

LOS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN Y DE
REINTEGRACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA
INCAPACIDAD DECLARADA EN LA NUEVA
LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

“Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de
Enjuiciamiento Civil”

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Víctor Valcarce Ruiz
-Abogado-
Universidad Autónoma de Madrid

I.- INTRODUCCIÓN.

El hombre y la vida social son la razón del Derecho, pues sin hombres y sin vida social, el Derecho no puede cumplir su función de la organización justa de la convivencia.

Desde el punto de vista jurídico, ha de sostenerse que todo hombre es persona. La personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre, que el Derecho no tiene más remedio que reconocer. JUAN XXIII, en su encíclica "*Pacem in terris*", dice exactamente: "*En toda humana convivencia bien organizada y fecunda, hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre*".

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, al trasladar al orden jurídico ese reconocimiento al hombre como persona, afirma que no basta con reconocerle la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones, de relaciones jurídicas, pues ello sería minimizar el concepto, sino que las normas jurídicas han de darse y desarrollarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos. Por lo tanto, la existencia del reconocimiento de la persona, condiciona la misma producción de la persona y su desarrollo.

En España, la Constitución de 1.978, recoge en su artículo 10, el valor central que posee la persona: "*La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social*". Por ello, todas las leyes civiles posteriores a dicha Norma Fundamental, aparecen fuertemente influidas por aquellos principios.

El Código Civil también fue consciente de ello, como no podía ser menos, dada la ideología liberal en que se desenvuelve la codificación, y dedica su Libro I a tratar “De las personas”. Sin embargo, sus normas eran incompletas en grado sumo, como en las codificaciones del siglo XIX, pues lo que se refería a la persona en sí misma considerada, sus derechos y libertades fundamentales, se relegaba al ámbito constitucional, más programático que efectivo jurídicamente.

II.- LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.

El ordenamiento jurídico reconoce, ante todo y sobre todo, capacidad a la persona, la cual, prescindiendo de las llamadas “capacidades especiales”, que nos limitaremos a enumerar más adelante, puede ser jurídica y de obrar.

La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica, siendo ésta por tanto en este sentido, un atributo o cualidad esencial de aquélla, reflejo de su dignidad.

La capacidad de obrar en cambio, es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada, si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia, actos o negocios jurídicos, o algún tipo de ellos.

La capacidad de obrar se presume plena como principio general, como corresponde al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, las limitaciones han de ser expresamente establecidas (por ley o sentencia), y han de interpretarse, en caso de duda, de modo restrictivo, conforme tiene establecido reiteradamente el Tribunal Supremo.

La capacidad de obrar plena, se refiere de una manera indeterminada al conjunto de actos y negocios jurídicos que puede realizar una persona. Ocurre, sin embargo, que la peculiar naturaleza de algunos de ellos, puede exigir determinadas condiciones de aptitud, generalmente concretadas en la posesión de una determinada edad mayor que la señalada para la adquisición de la plena capacidad de obrar (por ejemplo, para adoptar, art. 175.1 del Código Civil). Se habla entonces de una “capacidad especial”. El no tenerla, no significa que la persona vea su capacidad de obrar limitada, ni mucho menos que sea un incapacitado, simplemente, no podrá realizar eficazmente el acto o negocio para el que se exige.

En algunos casos, el ordenamiento jurídico prohíbe que ciertas personas, que se encuentran en determinada situación o circunstancias, realicen concretos actos jurídicos. Por ejemplo, el art. 1.459 del Código Civil, establece una serie de prohibiciones para comprar bienes, que afectan a determinadas personas. La doctrina civilista se ha planteado así el problema de distinguir entre las limitaciones de la capacidad de obrar, y los impedimentos para realizar un acto jurídico, resultantes de una prohibición legal. A juicio de DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, GULLÓN BALLESTEROS y BERCOVITZ, entre muchos otros, la incapacidad o la limitación de la capacidad, está en función del estado civil, es general, mientras que la prohibición, que siempre ha de interpretarse de forma restrictiva, afecta a actos jurídicos concretos en los que concurren determinadas circunstancias, presuponiendo la capacidad para realizarlos. Así, siguiendo con el ejemplo del art. 1.459, diremos que las prohibiciones que contiene, se refieren solo al negocio jurídico de la compraventa, y afecta únicamente a las personas que ostenten los cargos que en dicho precepto se menciona.

En cuanto a las limitaciones a la capacidad de obrar, que hoy reconoce el Derecho, son la menor edad, y la falta de aptitud de la persona para gobernarse, que dan lugar a los estados civiles de la menor edad e incapacitación, respectivamente. La falta de una plena capacidad de obrar, no significa que el ordenamiento jurídico se desentienda de la protección de los intereses y derechos del que la sufre. Establece por el contrario, normas

apropiadas a estos fines, instituyendo la representación legal del incapacitado (patria potestad, tutor), o exigiendo un complemento de su capacidad (v.gr. autorización de los padres del menor emancipado, para que éste pueda vender o gravar bienes inmuebles).

Puesto que el objeto de este trabajo, es el estudio del procedimiento de incapacitación, que como hemos apuntado, da lugar a un concreto estado civil, antes de adentrarnos en dicho núcleo, vamos a realizar una última parada antes de finalizar con estos apuntes introductorios, en el estado civil de la persona.

III.- EL ESTADO CIVIL DE LA PERSONA.

Aunque corrientemente se tiende equivocadamente a asimilar el estado civil de la persona con el matrimonio, aquella institución jurídica trasciende de ésta, ello pese a que en nuestro ordenamiento, no se nos da una definición de dicho concepto. Si todas las personas poseen las misma capacidad jurídica, pero no la misma capacidad de obrar, ello obedece a cualidades personales que hacen que la persona viva o esté en la comunidad de una manera diferente respecto de otra en que no concurren. Así, el menor de edad o el incapacitado, por ejemplo, viven, o están sometidos en mayor o menor grado al poder de otra persona (patria potestad, tutela, curatela), mientras que el mayor de edad, vive con completa independencia. Por otra parte, las cualidades configurativas del estado civil, poseen un cierto carácter de permanencia y estabilidad, opuesto a lo instantáneo o transitorio. De ahí que el artículo 200 del Código Civil, cuando señala como causas de la incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a una persona gobernarse por sí misma, exige que sean persistentes.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN, estiman como estados civiles, los siguientes: la nacionalidad y la vecindad, el matrimonio, la edad y la incapacitación, que se origina en cuanto la autoridad judicial declara incapaz en una sentencia a una

persona, por concurrir en ella las circunstancias que antes citamos y que de nuevo veremos más adelante. Esta enumeración gira en torno a la idea de los caracteres del estado civil. Así los citados autores afirman, y nosotros con ellos, que el estado civil es cualidad propia de toda persona: todos tenemos un estado civil, protegido por el Código Penal, o por el artículo 1.902 del Código Civil, si la conducta no está tipificada penalmente, pero causa daño. Ello no implica que una persona solo tenga un estado civil, pues es posible que confluyan varios (casado, mayor de edad, español, etc.)

En segundo lugar, destacan los autores como característica del estado civil, que se trata de materia de orden público, en tanto que fija el puesto de la persona en la sociedad, y por lo tanto, queda sustraído al juego de la autonomía de la voluntad, es indisponible, y corresponde al Ministerio Fiscal *“tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil”* (art. 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Por ello, los conflictos sobre el estado civil, no pueden dirimirse ni mediante la transacción, ni mediante el arbitraje.

Como tercer característica, nos encontramos con que el estado civil surte eficacia *“erga omnes”*.

Finalmente, debemos poner de manifiesto que la normativa legal sobre el estado civil, ostenta un carácter manifiestamente imperativo. Es sólo el legislador quien establece las causas por las que se adquiere o pierde un estado civil, o se puede modificar, lo mismo que sus efectos.

IV.- LA INCAPACITACIÓN.

Como hemos visto, la incapacidad es un estado civil de la persona física, que se declara judicialmente, cuando concurre en ella, alguna de las causas establecidas por la Ley. El mismo término de *“incapacitación”*, suscita la idea de algo externo a la persona, que no es otra cosa que la declaración

judicial, resultado de un procedimiento seguido para alcanzarla. El loco, por ejemplo, no cambia su estado civil de capaz, por el de incapaz, hasta que no termine el procedimiento judicial. En tal sentido, dice el artículo 199 del Código Civil, que *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de la causas establecidas en la Ley”*, las cuales se expresan con fórmula muy amplia en el artículo 200: *“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*. De lo anterior, se deduce con meridiana claridad, que la incapacitación es el resultado de un procedimiento necesariamente judicial, que termina por sentencia. Con ello, se rinde tributo a la regla general de la presunción de capacidad, la cual exige prueba concluyente en contrario que acredite, a juicio del Juez o Tribunal, la incapacidad cuya declaración se pretende; y a la vez, se da cumplimiento a las declaraciones contenidas en la Constitución, acerca del “principio de legalidad” (art. 9.3), “dignidad de la persona” (art. 10), “derecho a la libertad” (art. 17), “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (art. 49), y “tutela judicial efectiva” (art. 24). Es decir, la incapacitación debe fundarse siempre en el beneficio e interés de la persona afectada por la minusvalía, enfermedad o deficiencia.

El estado civil de incapaz supone, en lo que respecta a la capacidad de obrar de la persona, una limitación de la misma, pero no idéntica para todos los incapaces. Dicha limitación de la capacidad que sufre el incapacitado, ha de ser necesariamente sustituida o completada por otra persona: el tutor o el curador. El primero sule a la propia persona del incapacitado con su actuación, puesto que es su representante legal, salvo para aquellos actos en que éste último pueda obrar por sí solo, por disposición expresa de la ley, o de la sentencia de incapacitación (art. 267 del Código Civil), y administra como norma general su patrimonio (art. 270). El curador, en cambio, es un cargo de alcance mucho más limitado, pues no sule a la persona del incapacitado, es decir, no puede actuar por él a modo de representante, ni administra su patrimonio, sino que le asiste para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia de incapacitación (art. 287 del Código Civil).

V.- EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN.

Antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicaba al procedimiento de incapacitación, las normas del juicio declarativo de menor cuantía, no admitiéndose el allanamiento a la demanda ni la transacción. Así lo estableció la Disposición Adicional de la Ley de reforma del Código Civil de 24 de octubre de 1.983, entre tanto no se procediera a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algún sector doctrinal encontraba criticable la remisión a un procedimiento largo, costoso y proyectado inicialmente para otro tipo de cuestiones, sobre todo en aquellos casos en que pudieran existir razones de urgencia, señalando que hubiera sido más conveniente una declaración sumaria de la incapacidad, utilizándose la vía de la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, consideramos con MORENO CATENA, que un proceso de naturaleza contenciosa y plenario, como el menor cuantía, si bien se cede en brevedad, priman las garantías del justiciable, evitando por un lado el seguimiento de un proceso posterior al de reconocimiento sumario, y por otro la inconstitucionalidad de una resolución judicial, dictada con posible menoscabo u olvido de garantías constitucionales, reconocidas como derechos fundamentales.

Con posterioridad, la Ley de 6 de agosto de 1.984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consolidó lo dispuesto en la Ley de reforma del Código Civil de 1.983, sobre el tipo de procedimiento, ya que a tenor del art. 482.2 de la Ley de 1.881, se decidirían en juicio de menor cuantía las demandas relativas a la capacidad y estado civil de la persona, no admitiéndose la petición de conciliación (art. 460.2.2 de la LEC derogada).

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, ha puesto fin a esta situación que en su propia Exposición de Motivos tacha de “deplorable”, trayendo a una Ley procesal común “lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de las disposiciones superlativamente dispersas oscuras o problemáticas” (apartado XIX, párrafo 2º), regulando en el Libro IV, Título I, los procesos especiales sobre “capacidad, filiación, matrimonio y

menores”, en el que dedica el Capítulo I a las “disposiciones generales “ o comunes a todos estos procesos (arts. 748 a 755), ocupándose el Capítulo II, de los procesos sobre “capacidad de las personas”.

A.- TRAMITACIÓN.

El art. 753 establece que “salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se substanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el art. 405 de la presente ley”.

Debemos coincidir con LETE DEL RÍO, en que la redacción de este precepto no es muy afortunada, toda vez que la intervención del Ministerio Fiscal es siempre necesaria por imperativo legal (art. 749 L.E.C.), y su falta podría dar lugar a la nulidad de las actuaciones, por haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento, si por esa causa ha podido producirse indefensión, por lo que el precepto en cuestión resulta en este punto redundante. Debemos señalar que, como acredita la rúbrica del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata de un juicio verbal especial, y esto lo corroboran las propias particularidades en cuanto a la demanda y contestación, competencia, legitimación, prueba y sentencia.

La naturaleza de este proceso es contenciosa, y en él, no rigen en exclusiva los principios dispositivo y de aportación de parte, sino que se superponen los principios inquisitivo y de investigación de oficio, pues el artículo 751 de la L.E.C. sanciona la indisponibilidad del objeto del proceso, al afirmar que no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción; y tampoco es materia sobre la que pueda recaer arbitraje, ya que el estado civil de incapacitado, se constituye judicialmente. El principio dispositivo, se encuentra mediatizado por la intervención judicial en la conformación del objeto del proceso, pues a la parte actora únicamente le está permitido solicitar la

incapacitación de una persona en virtud de determinados hechos que alega, pero la autoridad judicial podrá modificar estos hechos para declarar la incapacitación que se había pedido, si resulta acreditada en el proceso (en virtud de iniciativa de las partes, o bien por investigación de oficio) la existencia de otro tipo de deficiencias persistentes, que imposibiliten el autogobierno. A su vez, el principio de aportación de parte tampoco tiene un carácter absoluto, puesto que el Juez puede y debe realizar todas las indagaciones oportunas para determinar si concurren las circunstancias legalmente establecidas (arts. 751 y 752). Además, el art. 752.1 de la L.E.C., dispone que el proceso de incapacitación se decida con arreglo a los hechos que hayan sido objeto del debate y resulten probados, pero introduce la especialidad de que ello “*con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento*”, incluso en la segunda instancia, sin perjuicio de garantizar el principio de contradicción y defensa. Por otra parte, el art. 751.2 de la L.E.C., dispone que el desistimiento “*requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal*”, para que el Juez o Tribunal pueda dicta auto de sobreseimiento, por lo que si esta autorización no se da, el proceso seguirá, y el demandante vendrá obligado a continuar hasta el final del mismo. Como dice RAMOS CHAPARRO, “*esta fuerte consecuencia es una manifestación más del orden público inherente a las situaciones de capacidad y estado*”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé que el Juez, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, pueda decidir que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen, y aunque no se esté en ninguno de los casos del art. 138.2 de la citada Ley (art. 754 L.E.C.). De nuevo coincidimos con LETE DEL RÍO, cuando considera que esta norma es “*repetitiva, y por tanto innecesaria, pues con carácter general y abierto el art. 138.2 de la propia ley procesal establece esta posibilidad cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan*”. No obstante, autores como RAMOS CHAPARRO consideran que esta norma “*no es totalmente ociosa, pues sirve de recordatorio en esta sede, y como base propia para exceptuar la aplicación de otro de los grandes principios clásicos del proceso civil*”, pues el hecho de que las actuaciones se declaren

reservadas, afecta no sólo al derecho a la información, previsto en el art. 140 de la L.E.C., sino también al derecho de acceso a libros, archivos, registros judiciales, y a obtener testimonios o certificaciones. Sin embargo, es evidente que la limitación de la publicidad, no puede afectar a las partes, ya que de otro modo, se vulneraría el principio de defensa. En cualquier caso, los art. 138, 140 y 141 de la L.E.C., serán de aplicación subsidiaria respecto de lo no previsto en el art. 754.

La Ley procesal es ambigua respecto de los requisitos que ha de reunir la demanda de incapacitación, puesto que no deja claro si ha de reunir los requisitos del art. 399, para la demanda de juicio ordinario (puesto que si bien se trata de un juicio verbal, existe el trámite de contestación a la demanda, propio del ordinario), o bien ésta puede ser sucinta, como exige el art. 437 para el juicio verbal. Debemos realizar una interpretación integradora para resolver este problema que nos plantea el texto legal: Dado que el art. 753, que como vimos, es el que determina la tramitación del procedimiento que nos ocupa, remite al art. 405 de la Ley, en lo relativo a la contestación a la demanda, precepto éste que queda enmarcado dentro del Título II de la L.E.C., que trata “*Del juicio ordinario*”, debemos entender que la demanda no puede ser sucinta, sino que se deberá acomodar al modelo de la ordinaria, a la que se habrá de contestar en el plazo de veinte días. A falta de normas que regulen este aspecto, consideramos que no cabe otra interpretación lógica, pues no sería congruente que la demanda pudiera ser sucinta, y sin embargo la contestación a la misma hubiera de hacerse con arreglo a las normas del juicio ordinario.

En cuanto a la postulación procesal, el art. 750 L.E.C. se ocupa de la “*representación y defensa de las partes*”, y en su apartado primero establece preceptivamente que “*fuera de los casos en que, conforme a la ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este Título, con asistencia de abogado, y representadas por procurador*”.

B.- COMPETENCIA.

La competencia viene atribuida al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que resida la persona cuya incapacitación se pretende, y que puede no coincidir con el domicilio de aquélla: si perjuicio de que, en el caso de internamiento, el Juzgado del lugar donde radique el centro en que se produjo el ingreso deba adoptar las medidas necesarias y urgentes, de las cuales habrá de dar cuenta, previa audiencia del Ministerio Fiscal, al del domicilio de la persona que ha sido internada (arts. 756 y 763 de la L.E.C.). El abandono del fueron general, o del domicilio del demandado, responde al propósito de efectividad y rapidez; por esta razón, si el presunto incapaz no tuviere domicilio ni residencia conocida, haciendo una interpretación integradora, podemos concluir que sería competente el Juez o Tribunal del lugar en que se encuentre. Sin embargo, no ofrece duda que un hecho tan provisional y contingente como el lugar de residencia del demandado, dará lugar a inevitables conflictos acerca de la competencia, además de que no faltarán los casos en que se cambie a propósito, la residencia del presunto incapaz, con la sola finalidad de atribuir la competencia a determinado Juez o Tribunal.

Debemos reseñar, que en virtud de diversos Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, se han constituido Juzgados de Tutelas en diferentes poblaciones, como Madrid, Barcelona y Granada, que asumen, conforme al art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia exclusiva en esta materia.

Esta competencia es inalterable, pues al tratarse de un asunto que debe decidirse por el cauce del juicio verbal, el art. 54.1, inciso final, excluye taxativamente la posibilidad de sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por esta clase o tipo de procedimiento, y precisamente, el art. 753 de la L.E.C., hace remisión expresa a los trámites del juicio verbal, para la substanciación del proceso de incapacitación.

En consecuencia, como la competencia territorial se encuentra fijada por una norma imperativa, el Juez o Tribunal debe examinar de oficio su competencia territorial, inmediatamente después de presentada la demanda, y previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas: Si entiende

que carece de ella para conocer del asunto, lo declarará así mediante auto, remitiendo las actuaciones al Juez o Tribunal que considere territorialmente competente (art. 58 de la L.E.C.). Pero una vez admitida a trámite la demanda, el Juez o Tribunal ya no podrá examinar de oficio su propia competencia, y solamente podrá apreciar la falta de ésta, si se plantea la pertinente declinatoria por parte del demandado, o del Ministerio Fiscal, cuando éste no sea demandante.

Debemos reseñar, que la Disposición Derogatoria Única de la L.E.C., en su apartado 3º, párrafo 2º, dice que *“se considera en vigor la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas”*, y el art. 15 de esta Ley establece que *“para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sea parte el Estado, los organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o Melilla”*; y agrega que *“esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento”*. Por consiguiente, en aquellos casos en que la incapacitación sea promovida por la Entidad Pública que asume la tutela por ministerio de la ley, una vez dictada la declaración de desamparo de un menor (art. 172 del Código Civil), por ejemplo, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia que corresponda al lugar de residencia del menor.

Por otra parte, en el supuesto de incapacitación de extranjeros, no resulta competente el Juez del lugar de su residencia, sino que rige el fuero de la “residencia habitual” (art. 40 del Código Civil), pues el art. 22.3 de la L.O.P.J. dispone que los *“Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España”*. No obstante, debemos llamar la atención sobre la falta de coordinación entre dicha ley y la nueva de ritos, que no prevé un fuero específico. En lo demás, será aplicable la Ley procesal española, *“con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales”* (art.

3 de la L.E.C.), y en el aspecto sustantivo, regirá la ley personal del demandado, “*determinada por su nacionalidad*” (art. 9.1. del Código Civil).

C.- LEGITIMACIÓN.

Como dijimos con anterioridad, el proceso de incapacitación es contencioso, y por tanto, con dualidad de partes, lo que quiere decir que ha de ser instada la declaración de incapacidad por persona legitimada a tal efecto; y si alguna de las personas legitimadas no lo hace, el proceso no puede iniciarse de oficio, ya que el Juez que tenga noticia de posible causa de incapacitación de una persona, deberá limitarse a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que sea éste, quien promueva, si lo estima procedente, la incapacitación (art. 762.1 de la L.E.C.). Por consiguiente, si se presenta una demanda de incapacitación por persona legitimada expresamente, el Juez deberá rechazarla de oficio, sin perjuicio de que, si lo considera oportuno, ponga los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

La legitimación activa para promover la declaración de incapacidad de una persona, difiere según que ésta sea mayor o menor de edad:

A tenor de lo dispuesto en el derogado art. 202 del Código Civil, correspondía promover la declaración de incapacidad del mayor de edad, al cónyuge o descendientes, y en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz. La doctrina mayoritaria opina sobre este punto, que la interpretación de verbo “corresponder”, debía hacerse desde la perspectiva del interés y beneficio del presunto incapaz, por lo que las personas mencionadas en el precepto consignado, estaban obligadas a promover dicha declaración, y en caso de incumplimiento de esta obligación, y en el supuesto de que la persona en cuestión llegara a ser incapacitada, podrían incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que ésta pudiera haber sufrido, con motivo de tal omisión.

En la actualidad, la nueva L.E.C., en su art. 757.1 reproduce el art. 202 del Código Civil, pero introduce tres importantes novedades:

En primer lugar, sustituye el verbo “*corresponde*” por “*pueden*” promover la declaración las personas enunciadas. Queda por tanto claro, que en la actualidad dichas personas no ostentan una obligación, sino una mera facultad, que pueden ejercitar o no.

En segundo lugar, además del cónyuge, se otorga legitimación a “*quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*”, o lo que es lo mismo, se concede legitimación al conviviente de hecho. Sin perjuicio de los conflictos interpretativos que esta declaración lleva aparejados (a diferencia de Ley de Adopción, en el que se habla claramente de “*hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente, etc.*”, el art. 757 alude vagamente a “*quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*”, lo que puede llevar a la interpretación, consideramos que precipitada, de que se está otorgando legitimación tanto a la pareja homosexual como heterosexual), el problema práctico de esta norma radica en la prueba o justificación de la convivencia, con el consiguiente problema de determinar cuál es el tiempo mínimo de convivencia exigido, que acredite una situación de hecho estable o asimilable a la conyugal. Para ello debemos remitirnos a otras normas, y así la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, establece el plazo de convivencia mínimo de dos años, salvo que hubiere habido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. Tampoco podemos desconocer el hecho de que determinadas Comunidades Autónomas, tengan establecidas normativas sobre esta materia: Así, la Ley de Uniones Estables de Pareja, del Parlament de Catalunya, establece un período mínimo ininterrumpido de dos años (salvo que hubiera habido descendencia en común), que puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible y suficiente; la Ley de Parejas Estables no Casadas, de las Cortes de Aragón, también exige como mínimo un período de dos años ininterrumpidos, que podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho; la Ley para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, del Parlamento Foral de Navarra, exige como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que hubiera habido descendencia en común, etc.

Cabe señalar que el derogado art. 202 del Código Civil, no hacía distinción sobre el hecho de que el cónyuge conviva o no con el presunto incapaz, al efecto de otorgarle o denegarle la legitimación, lo que tampoco hace el vigente art. 757.1 de la L.E.C., a pesar de que ha ampliado la legitimación al conviviente de hecho. Por lo tanto, en los casos en los que exista una separación conyugal, de hecho o de derecho, y exista una convivencia “*more uxorio*”, se encuentran legitimados tanto el cónyuge que no conviva con el presunto incapaz, como la persona que con él conviva de hecho.

En tercer y último lugar, debemos advertir que la actual redacción del art. 757.1 de la L.E.C., ha suprimido la expresión “*en defecto de estos*”, que contenía el derogado art. 202 del Código Civil, y con ello se extiende la legitimación a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz, que antes solo se daba cuando no existían el cónyuge o descendientes. Por consiguiente, en la actualidad, cualquiera de las personas legitimadas (cónyuge, conviviente de hecho, descendientes, ascendientes o hermanos) podrán solicitar la declaración de incapacitación, sin perjuicio de que todos o varios de ellos insten tal declaración conjuntamente. Coincidimos con LETE DEL RÍO, DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, entre otros, cuando critican esta extensión de la legitimación, por los problemas familiares que pueden originar, toda vez que “*sólo el vínculo familiar estricto debe reaccionar antes los problemas personales o patrimoniales que la incapacidad plantea. Colocando además a todos los parientes en el mismo plano, no es difícil que se puedan crear artificiales conflictos entre ellos*”.

En cambio, está obligado a promover la declaración de incapacidad, el Ministerio Fiscal, si las personas antes mencionadas, no existen o no la hubieran solicitado (art. 757.2 L.E.C.), por lo que, en caso de incumplimiento culposo o doloso, incurrirá en responsabilidad. Autores como LETE DEL RÍO consideran que esta obligación es subsidiaria, no obstante, consideramos que no existe tal subsidiariedad, puesto que en cuanto que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal de causas o circunstancias, que pudieran llevar a la incapacitación de una determinada persona, está obligado a actuar, y solamente permanecerá inactivo, en cuanto a la iniciación del proceso, cuando

éste haya sido ya iniciado por persona legitimada, o, como es evidente, cuando no tenga noticia de los hechos que pudieran ser determinantes de una eventual incapacidad.

En cuanto a la legitimación para promover la declaración de incapacidad, cuando el presunto incapacitado es un menor de edad, el art. 201 del Código Civil establece que *“los menores podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacidad, y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”*. En estos casos, la declaración de incapacidad sólo podrá ser pedida por quienes ejercen la patria potestad o tutela (art. 757.4 de la L.E.C., que reproduce el derogado art. 205 del Código Civil). Por lo tanto, carecen de legitimación activa los padres privados o suspendidos de la patria potestad, y el guardador de hecho. En el caso de la tutela, si existe tutor de la persona y tutor de los bienes, consideramos que sólo estará legitimado el primero, sin perjuicio de la facultad de denuncia del segundo; y si se trata de tutela legal de menores en desamparo, la legitimación corresponderá a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores (art. 172.1 del Código Civil).

Si los padres son menores emancipados, o habilitados de edad, también ostentan legitimación para promover la incapacidad de sus hijos menores sometidos a su patria potestad, pues el art. 323 del Código Civil, no les impone más limitaciones de capacidad que las de carácter patrimonial que el propio precepto especifica. Pero si son menores no habilitados de edad o no emancipados, precisarán la asistencia de sus padres, a falta de ambos, de su tutor, y en los casos de desacuerdo o imposibilidad, del Juez (art. 157 del Código Civil).

Esta legitimación exclusiva de los padres o tutor, responde a dos tipos de consideraciones: en primer lugar, la eventual conveniencia de suprimir al menor de edad no emancipado aquella capacidad de obrar concreta que ya hubiese adquirido, ya que son muchos los actos para los que está excluida la representación legal; y en segundo, evitar la solución de continuidad cuando el menor alcance la mayoría de edad. Todo ello queda sin perjuicio de que el

Ministerio Fiscal, en virtud de denuncia, pueda instar la adopción de medidas para salvaguardar los intereses del menor (privación de patria potestad, remoción del tutor, etc.). En cuanto a la razonabilidad de que la causa de incapacitación persistirá después de alcanzada la mayoría de edad, el Juez o Tribunal deberá basarse inevitablemente en el dictamen de los peritos, que son los que podrán determinar las posibilidades de tratamiento y rehabilitación de la persona del menor.

La legitimación pasiva, como es lógico, la ostenta la persona física contra la que se dirige la demanda, aquella que a juicio de la parte actora, se encuentra en una de la situaciones a las que se refiere el art. 200 del Código Civil: padecer enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida el autogobierno. Solo la conjunción de estas dos circunstancias permite la declaración de incapacidad de una persona, como tiene establecido la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1.998. Por ello, en la demanda se deberá determinar la enfermedad y qué actos ha realizado el presunto incapaz o qué circunstancias concurren en él y que, en principio, acrediten que la autoridad judicial debe proceder a declararlo incapaz.

Únicamente pues, la persona designada como presunto incapaz en la demanda, se encuentra pasivamente legitimada, pues todas las demás que pueden intervenir en esta posición de parte procesal (defensor judicial y Ministerio Fiscal), carecen de legitimación propia, ya que actúan como representantes del demandado y en beneficio de éste (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 1.995).

El demandado, en tanto no se declare su incapacidad, conforme al art. 199 del Código Civil, tiene el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, por consiguiente, ostenta capacidad para intervenir en el proceso y designar abogado y procurador a tal efecto (art. 758 de la L.E.C.). Ello, sin perjuicio de que el Notario o el Secretario judicial, en el caso de designación "*apud acta*", deberán denegar el otorgamiento de la representación y defensa, si aprecian falta de capacidad en el poderdante. En el caso de que el demandado no quiera o no pueda efectuar esta designación, será representado por el

Ministerio Fiscal, si éste no es el promotor del proceso, y si lo fuere, ostentará la representación un defensor judicial que se le nombrará a tal efecto, a no ser que estuviera ya nombrado. Este defensor, o “*curador ad litem*”, deberá ser nombrado conforme al artículo 300 del Código Civil, y tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez. La situación legal de rebeldía, queda por tanto imposibilitada, puesto que el incapaz siempre estará representado en autos.

No obstante lo anterior, al demandado que comparece con su propia defensa y representación, puede serle apreciada su falta de capacidad para ser parte, o su falta de capacidad procesal, de oficio por el Tribunal en cualquier momento del proceso (art. 9 de la L.E.C.), sin que esta apreciación suponga prejuzgar el tema de fondo, dado que la falta de capacidad procesal es una circunstancia concreta, en un momento concreto, mientras que la declaración de incapacidad es una valoración de futuro basada en el carácter persistente de la enfermedad o deficiencia.

Por otra parte, el art. 752.2 de la L.E.C. 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*”. Con esto el Legislador ha venido a significar, que el representante del presunto incapaz, sea el Ministerio Fiscal, sea el defensor judicial, no viene obligado indefectiblemente a oponerse a la demanda, si considera que la incapacitación es conveniente y, por tanto, procedente. Y ello no implica allanamiento a la demanda, ya que la conformidad con los hechos expuestos en la demanda, no es vinculante para el Juez o Tribunal, el cual tras practicarse las pruebas preceptivas (oír a los parientes más cercanos, examen del presunto incapaz, y recabar el dictamen pericial), podrá denegar o graduar la incapacitación que se pretende, sin que por ello incurra en vicio de incongruencia.

D.- FACULTAD DE DENUNCIA Y OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN.

Según el derogado art. 204 del Código Civil, *“cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad”*. Este precepto, viene reproducido literalmente en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 757.3. Se trata de la acción pública de denuncia. Resulta claro que no se sanciona un deber u obligación, sino una mera facultad de denuncia o declaración de conocimiento del estado de salud física o mental del presunto incapaz: es decir, al Ministerio Fiscal no se le pide una actuación a la que por Ley viene obligado, sino que se le hace saber una concreta situación de hecho, de determinada persona, para que él por su cuenta, investigue y actúe si lo estima pertinente o fundado, ordenando en caso contrario, el archivo del expediente.

Si como dice GUASP DELGADO, *“la pretensión procesal es una declaración de voluntad, por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada, distinta del autor de la declaración”*, no ofrece la más mínima duda que la petición de la declaración de incapacidad es una verdadera pretensión procesal, y que, por lo tanto, solo puede corresponder a las personas expresamente legitimadas (y únicamente lo están las enumeradas en el art. 757.1 de la L.E.C.), el promover la declaración de incapacidad.

El propio incapaz está facultado para ejercitar la llamada facultad de “autodenuncia”, pero ello no puede nunca significar que el art. 757.3 admite la mal llamada “autotutela”, también denominada “tutela fiduciaria”, consistente en que sea el mismo presunto incapaz quien pida su propia incapacidad, que estaba prevista en el proyecto de Ley de Reforma del Código Civil, de 24 de octubre de 1.983 (estudio elaborado por los Profesores DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA), y que fue expresamente rechazada en su tramitación parlamentaria.

Algún autor pretende que las personas legitimadas para postular el proceso de incapacidad, en lugar de hacerlo, pongan los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, evitándose así gastos, molestias y costas.

Nada dice la Ley en este aspecto, pero dado que los legitimados activamente no tienen obligación, sino facultad de promover la declaración de incapacidad, no vemos razón por la cuál dichas personas no pudieran denunciar al Ministerio Fiscal los hechos que pudieran dar lugar a la referida declaración, en lugar de ser ellos los actores de un proceso judicial.

Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece la obligación a determinadas personas que pudieran conocer la existencia de una posible causa de incapacidad, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Esta norma, contenida en el derogado art. 203 del Código Civil, reproducida en el art. 757.3 de la L.E.C., se dirige a autoridades y funcionarios públicos, que pudieran conocer dichas circunstancias por razón de su cargo. Ello nos lleva a la labor de delimitar quienes son concretamente los destinatarios de esta norma: Sin duda, se trata de los directores de los hospitales, establecimientos psiquiátricos, y demás centro de salud dependientes del Estado, Comunidades Autónomas o Diputaciones Provinciales, así como a los médicos de la Seguridad Social o cualesquiera otros que, ejerciendo en los referidos establecimientos, tuvieren la cualidad de funcionarios públicos (forenses, asistentes sociales, etc.), los cuales pueden incurrir en responsabilidad civil, conforme a lo dispuesto en los arts. 145 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ello no quiere en modo alguno decir que la autoridad o funcionario público puedan ser parte en un proceso de incapacidad, posibilidad que, como hemos visto con anterioridad, solo queda reservada a las personas activamente legitimadas.

Dentro del término “autoridades” debemos considerar comprendidos a los Jueces, y en la expresión “funcionarios públicos”, a los notarios, aunque no lo sean en sentido estricto.

E.- LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

En los procesos sobre incapacidad, decía el derogado art. 206 del Código Civil, y a su vez repite el art. 749.1 de la L.E.C., será siempre necesaria

la intervención del Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos. La intervención del Ministerio Público, que se exige como indispensable, obedece al hecho de que el proceso versa sobre una cuestión que afecta al estado civil y condición de la persona, en la cual el estado no abandona a la iniciativa privada la existencia de la pretensión o la oposición a la misma.

El Ministerio Fiscal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de la posible causa de incapacitación de una persona, puede promover, si lo estima procedente, la incapacitación, así como solicitar del Tribunal, la inmediata adopción de las medidas cautelares que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio (art. 762.1 y 2 de la L.E.C.), siendo en cualquier caso, su decisión motivada.

El Ministerio Fiscal, en el proceso, puede intervenir de tres formas:

En primer lugar, como promotor de la declaración de incapacidad, cuando se trate de una persona presuntamente incurso en las causas de incapacidad que el art. 200 del Código Civil señala, y las personas mencionadas en el art. 757.1 de la L.E.C. no existan, o no lo hubieren solicitado. En este caso, el Juez nombrará un defensor judicial al presunto incapaz, a no ser que ya estuviera nombrado (arts. 207 del Código Civil y 758 de la L.E.C.).

En segundo lugar, no siendo el Ministerio Fiscal el promotor del proceso, participa en él como representante y defensor del presunto incapaz cuando éste no comparezca con su propia defensa y representación.

Y por último, en tercer lugar, el Ministerio Público puede intervenir en el proceso, no como parte procesal, sino en defensa de la legalidad y del interés público o social, por tratarse de un proceso relativo al estado civil (arts. 749 de la L.E.C., y 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

En cualquier caso, debemos señalar que aunque el art. 749.1 de la L.E.C. establezca que en los procesos de incapacitación “*será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido el promotor de los mismos, ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes*”, en realidad el Ministerio Público no es parte en sentido técnico. Por ello, el auto del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1.988, declara que no es preciso que la demanda se dirija contra el Ministerio Fiscal, pues la intervención de éste no es la de una parte propiamente dicha, sino que reviste los caracteres de la llamada intervención adhesiva, en los casos en que la Ley lo establece. El Ministerio Fiscal, como indican GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, “*es un órgano neutral o imparcial, encargado, siempre que el interés público o social esté directamente afectado, de velar por él y de actuar conforme a él*”.

F.- LA PRUEBA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES.

El art. 759 de la L.E.C., reproduce, con algunas variaciones importantes, lo dispuesto en el derogado art. 208 del Código Civil, en donde, como es sabido, se regulaban las pruebas que, con carácter preceptivo habían de practicarse en el procedimiento y, a continuación, se habilitaba al Juez para acordar de oficio, cuantas estimara convenientes (pruebas de carácter discrecional); pues bien, la nueva redacción recoge en el art. 759, únicamente las pruebas de carácter preceptivo, mientras que las pruebas de carácter discrecional, encuentran su sede en las Disposiciones Generales, concretamente en el art. 752, que, en su segundo párrafo dispone: “*sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes*”. Así, el art. 759 se remite en primer lugar a esas pruebas discrecionales, y a continuación enumera las que, con carácter preceptivo, deben practicarse en los procesos de incapacitación. A este respecto, ha señalado el Tribunal Supremo que la búsqueda de la verdad material y la libertad concedida al juzgador en los procesos de incapacitación “*tendientes siempre a la garantía del justiciable, encuentran como refuerzo la obligatoriedad de que practique ciertas diligencias, como oír un informe facultativo, y a los parientes más próximos del presunto incapaz, al que*

examinará por sí mismo, sin atenerse a formalismo alguno, pero dando intervención a las partes como determine, para que puedan solicitar las aclaraciones y alegar cuanto estimen pertinente, antes de la final decisión, de tal manera que el precepto contiene una norma imperativa de alcance constitucional (art. 24), que va más allá del principio de inmediación y que se convierte en un requisito de fondo previo al fallo” (sentencias de 20 de marzo de 1.991 y 16 de septiembre de 1.999).

Por lo que se refiere al primer extremo, las pruebas de carácter discrecional, deben englobarse aquí todas aquellas que el juez estime adecuadas para apreciar la existencia de la causa de incapacitación y el alcance de la misma. Y por lo que se refiere al segundo, las pruebas de carácter preceptivo enumeradas en el art 759, nos encontramos ante tres medios:

En primer lugar, la Ley exige la audiencia a los parientes más próximos. Según afirma acertadamente GUILARTE MARTÍN-CALERO, la proximidad del parentesco ha de interpretarse no como proximidad en el gado, sino como en el sentido de la convivencia, pues obviamente, el pariente que convive con el incapaz, conoce mejor la existencia de la enfermedad o de la deficiencia, y sus manifestaciones. Por esta razón, aunque la Ley no diga nada, estimamos que también habrá de ser oído el cónyuge del presunto incapaz, o persona unida a él por análoga relación de afectividad. Para LETE DEL RÍO, no deberán ser incluidos aquellos parientes que hubieran promovido la declaración de incapacitación, *“puesto que las razones que motivaron su decisión, cómo llegaron a formar su criterio, los dictámenes periciales, si los hubo, habrán de exponerse a través de los trámites del propio procedimiento de incapacitación”*. A tal interpretación, opone acertadamente REVERTE NAVARRO, que la discrecionalidad judicial no puede encontrar tal obstáculo, pues acaso mediante la audiencia de los que hubieran promovido el procedimiento, el Juez puede oír causas, hechos o motivos, que voluntariamente no se incluyeron por razones sociales o morales, y que pueden contribuir a la exacta realidad y a la convicción judicial. La doctrina ha discutido sobre la naturaleza de este medio de prueba, puesto que no encaja con ninguno de los contemplados en la ley,

aunque guarda cierta semejanza con la prueba de interrogatorio de testigos, aunque en modo alguno pueda considerarse prueba testifical. Lo que persigue es formar la opinión del Juez, acerca de la situación del presunto incapaz, sin más pauta que su recto criterio, y sin que, como apunta DÍEZ PICAZO, el resultado de la audiencia sea vinculante para el Juez. La doctrina jurisprudencial pacífica, tiene configurada la audiencia a los parientes más próximos del incapaz, como *“un trámite esencial y previo a toda declaración de incapacidad”*, y su falta puede ser apreciada *“ex officio”* por el Tribunal, por ser *“cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional”* (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2.000).

En segundo lugar, la Ley exige que el presunto incapaz sea examinado por el Juez. Este examen, lleva, según la sentencia de 12 de junio de 1.989, *“al más absoluto respeto del derecho de defensa del presunto incapaz, y evita así toda posibilidad de indefensión”*. Aunque el Tribunal Supremo no lo entiende así (st. De 20 de febrero de 1.989), para algunos autores como ORTELLS RAMOS, este examen se corresponde a la prueba del reconocimiento judicial, para otros en cambio, se trata de un híbrido entre la prueba de reconocimiento judicial y la de interrogatorio de la parte, en el que normalmente será más importante lo segundo que lo primero, mientras que autores como DÍEZ PICAZO, señalan que se trata de una especie de entrevista, que debe ser conducida por el Juez, pues se trata tanto de *“una contemplación de la persona como de una conversación con ella”*.

En tercer y último lugar, la Ley introduce como novedad en la Ley, acordar los dictámenes periciales necesarios o pertinentes, en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, prohibiendo al Juez decidir acerca de la incapacitación, sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal. Esta prueba pericial podrá ser propuesta por las partes, o acordada de oficio por el Tribunal. En principio bastará el dictamen de un facultativo nombrado por el Tribunal, cuyos extremos fundamentales serán: la existencia de la enfermedad o deficiencia, su carácter persistente, y su manifestación en la capacidad de autogobierno del presunto incapaz. Ello no obsta para que el Juez, al amparo de la discrecionalidad que

se le confiere en el art. 752, pueda recabar cuantos informes médicos precise para determinar la existencia y alcance de la causa de incapacitación.

A las medidas cautelares que puede adoptar el Juez en esta sede, dedica la nueva Ley un único precepto en el que, por una parte, se incorpora lo dispuesto en el segundo párrafo del derogado art. 203 del Código Civil, y, por otra, se reproduce con matices, lo regulado en el también derogado art. 209 de aquél cuerpo legal. En este único precepto, se establece quién puede adoptar las medidas (el juez competente), quién puede solicitarlas (el Ministerio Fiscal, a instancia de parte, o de oficio), en qué momento y cuál es el procedimiento a seguir en la adopción de las mismas.

Por lo que se refiere al primer extremo, el art. 762 de la L.E.C., dispone que *“cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación”*. Se trata de medidas estimadas necesarias, previas al proceso de incapacitación, pero no desligadas del mismo, por cuanto el conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación presupone la iniciación del mismo.

En relación al procedimiento de adopción de tales medidas, en principio, ha de valorarse positivamente su detallada regulación, toda vez que la derogada del Código Civil, silenciaba este punto, lo que produjo una enorme confusión. Así, el art. 762.3 establece que, como regla general, se acordarán *“previa audiencia de las personas afectadas”*, debiendo entender por personas afectadas, por una parte las aludidas en los art. 757 y 759.2 de la L.E.C., por tanto, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los parientes más próximos (descendientes, ascendientes, hermanos), el presunto incapaz, si tuviere suficiente juicio, a las demás personas que el Tribunal considere oportuno, y claro está, al Ministerio Fiscal. A continuación el precepto declara aplicable a este procedimiento, lo establecido en los art. 734,

735 y 736 L.E.C., siendo por tanto de aplicación, la regulación contenida en la Ley de Ritos para la adopción de medidas cautelares.

G.- CONTENIDO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA.

La sentencia, si es estimatoria, tiene por objeto decretar que aquella persona a quien se refiere, no es sujeto capaz para realizar por sí o por sí sola, actos o negocios con plena eficacia jurídica; en una palabra, se trata de una persona incapaz o limitadamente capaz para gobernarse a sí misma. Es una sentencia constitutiva e irretroactiva, con efectos “*ex nunc*”, pues en virtud de la misma, una vez firme, se constituye el derecho o la situación jurídica, y se inician sus efectos, los cuales no se pueden retrotraer al momento en que comenzó la enfermedad, ni tampoco al de interposición de la demanda. Después de la declaración judicial, la persona tiene un nuevo estado civil, el de incapacitado, y sus actos serán nulos o anulables, según el carácter de la declaración. Pero como la incapacidad no es un concepto absoluto, sino relativo, que puede variar de persona a persona, según cada caso, es preciso que la sentencia determine qué grado o tipo de incapacidad afecta a la persona cuya incapacitación se declara.

La extensión y límites de la incapacitación debe hacerse con arreglo al grado de discernimiento y posibilidad de autogobierno de la persona de que se trate, por lo que cuando éste sea máximo, el incapaz deberá ser sometido a tutela y, siendo mínimo, a curatela, sin perjuicio de límites mayores o menores dentro de cada forma de protección. Por consiguiente, la sentencia debe contener estos dos elementos: graduación de la incapacidad y la determinación del sistema de guarda al que queda sujeto el incapaz (art. 760 L.E.C.).

El régimen de tutela o guarda a que puede ser sometida la persona incapacitada, obliga a distinguir el caso del mayor de edad, y el del menor de edad, y a su vez, según que aquél estuviese conviviendo o no con sus padres en el momento de la declaración de incapacidad.

En el supuesto de que se declare la incapacidad de un menor de edad, no se constituye la tutela, ya que la patria potestad se prorroga por ministerio de la ley, al llegar esta a la mayoría de edad. Si se trata de una persona mayor de edad, soltera, que vive en compañía de sus padres, o de cualquiera de ellos, tampoco se constituye la tutela, sino que se rehabilita la patria potestad, que será ejercida por aquel a quien correspondiese si el hijo fuera menor de edad. En ambos supuestos, la patria potestad se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del Título VII del Libro I del Código Civil. Si el menor estaba sometido a tutela, aquella se prorroga cuando éste alcanza la mayoría de edad, si bien el tutor ejercerá su cargo con arreglo a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

Fuera de estos casos de prórroga de la patria potestad o de la tutela, el Juez no solo determinará, según el grado de discernimiento, la extensión y los límites de la incapacitación, sino también el régimen de tutela o curatela a que haya de ser sometida la persona incapacitada.

El art. 760.1 autoriza a que en la sentencia el Juez se pronuncie sobre la necesidad del internamiento del incapacitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 de la L.E.C. En cambio, no podrá decretar el internamiento para el futuro, por si fuese necesario (sentencia del Tribunal Constitucional nº 129, de fecha 1 de julio de 1.999).

De igual modo, la sentencia que declare la incapacidad de una persona, podrá contener, si se hubiere solicitado, autorización para la esterilización del incapacitado por grave deficiencia psíquica, siempre que se cumpla con los requisitos que contiene el art. 156 del Código Penal.

VI.- LA REINTEGRACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD.

En el art. 761 de la L.E.C. se regula, bajo la rúbrica "*Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación*", el proceso que pone fin a la incapacitación y el llamado proceso de adecuación o acomodación o reajuste, anteriormente contenidos en los arts. 212 y 213 del Código Civil. EL proceso de modificación de la incapacitación declarada, es una consecuencia de la graduabilidad de la incapacitación reconocida hoy en el art. 760.1 de la L.E.C.. La regulación actual, por una parte, mantiene lo dispuesto en estos preceptos del Código, y, por otra, incorpora tres extremos novedosos.

En lo que se refiere a los dos primeros párrafos del art. 761, puede señalarse que el procedimiento de reintegración y modificación allí establecido, presenta dos connotaciones específicas, frente al procedimiento inicial. Por un lado se amplía la legitimación para solicitar la modificación de la incapacitación, a quienes ejercieran cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, y al propio incapacitado, y por otro, la concurrencia de nuevas circunstancias, relativas bien a la enfermedad o deficiencia ya declarada, bien a la enfermedad o deficiencia sobrevenida con posterioridad, que evidentemente habrán de afectar al grado de discernimiento del incapacitado.

Respecto de las novedades introducidas en estos procedimientos, ha de señalarse:

En primer lugar, se establece la necesidad de recabar autorización judicial por el incapacitado, para actuar por sí mismo, cuando la sentencia de incapacitación le hubiera privado de la capacidad para comparecer en juicio.

En segundo término, se impone asimismo la práctica de oficio de las pruebas establecidas en el art. 759 de la L.E.C., que ya vimos anteriormente, tanto en primera como en segunda instancia

Y finalmente, la sentencia que se dicte en este procedimiento, habrá de pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben modificarse la extensión y los límites de ésta.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES:

- **ALBALADEJO GARCÍA, M. y Otros:** “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, Madrid 1.968.
- **BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo:** “Derecho de la persona”, Madrid 1.976.
- **BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo:** “La incapacidad legal de las personas afectadas por enfermedades crónicas de carácter cíclico”, Poder Judicial, Madrid 1.986.
- **CASTÁN TOBEÑAS, José:** “Derecho Civil español común y foral”, Instituto Editorial Reus, Madrid 1.954.
- **DE CASTRO Y BRAVO, Federico:** “Derecho civil de España. Tomo II, vol. 1”, Madrid, 1.952.
- **DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:** “Sistema de Derecho Civil, vol. 1”, Editorial Tecnos, Madrid 1.993.
- **GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA:** “Derecho Procesal Civil, vol II”, Madrid 1.979.
- **GUASP DELGADO, Jaime:** “Derecho procesal civil, Tomo I”, Madrid 1.968.
- **GUILARTE MARTÍN CALERO, Cristina:** “Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Revista de Actualidad Civil nº 3 2.001.
- **HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo:** “Derecho de Familia: doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Madrid”, Madrid 2.001.
- **LETE DEL RÍO, José Manuel:** “Derecho de la persona”, 4ª edición, Madrid 2.000.
- **LETE DEL RÍO, José Manuel:** “El proceso de incapacitación”, Revista de Actualidad Civil nº 36, 2.001.
- **ORTELLS RAMOS, Manuel:** “El proceso sobre la capacidad de la persona”, editorial La Ley, Madrid 1.986.
- **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Carlos Mauro:** “Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: capacidad, filiación, maternidad y menores, división de la herencia, liquidación del régimen económico matrimonial, textos legales, comentarios y formularios”, editorial Comares, Granada 2.001.
- **RAMOS CHAPARRO:** “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”.
- **REVERTE NAVARRO:** “Comentario del Código Civil”
- **SANCHO GARGALLO, Ignacio:** “Incapacitación y tutela”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2.000.
- **SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio y Otros:** “Comentarios del Código Civil”.
- **Constitución Española de 1.978.**
- **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.**
- **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**
- **Código Civil.**
- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.**
- **Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**
- **Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**
- **Ley 52/1997, 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas.**
- **Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.**
- **Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.**
- **Ley de 15 de julio de 1998, de uniones estables de pareja, del Parlament de Catalunya.**
- **Ley de 26 de marzo 1999, de parejas estables no casadas, de las Cortes de Aragón.**
- **Ley de 3 de julio de 2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables, del Parlamento Foral de Navarra.**
- **La Ley-Actualidad, Base de datos de Jurisprudencia.**