “Comentario *al artículo 761 de la LEC*” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit. p. 1284

¹⁰¹ HUERTAS MARTIN. I *El proceso de incapacitación...* op. cit. P.157

supuesto incapaz, no tratándose en modo alguno de favorecer la posición del demandante en relación con la efectividad de la sentencia de incapacitación que en su día pudo dictarse.

En aplicación del principio de oficialidad, se faculta al órgano jurisdiccional competente a la adopción de oficio de estas medidas¹⁰². De este modo cuando tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación adoptará las medidas que considere adecuadas para la protección de la persona o patrimonio del presunto incapaz dando cuenta de ello al Ministerio fiscal para que de apreciarlo procedente, promueva el correspondiente proceso de incapacitación (artículo 762.1 LEC); actuación que no puede llevarla a cabo el juzgador de oficio. También puede en el mismo caso el Ministerio fiscal solicitar del Juez la adopción inmediata de dichas medidas. Se trata pues de medidas previas al proceso de incapacitación pero no separadas del mismo por cuanto el conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación determina la iniciación de aquel¹⁰³.

Cabe que estas medidas puedan acordarse en cualquier estado del procedimiento tanto de oficio como a instancia de parte según dispone el 762.2 LEC. De forma que podrán ser solicitadas por las personas legitimadas activamente para iniciar el proceso de incapacitación; e incluso por el presunto incapaz, como posible actor de demanda reconvenzional¹⁰⁴.

En todo caso cuando las medidas sean solicitadas por el Ministerio Fiscal o a instancia de parte se deberá justificar el peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho, que en este proceso se materializan en la necesidad de pronta protección de la persona o patrimonio del presunto incapaz, y en el aportación de un principio de prueba sobre la propia incapacidad; y asimismo que se cumple la idoneidad y mínima intervención que caracteriza a cualquier medida cautelar.

¹⁰² El tribunal competente para la adopción de medidas cautelares, será, como establece el artículo 756 de la LEC, el del lugar de residencia del presunto incapaz. Si se considera territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, ordenar en prevención aquella medida cautelares que resulten mas urgentes , remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente (artículo 725.2 LEC)

¹⁰³ GUILARTE MARTIN CALERO C. *Los procesos sobre capacidad*, op, cit, p 1167

¹⁰⁴ DIEZ PICAZO GIMENEZ I. “Los procesos civiles especiales” *en Derecho procesal civil*, op cit p 425. En sentido contrario, se pronuncia APARICIO AUÑON E, “En comentario al artículo 762 de la LEC” *en Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. op cit. p 4024

En cuanto a las posibles medidas a adoptar no se establece una enumeración exhaustiva de las mismas porque quedan al arbitrio judicial y su amplitud se encuentra únicamente el límite de la adecuación a la protección e interés del presunto incapaz¹⁰⁵. De acuerdo con la doctrina de aquellas pueden ser de carácter personal, es decir, que tengan por objeto inmediato y directo a la persona, o de carácter patrimonial, tendentes a asegurar o garantizar la integridad y buena administración del patrimonio del presunto incapaz. Entre las primeras, hay que destacar las que afectan a la libertad personal, como el internamiento, el nombramiento de un defensor judicial, la designación de la persona o personas a cuyo cuidado ha de quedar sometido el presunto incapaz, y cualquier otra medida que se advierta necesaria por el juez en cada caso. Entre las segundas esta el nombramiento de administrador, intervención judicial de bienes productivos, depósito de muebles, formación de inventario, anotación preventiva de demanda en el registro civil, de la propiedad o mercantil, siempre que el proceso ya se haya iniciado, entre otras muchas¹⁰⁶.

En relación con el procedimiento que debe seguirse para decidir si se acuerda o no una medida cautelar, la LEC arbitra un proceso autónomo para una adopción que no es propiamente el de las medidas cautelares urgentes en general puesto que el artículo 762.3 LEC establece como regla que las medidas cautelares a las que alude el precepto se acordaran previa audiencia de las personas afectadas entendiendo por tales las aludidas en los artículos 757 y 759.2 de la LEC por tanto se está refiriendo al cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los parientes más próximos del presunto incapaz el presunto incapaz, si tuviere suficiente juicio, el Ministerio Fiscal y las demás personas que el tribunal considere oportuno. El citado precepto declara aplicable a este procedimiento lo establecido en los artículos 734, 735, y 736 de la misma ley, que regulan la vista en que se debate si procede o no acordar una medida cautelar de manera que el tribunal mediante providencia en el plazo de cinco días contados desde la notificación de aquella a las partes, convocará a estas a una vista que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que podrán exponer lo que convenga a derecho practicándose las pruebas que se consideren pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares¹⁰⁷. Terminada la vista el

¹⁰⁵ ROCA GUILLAMON J. “Comentario al artículo 203 del CC” en *Comentarios al CC, TI* Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 640

¹⁰⁶ Sus particularidades al aplicarse al proceso de incapacitación aparecen detalladas en APARICIO AUÑÓN E. “Comentarios al artículo 762 de la LEC” en *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, op, cit, 4028 – 4032

¹⁰⁷ El tribunal podrá acordar de oficio la práctica de la que considere conducente a la comprobación de la necesidad de adopción de la medida cautelar que se trate. Pero, si se trata de la medida de internamiento, el tribunal debe practicar imperativamente las pruebas que señala el artículo 763 de la LEC.

tribunal en el plazo de 5 días decidirá mediante auto sobre el acuerdo de tales medidas cautelares. Contra ese auto cabe recurso de apelación.

Si estas medidas han sido tomadas sin la audiencia del presunto incapaz cabe que el mismo formule oposición que tendrá lugar a los veinte días contados desde la notificación del auto acordando las medidas. Como causa de oposición podrá esgrimirse “Cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas sin limitación alguna” También podrá ofrecer caución sustitutoria, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 746 y 747 de la LEC. Finalmente el trámite para la misma se encuentra previsto en el artículo 741 LEC en relación con el artículo 734 LEC. Celebrada la vista el tribunal en el plazo de 5 días decidirá en forma de auto sobre la oposición. Si se mantuvieran las medidas cautelares acordadas se condenará al opositor a las costas por oposición, si se alzaren las medias, se condenara al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que éste haya producido. El auto en que se decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo.

En la actual regulación no existe un límite de vigencia fijado específicamente en el artículo 762 LEC en relación precisamente con la posibilidad del Ministerio fiscal de instar la iniciación del proceso, pero si puede y debe fijarse en lo referente a la subsistencia de las medidas protectoras; de ahí que proceda aplicar lo que preceptúa con carácter general el artículo 730 LEC en cuanto dispone que las medias adoptadas con carácter previo quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció la solicitud en el plazo de veinte días siguientes a su adopción.

i. Recursos

El primer requisito de imprescindible cumplimiento para la interposición de los recursos de apelación y en su caso de casación viene referido a la imprescindible legitimación de las partes de tal suerte que tan solo podrán interponer aquellos recursos quienes habiendo sido parte en los procedimientos precedentes hubieran visto rechazadas en todo o en parte sus respectivas pretensiones con el consiguiente perjuicio o gravamen dimanante de la resolución judicial.

El incapacitado podrá interponer contra la sentencia firme que declare su incapacitación recurso de apelación. Y ello con independencia de su actitud favorable o contraria a la declaración de incapacitación durante la primera instancia.

Esta apelación constituirá un nuevo juicio presidido¹⁰⁸ por el principio de inmediación que el órgano ad quem no necesitaría siquiera mirar lo resuelto por el órgano a quo si no fuera porque hay que confirmar o revocar la decisión anterior.

El único legitimado pasivo es el presunto incapaz siendo esta cualidad subjetiva imprescindible para interponer un recurso frente a la resolución judicial que constituyera su incapacidad de tal suerte que frente a las sentencias constitutivas de incapacitación o en su caso de prodigalidad tan solo podrán presentar el recurso de apelación y concluida la segunda instancia, el de casación quienes hubieran sido declarados incapaces por sentencia judicial.

i. La segunda instancia en los procesos de incapacitación

Si la sentencia que decide sobre la incapacitación fuera apelada se ordenará conforme indica el precepto 759.3º LEC, también de oficio en la segunda instancia, la practica de la pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores, y que son el interrogatorio de los parientes mas próximos, el interrogatorio del presunto incapaz si tuviere suficiente juicio, el interrogatorio de las personas que el tribunal considere oportuno, y los dictámenes periciales médicos.

La práctica de las pruebas preceptivas en apelación habrá de decretarse no solo con independencia de cual sea el sentido de la sentencia dictada en primera instancia sino también de cual sea el rumbo que previsiblemente adopte coincidente o divergente con aquella primera sentencia, la sentencia de apelación. Así el actor podrá interponer un recurso de apelación frente a la sentencia que declare la plena capacidad del demandado y este último por su parte podrá interponer idéntico recurso frente a la sentencia que declare la incapacitación, debiendo la audiencia provincial en ambos supuestos decretar de oficio la práctica de las audiencias y pruebas legalmente calificadas perceptivas.

¹⁰⁸ Vid, en este sentido en la SAP de Madrid de 9 de Marzo de 2006

El fundamento de la práctica de la prueba en la segunda instancia de los procesos de incapacitación como excepción a nuestro sistema de apelación limitada reside fundamentalmente en dos tipos de razones: de un lado la necesaria intermediación judicial y de otro en la importancia del factor temporal.

La primera de estas cuestiones se refiere a que cuando el juez adopta una primera resolución sobre la capacidad o ausencia de capacidad de autogobierno de una persona, habrá de fundarse en el resultado de la prueba practicada en su presencia. Si el juez de primera instancia ha de fundar su sentencia en las pruebas practicadas no parece razonable que la audiencia provincial deba confirmar o en su caso revocar dicha sentencia con base en el resultado de unas pruebas que no podrán ser reproducidas ante sus magistrados.

El factor tiempo cobra una gran importancia en este tipo de procesos. Puede suceder que a lo largo de la tramitación de primera instancia una persona incapaz recobre lucidez y también puede acontecer todo lo contrario. En ambos casos el juez habrá de aproximarse al dictar la sentencia al estado correspondiente al último momento de la vida del presunto incapaz. Si no es anormal que se produzca esta circunstancia durante la primera instancia, la probabilidad de que acontezca desde la demanda correspondiente a aquella instancia hasta el momento final de la apelación, se acrecienta considerablemente. Así los magistrados de la audiencia provincial, a la que corresponda conocer en apelación de la sentencia que declare la plena capacidad o en su caso la incapacitación de una persona, habrán de fundar su sentencia, no solo en unas pruebas que hayan sido practicadas en su presencia, sino también en el momento inmediatamente anterior a la sentencia.

La prohibición de la *reformatio in peius* que rige con carácter general de las sentencias dictadas en apelaciones civiles no es aplicable a los procesos de incapacitación. Además hay que advertir que cuando la sentencia contuviera varios pronunciamientos la impugnación de uno de ellos supone la firmeza de los restantes¹⁰⁹.

ii. El recurso de casación

El derecho de los recursos presupone no solo el derecho a la doble instancia o apelación sino también a la eventual utilización de todos los recursos previstos en nuestras

¹⁰⁹ CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid, 2007, pp. 227

leyes de procedimiento. De ahí que contra las sentencias dictadas en la segunda instancia por las audiencias provinciales queda todavía interponer el recurso de casación ante el tribunal supremo.

Las razones aducidas en el apartado anterior a propósito de la necesaria practica de la prueba con inmediación en la apelación no parecen igualmente válidas para su observancia en la casación de tal suerte que el Tribunal Supremo debiera cuando conozca de las sentencias dictadas en apelación frente a los procesos de incapacitación casar las sentencias dictadas en la segunda instancia con ausencia o deficiencia de la practica de las pruebas preceptivas requeridas para fundar su fallo¹¹⁰.

j. Ejecución

El internamiento de los presuntos incapaces venía regulado en un decreto de 3 de julio de 1931, que sometía el ingreso a un control administrativo. Como en muchos casos tal internamiento se convertía en una incapacitación “De facto”, y en una verdadera prisión a la que se llegaba sin intervención judicial, la doctrina reclamó reiteradamente su derogación y el establecimiento de un control judicial, que es precisamente lo que hizo la Ley 13/1983, sobre la tutela, que estableció una regulación cuyas líneas fundamentales mantiene la LEC, que dispone en el artículo 763, que:

“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque este sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento”

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiese producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se procesa a la perceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal¹¹¹

Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión judicial, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.

¹¹⁰ CABRERA MERCADO, R, opina que “La búsqueda de la verdad se limita únicamente hasta el momento correspondiente a la segunda instancia. Mas arriba, en casación, no se permiten investigaciones, so pena de convertir la casación en una tercer instancia” “El proceso de incapacitación”, *en Los discapacitados y su protección jurídica*. Estudios de derecho judicial, nº 22, Consejo general del poder Judicial – consejo general del notariado, Madrid, 1999, p.224

¹¹¹ ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed, Ed, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2003

Además sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos previstos para los demandados de incapacitación.¹¹²

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresara la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

¹¹² CASTRO GARCÍA, “Procesos de incapacitación introducidos en el Código Civil por la reforma del Código Civil en materia de tutela” en las *Jornadas de Derecho procesal*, Madrid. 1984

5) CONCLUSIONES

En primer lugar hay que hacer unas pequeñas conclusiones sobre todos los aspectos relativos a la incapacitación. En primer lugar, la capacidad de una persona es la regla, siendo la incapacidad la excepción. Toda persona es capaz en el ámbito jurídico, hasta que se destruya la presunción de su capacidad, por medio de las pruebas antes expuestas.

En segundo lugar, no hay que olvidar que la declaración de incapacidad es una decisión judicial, por la que se establece que la persona afectada carece de aptitud para autogobernarse, suponiendo en consecuencia la privación de la capacidad de obrar de una persona física mediante una sentencia.

En tercer lugar, los requisitos determinantes de la declaración de incapacidad vienen referidos:

- a) A que la persona respecto de la cual se solicita padezca una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que sea permanencial, que merme la personalidad, la deteriore o amortigüe, con efectos en la capacidad volitiva e intelectual, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuencias.
- b) Que la enfermedad o deficiencia sea persistente, idea mantenida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Este requisito es muy importante porque trata de atender a la protección no ocasional de la persona enferma, mediante un órgano de guarda y tutela.
- c) Que la enfermedad o deficiencia impidan a la persona gobernarse por si misma, criterio éste reforzado por nuestro CC. Este requisito aúna a otros dos: que la enfermedad o deficiencia, efectivamente incida en la conducta de la persona, y que esa incidencia sea de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su patrimonio.

Por ultimo hay que señalar que la declaración de incapacidad puede ser total o parcial. Es total cuando existe una incapacidad absoluta para regir la persona y bienes. En cambio es parcial, cuando solamente se va a producir una limitación, más o menos extensa de la capacidad.

6) BIBLIOGRAFIA

HEREDIA PUENTE. M. Y FABREGA RUIZ. C, “Protección legal de los incapaces” Colex, Madrid, 1998.

CORTES DOMINGUEZ V. *La constitución española y los principios rectores del proceso civil*. Cuaderno de derecho judicial, CGPJ, Madrid 1993

ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed, Ed, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2003

BANACLOCHE PALAO J. “Comentario al artículo 756 de la LEC” en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*. 2001.

SANCHO GARGALLO I. “Comentario al artículo 756 de la LEC”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Atelier 2000

MORA MATEO J. E. “Comentario al artículo 756 de la LEC” en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Dykinson 2000

MAJADA PLANALLES A. *La incapacitación, la tutela, y sus formularios*. Barcelona 1985.

LETE DEL RIO J.M. *El proceso de incapacitación*. Madrid, 1996

MARTIN GRANIZO *Comentarios al CC*, con ALBACAR, Ed. Trivium, Madrid.

CASTRO GARCÍA, “Procesos de incapacitación introducidos en el Código Civil por la reforma del Código Civil en materia de tutela” en las *Jornadas de Derecho procesal*, Madrid. 1984

PARRA LUCAN, en *Curso de derecho civil*. Vol. I Madrid 1996.

TOMÉ PAULE J, y MARQUEZ CARRASCO R., *Procesos especiales y especialidades procesales de la nueva ley de enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia. Formularios de demandas*, Colex, Madrid, 2001

DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON L. “Comentario al artículo 208 del CC” en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid 1996

FERNANDEZ ARANAZ G. *Discapacidad intelectual y derecho*. Madrid 2004

SANTOS URBANEJA F. “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad” *Jornadas fundación aequitas*. Madrid. 2004

ROVIRA SUEIRO, M.E. en *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Arences, Madrid, 2005

RIBELLES DURÁ, S. *La persona, el estado civil, y el registro civil*, Parte segunda, “Capacidad”, en *Instrucciones de derecho Privado, Tomo I, Las personas*, Ed. Civitas – thomson, Madrid

HUERTAS MARTIN I. *El proceso de incapacitación en la ley 1/2000 de enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*. Comares, Granada, 2002.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. *Incapacitación y tutela*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Capacidad, incapacidad, e incapacitación*. Madrid: Editorial Reus. S.A, 2013

CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid: Iustel, 2007

LAFUENTE TORRALBA, Alberto José. *Cuestiones de reforma de la incapacitación judicial*. REDUR 10, diciembre 2012. PP 123 – 143

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *De nuevo sobre el proceso de incapacitación*. *Revista de derecho procesal*, 2005. PP 1 – 100

AA.VV *Los procesos civiles, en comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, coordinados por GARBERÍ LLOBREGAT, J. Tomo 5, Ed. Bosh, Barcelona, 2001