

LA INCAPACITACIÓN EN ESPAÑA

INCAPACITATION IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.252-275



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 27 de octubre de 2013

RESUMEN: La incapacitación supone la privación de la capacidad de obrar de una persona por las causas señaladas en la ley, que sólo se puede declarar por sentencia judicial. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma. En la sentencia se establecerá el alcance de la incapacitación (total o parcial), siendo revisable, ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas del incapaz pueden variar.

PALABRAS CLAVE: Incapacitación, privación de la capacidad de obrar, internamiento involuntario, autogobierno.

ABSTRACT: Incapacitation involves deprivation of the legal capacity of a person by causes indicated in the law, which can only be declared by judicial decision. Causes of incapacitation are illness or persistent physical or psychic deficiencies, preventing the person to govern itself. In its judgment the scope of incapacitation (total or partial), will be established being reviewable, since it has no efficacy of res judicata, since conditions physical or psychic of the incapable may vary.

KEY WORDS: Incapacity, deprivation of the capacity to act, involuntary internment, self-government.

SUMARIO: I. Concepto y regulación de la incapacitación.- 1. Introducción.- 2. Regulación de la incapacitación en España.- 3. Aproximación a un concepto de incapacitación. Relación con la discapacidad y la dependencia.- II. Causas de incapacitación.- III. Sujetos susceptibles de ser incapacitados.- IV. Procedimiento de incapacitación.- A) Competencia del Juez.- B) La intervención del Ministerio Fiscal.- C) Establecimiento de medidas cautelares.- D) Legitimación para promover el procedimiento de incapacitación.- E) Comparecencia del presunto incapaz.- F) Pruebas y audiencias preceptivas.- G) Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.- V. Alcance de la incapacitación.- 1. Extensión y límites de la incapacitación.- 2. Referencia a la constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.- 3. Internamiento del incapacitado.- 4. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado prohibidos por la sentencia de incapacitación.- VI. Revisión de la sentencia de incapacitación.- VII. Régimen específico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN.

I. Introducción.

En el ordenamiento jurídico español la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento¹. La personalidad jurídica implica la atribución a una persona de la titularidad de derechos y obligaciones.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los seres humanos nacidos, que han adquirido personalidad jurídica, dos tipos de capacidad: capacidad jurídica y capacidad de obrar. En general, se define la capacidad jurídica como la aptitud o idoneidad de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y la capacidad de obrar como la aptitud o idoneidad de una persona para poder ejercitar esos derechos y obligaciones. La capacidad jurídica se atribuye a todas las personas, sin depender de ningún factor. Sin embargo, la capacidad de obrar es graduable y variable, pues no se atribuye a todas las personas por el simple hecho de nacer, y depende fundamentalmente de la edad de la persona y de su capacidad de entender y querer:

1 Así se establece en los arts. 29 y 30 CC español. El art. 29 establece: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente"; y el art. 30 dispone: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno" (precepto modificado por la disposición final 3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de reforma del Registro civil).

• Josefina Alventosa del Río

Es Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia y Profesora Tutora en la UNED. Es Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch, y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Actualmente es Directora del Grupo de investigación "Derechos de la personalidad y Bioética" (Universidad de Valencia). Ha coordinado y participado en diversos proyectos nacionales e internacionales, e intervenido en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Ha publicado numerosos artículos y monografías, y es miembro del Consejo de Redacción de diversas Revistas científicas.

La incapacidad está relacionada íntimamente con la capacidad de obrar; especialmente con la posibilidad de las personas de entender y querer pues supone precisamente la privación de la capacidad de obrar en mayor o menor medida, según se va a señalar a continuación.

2. Regulación de la incapacidad en España.

La regulación de la incapacidad ha sufrido varias reformas desde su primera regulación en el CC.

En su redacción originaria, nuestro CC establecía en su art. 200 que estaban sujetos a tutela, además de los menores no emancipados, aquellas personas que adolecían de circunstancias de gravedad que aconsejaban la privación de la capacidad de obrar. Dichas circunstancias eran la locura o demencia, la sordomudez con falta de saber leer y escribir, la prodigalidad y la interdicción civil.

Posteriormente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificó profundamente la regulación de la incapacidad: suprimió la mención específica de causas de incapacidad, enunciándolas de modo general, estableció el control judicial sobre la declaración de incapacidad que sólo se puede realizar a través de sentencia judicial, introdujo una nueva figura tutiva, además de la tutela y del defensor judicial, la curatela, y permitió la incapacidad de un menor de edad en determinadas circunstancias.

Sin embargo, dicha regulación volvió a reformarse por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor², y, especialmente, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que derogó la mayor parte de la regulación contenida en el CC, transvasándola a la citada ley de carácter procesal³.

Por lo que actualmente la regulación de la incapacidad se realiza fundamentalmente en dos textos legales: el CC (arts. 199 a 201) y la LEC (arts. 756 a 763, dentro del Libro IV, Título I, Capítulo II, De los procesos sobre la capacidad de las personas).

A ello hay que añadir que en el propio CC se realizan referencias a la incapacidad en otros preceptos del mismo (así, en materia de capacidad para contratar en el art. 1263, 2º; en materia de capacidad para contraer matrimonio en el art. 56; en materia de capacidad para testar en los arts. 663 a 665).

2 Véase al respecto Nadal i Oller, N. *La incapacidad: comentarios al título IX del libro I del Código civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de octubre y Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero*. Barcelona (1999): Bosch.

3 Transvase que ha sido criticado por un sector de la doctrina civilista española. Cfr. Lasarte Álvarez, C. *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires (2008): Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 208.

Además, en España existen también otras normas de carácter nacional que inciden sobre la materia por la gran preocupación que ha suscitado la proliferación de personas ancianas y en situación de graves limitaciones de la autonomía personal, siguiendo las directrices de los organismos internacionales. Así, se han promulgado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, que se publicó con la finalidad de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad, vinculándola a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introdujo por primera vez en nuestro Derecho la figura de la autotutela. Y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la normativa internacional, entre ella, principalmente la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, realizada en Nueva York, y firmada por España el 30 de marzo de 2007⁴, que ha determinado la publicación en nuestro país de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, cabe señalar que también se ha desarrollado en las Comunidades Autónomas una abundante normativa sobre protección de las personas con discapacidad⁵.

3. Aproximación a un concepto de incapacitación. Relación con la discapacidad y la dependencia.

La incapacitación supone la privación de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial por las causas establecidas en la ley (arts. 199 y 200 CC)⁶, previendo el juez, una vez declarada, un régimen de protección de la persona y de los bienes del incapacitado, a través de la constitución de la tutela, de la curatela o de la guarda de la persona incapacitada⁷.

4 Véase al respecto Lasarte Álvarez, C. "Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en Blasco Gascó, F.P. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia (2011): Tirant Lo Blanch, 1325-1326.

5 En particular, y a título de ejemplo, en la Comunidad Valenciana cabe destacar la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, complementada por otra normativa de rango inferior; en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 1/1999 de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía; o en la Comunidad Autónoma de Murcia, la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia. Se puede consultar la legislación autonómica sobre esta materia en el Servicio de información sobre discapacidad (<http://sid.usal.es/leyes/discapacidad.aspx>).

6 V. en este sentido la STS 30 junio 2004 (Tol 483.303), entre otras.

7 En España, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2012, se informó de que en 2011 se presentaron por el Ministerio Fiscal 17482 demandas de incapacitación, y 10382 por los particulares; y se dictaminaron 57498 expedientes de tutelas y curatelas.

Así, nuestro ordenamiento configura la incapacidad no como una limitación de derechos de la persona⁸ sino como un sistema de protección de la misma cuando ésta es incapaz de proteger sus intereses⁹.

Es necesario distinguir la incapacidad de la incapacidad natural. La incapacidad natural es una situación de hecho en la cual la persona carece de la aptitud de entender y querer; núcleo de la capacidad de obrar. Sin embargo, la incapacidad, basándose en la falta de esta aptitud, supone el paso de la situación de hecho a una situación jurídica, pues implica una declaración judicial a través de la cual se dota a la persona incapacitada de un sistema de protección concreto de la que carece un incapaz natural¹⁰.

Por otra parte, también hay que interrelacionar la incapacidad con otros conceptos que han surgido con fuerza en los últimos años en nuestra realidad social, y que se interconectan entre sí en determinados planos: la discapacidad y la dependencia¹¹, a la que se han dedicado concretas normas legales, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, en este último en cumplimiento del mandato constitucional establecido en sus arts. 49 y 50, que se refieren a la atención a personas con discapacidad y a personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Lo que ha

8 En nuestra realidad social, la incapacidad se contempla con cierta reticencia por cierto sector de la sociedad, que tiene a su cargo personas incapaces, pues supone privar a una persona de su capacidad de obrar y esto implica una limitación a su libertad, que en nuestra Constitución se contempla como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). Así lo señala Calparsoro Damián, J. "La actuación del ministerio fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*. Logroño (2005): Fundación Tutelar de la Rioja, 45-46.

9 Prueba de ello es el sistema de garantías que rodea el proceso de incapacidad regulado en la LEC: interviene el presunto incapacitado con su propia defensa y representación, y si no es así, asumirá su defensa el Ministerio Fiscal; el Juez tiene el deber de examinar al presunto incapaz; es fundamental oír el dictamen de los facultativos (y no sólo oír a los parientes), y el Juez puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias. Y así lo han reconocido las Asociaciones y Fundaciones que tienen como objetivos la atención y el cuidado de personas que presentan deficiencias en el autogobierno de sí mismas, bien debido a su ancianidad, a enfermedades o a problemas de salud mental. Actualmente en España, entre los profesionales dedicados a estas personas preocupa la incidencia de la demencia en los mayores de 65 años, preocupación que se centra, por un lado, en procurar un sistema de protección efectivo para los mismos, y, por otro lado, en evitar la utilización de la incapacidad para defraudar los derechos de las personas mayores. En este sentido, en nuestra jurisprudencia se han rechazado muchas demandas de incapacidad de personas mayores porque los Tribunales han considerado que el hecho de ser mayores no significa que no tengan capacidad. V. así, entre otras, SSAP Álava 15 julio 1993 (AC 1993, 1537), Alicante 22 febrero 1995 (AC 1995, 333), y Burgos 4 marzo 1997 (AC 1997, 652); y STS 3 marzo 1998.

10 Ello no significa que todos los actos que realice un incapaz natural sean válidos jurídicamente, pues nuestro ordenamiento prevé la realización de dichos actos y establece, en su caso, la ineficacia de los mismos con diverso alcance (así, arts. 1300 y ss., 56 y 663 CC).

11 Conceptos que han sufrido una evolución desde el año 1980 en el que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una clasificación general y de lo que debía entenderse por discapacidad (CIDD: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías), que iba desde las causas médicas y de salud hasta llegar a las manifestaciones últimas en la vida diaria, pero que no satisfacía la concepción y los intereses de las personas discapacitadas, por lo que la OMS decidió someterla a una revisión y reformulación conceptual que se recogió en la CIDDM-2 o CIF (Aprobada por Resolución WHA54.21), en la que se introdujo el documento denominado "Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud". V. a este respecto AA.VV. *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con alzheimer* (coord. R. Marrero Macías). Madrid (2010): Landwell, PwC, 9-10; y Fernández de Buján, A. "Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación". *Revista de Derecho de la UNED* (2011). 9º, 83-92.

determinado la publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria y de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, entre otras muchas de carácter autonómico.

La discapacidad implica la existencia de minusvalías físicas o psíquicas en una persona. Y la dependencia supone una limitación en la autonomía de la persona debido a la existencia de ciertas circunstancias que le impiden funcionar con independencia.

Señala la doctrina que el concepto actual de lo que se entiende por persona con discapacidad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, viene definido en el art. 1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que dispone: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Como ya se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, en España los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia, por un lado por el importante crecimiento de la población de más de 65 años, y, por otro lado, por el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años (fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento"), lo que conforma una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. De otro lado, se advierte en dicha Exposición, diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Además, a esta realidad debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

En su virtud, en la legislación específica de carácter estatal, se definen las situaciones de discapacidad y dependencia.

Concretamente, la Ley 41/2003, señala, en el art. 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Y esta definición se produce con independencia de que tales personas discapacitadas

puedan ser incapacitadas, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, pues esta definición de la discapacidad se realiza para poder beneficiarse de las posibilidades que ofrece la norma¹².

Por su parte, para la Ley 39/2006, en su art. 2, la dependencia es “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. Dicha conceptualización se realiza también para determinar los sujetos a los que se aplica esta Ley, para el reconocimiento de los derechos que allí se citan y las prestaciones y servicios a los que pueden acceder:

Tanto la discapacidad como las situaciones de dependencia no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacidad de las personas que las padecen. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar en las mismas la imposibilidad del autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacidad.

II. CAUSAS DE INCAPACITACIÓN.

Como anteriormente se ha indicado, sólo se puede incapacitar a una persona por las causas señaladas en la ley.

Dichas causas vienen establecidas en el art. 200 CC al disponer: “Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Como se observa, el precepto no es muy preciso al indicar las causas de incapacidad, formulándolas de un modo general, pudiendo ser muy heterogéneas.

Ahora bien, de dicho precepto se deduce que para que las circunstancias que puedan incapacitar a una persona se consideren como causas de incapacidad deben reunir dos requisitos:

a) Por un lado, que se trate de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico¹³.

12 V. al respecto AA.VV. *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. de Salas Murillo. Zaragoza (2010); El Justicia de Aragón; y AA.VV. *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad* (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz y M. Pereña Vicente). Madrid (2011); La Ley-Actualidad.

13 V. en este sentido las SSTs 31 diciembre 1991 (Tol I.726.781), 31 octubre 1994 (Tol I.656.599) y 16 septiembre 1999 (Tol 2.320).

La jurisprudencia del TS ha señalado que “en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial 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”¹⁴.

Como enfermedades que imposibilitan habitualmente la autonomía de la persona se señalan por los expertos las enfermedades mentales (tales como la esquizofrenia, la paranoia, y la psicosis maniaco-depresiva), y el alcoholismo y la toxicomanía en fases crónicas¹⁵.

La existencia de dichas deficiencias la constata un especialista médico, a través del correspondiente certificado que contiene el diagnóstico y características del padecimiento¹⁶.

Además señala el citado precepto que tales enfermedades y deficiencias deben ser de carácter persistente. Aunque el término persistente no es muy preciso¹⁷, este último carácter es determinante de la incapacitación de la persona, pues una incapacidad temporal no daría lugar a dicha posibilidad¹⁸. Ello no significa que circunstancias que pueden durar un lapso de tiempo más o menos definido no den lugar a una incapacitación durante el tiempo que pueda durar dicha causa (piénsese en el caso de las personas alcoholizadas o toxicómanas para las cuales se puede solicitar la incapacitación mientras dura el período de rehabilitación si se da la imposibilidad de autogobierno).

14 En este sentido, la STS 31 diciembre 1991 (Tol 1.726.78), que ha sido reiterada posteriormente por otras sentencias

15 V.Alventosa del Río, J. “Incapacitación y drogodependencias”. *Revista Española de Drogodependencias* (2013). 38° (1), 67-81.

16 Así lo precisa el fiscal Santos Urbaneja, F. “Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil”, en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad* (II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007) (recurso electrónico), 143.

17 Así, la STS 10 febrero 1986 (Tol 228.282), señaló que para la apreciación de la causa de incapacidad que previene el art. 200 CC no es obstáculo el que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino que sea esporádicamente cuando las fases cíclicas o críticas se producen, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia se ha de considerar en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, conforme previene el art. 210 CC (*derogado actualmente*), que es lo efectuado por el Tribunal a quo al limitar la situación de incapacitación, en cuanto a la persona, a la fase cíclica o crítica de la enfermedad.

18 Así se manifiestan las SSTS 10 febrero 1986 (Tol 228.282) y 11 junio 2004 (Tol 449.274), entre otras. Sin embargo, para una persona que sufre una enfermedad que le impide gobernarse durante el tiempo que dura su permanencia en el hospital o en su casa no se solicita la incapacitación, ya que la Ley prevé también mecanismos concretos de protección legal del paciente en estos casos (así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y legislación autonómica correspondiente, entre ellas, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana).

b) Y, por otro lado, que tales circunstancias impidan a la persona gobernarse por sí misma¹⁹. Lo que significa que la capacidad natural de la persona para tomar decisiones sobre su vida se encuentra menoscabada por aquellas enfermedades o deficiencias, y, por tanto, no puede tomar con pleno conocimiento y libertad aquellas decisiones²⁰.

Esa imposibilidad de gobernarse hace referencia tanto a los aspectos personales como patrimoniales de la persona, o a ambos al mismo tiempo.

Y este segundo requisito es el verdaderamente determinante de la incapacidad de una persona.

Ahora bien, la existencia de una causa de incapacidad en una persona la determina el Juez en el procedimiento de incapacidad²¹, y no un especialista sanitario (aunque su informe sea determinante), a la vista de las pruebas que se practiquen durante el mismo, y que consisten, entre otras, en el examen del presunto incapaz, en los testimonios de los parientes, y en los dictámenes periciales correspondientes.

19 En este sentido se pronuncia la STS 28 julio 1998 (Tol 132.072), entre otras. Por su parte, la SAP Barcelona 7 marzo 2008 (SAP B 2075/2008), en un caso de incapacidad con antecedentes de alcoholismo crónico, señala que las enfermedades mentales, constituyen, "sin ningún género de duda, como muestra la praxis civil, las causas que de forma mas peculiar modifican la capacidad de ejercicio de los derechos, pues los que se encuentran en este estado están incapacitados para la realización de la casi totalidad de los actos jurídicos. Lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un "estado mental" propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos: 1) Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico); 2) Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); y 3) Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o dicho con palabras del Código, que le impida gobernarse por si mismo (criterio jurídico), si bien tal expresión, en principio ambigua y desorientadora, por su excesiva radicalidad, no debe interpretarse en sentido absoluto, pues bastará que la enfermedad o deficiencia de que se trate impliquen una restricción sustancial o grave de autogobierno de la persona a que respectivamente afecten, pues como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, no puede exigirse un estado deficitario del afectado mucho mas profundo o grave del que resulta de la propia literalidad del precepto mencionado".

20 Por ejemplo, una persona tretrapléjica padece una enfermedad persistente, pero ello no significa que tenga las facultades mentales disminuidas y que no pueda tomar decisiones sobre los distintos aspectos de su vida personal y sobre su patrimonio; en este caso faltaría el segundo de los requisitos mencionados para poder incapacitar a esta persona; en este supuesto existen otros instrumentos para poder paliar las deficiencias de esta persona. Otro supuesto sería el de los menores de edades muy pequeñas (piénsese en un recién nacido o en un niño de tres años); en este caso es claro que el menor no puede gobernarse por si mismo; sin embargo faltaría el primero de los requisitos para poder incapacitarlo; en el supuesto de la minoría de edad existen otros mecanismos legales (la representación legal de padres o tutores) para actuar en nombre del menor y de esta manera proteger los intereses del mismo.

21 Así lo estima la STS 20 noviembre 2002 (Tol 225.543). En la SAP Barcelona 17 febrero 2004 (Tol 483.369) se cuestionaba si existían causas de incapacidad. Se trataba de una mujer de 40 años, adicta al alcohol, casada con un marido maltratador, cuya madre solicitaba una incapacidad total. La Sala, sin embargo, declaró parcialmente incapaz a la demandada exclusivamente en el cuidado de su persona y en su aspecto relativo al tratamiento médico integral, pues entiende que, aunque la demandada conserve en abstracto las facultades mentales, se está ante un supuesto excepcional de falta de capacidad de autogobierno, subsumible perfectamente en el art. 200 CC, por lo que debe proporcionarse a la demandada una tutela que garantice en la esfera personal, donde se manifiesta únicamente su incapacidad, el tratamiento y las decisiones respecto al tratamiento de su enfermedad enólica, para garantizar su propia vida y la de posibles terceros, nombrando tutora a su madre.

Algunos autores estiman que, además del examen de las causas que se recogen en el art. 200, se deberían examinar también los motivos que han determinado la interposición de la demanda de incapacitación para comprobar si ésta se ha presentado en interés y beneficio del presunto incapacitado²², y no por otros motivos o intereses particulares de los demandantes.

El régimen jurídico de la incapacitación se aplica de igual forma con independencia de la causa de incapacitación.

III. SUJETOS SUSCEPTIBLES DE SER INCAPACITADOS.

Nuestro CC no hace especial mención a los sujetos que pueden ser incapacitados, excepto una referencia a los menores de edad²³.

De la legislación relativa al tema y de la jurisprudencia se puede concluir que pueden ser incapacitados tanto los mayores de edad como los menores emancipados.

En relación a los menores no emancipados dispone el CC que podrán ser incapacitados cuando concorra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC), dado que a los menores para suplir la falta de capacidad de obrar se les atribuye en el CC representación legal (art. 162 CC)²⁴.

IV. PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.

La regulación del procedimiento en que se declara la incapacitación se realiza fundamentalmente en la LEC (arts. 756 y ss.), en donde se examinan los extremos que a continuación se examinan.

Aunque hay que señalar que desde ciertos sectores profesionales y sociales se han realizado algunas críticas al régimen establecido en la LEC. Así se ha señalado que tiene vacíos legales pues son muchas las cuestiones que se plantean en la práctica y al que el procedimiento no da respuesta; que las familias no ven el procedimiento de incapacidad como un mecanismo de garantía y protección para el incapacitado, constituyendo una complicación más que una solución; que el procedimiento se

22 Así Santos Urbaneja, F. "Causa y motivo de la incapacitación", cit., 158 ss.

23 Véase Ruiz Jiménez, J. "La incapacitación de menores con discapacidad", en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)* (coord. F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y M^a F. Moretón Sanz; dir. congreso C. Lasarte Álvarez). Madrid (2006): UNED-IDADFE-El Derecho, 231-240.

24 Aunque en nuestro CC no exista una norma básica y general que reconozca la capacidad de obrar plena a los menores de edad, es necesario recordar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los menores de edad mayores de 12, 14 o 16 años la posibilidad de ejercer determinados derechos y de asumir concretas obligaciones (así, por ejemplo, testar en el art. 663 CC, contraer matrimonio con dispensa judicial en el art. 48 CC, dar su consentimiento para emanciparse en los arts. 317 y 320 CC, entre otros actos). Y que los menores pueden tener deficiencias físicas o psíquicas que determinen la pérdida de capacidad para decidir sobre sus propios intereses en aquellas materias en que la ley les atribuye capacidad de obrar.

dilata mucho en el tiempo; que resulta incómodo para el incapacitado y los parientes del mismo los distintos desplazamientos a los Juzgados, y que resulta poco ágil para solucionar problemas urgentes, entre otras²⁵.

A) Competencia del Juez.

El art. 756 LEC establece que será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

B) La intervención del Ministerio Fiscal.

En estos procedimientos, la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada por su posición de garante de los derechos de los incapaces y de institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa²⁶.

Su actuación debe estar regida por los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad y del interés público. Y en el procedimiento de incapacidad debe actuar en defensa y, en su caso, representación del incapacitado, siendo siempre parte en el proceso.

Además tiene otras funciones que se indicaran a continuación.

C) Establecimiento de medidas cautelares.

El tribunal competente, cuando tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacidad en una persona, podrá adoptar de oficio las medidas que considere 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 incapacidad. También podrá el Ministerio Fiscal solicitar del tribunal la inmediata adopción de dichas medidas. Pudiendo adoptarlas, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacidad. Como regla general, dichas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas (art. 762 LEC).

D) Legitimación para promover el procedimiento de incapacidad.

La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto

25 Cfr. Clavijo, B. (coord.). *Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacidad*. Madrid (2008): Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado (recurso electrónico).

26 Véase Calparsoro Damián, J. "La actuación del ministerio fiscal", cit., 52-54.

incapaz; si tales personas no la promoviesen, podrá hacerlo el Ministerio Fiscal (art. 757. 1 y 2 LEC)²⁷.

Ahora bien, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad.

De otro lado, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacidad en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757 LEC).

Pero ello no significa que el Ministerio Fiscal deba interponer automáticamente la demanda de declaración de incapacidad de aquella persona, sino que previamente debe proceder al análisis de las circunstancias que rodean el caso y ver si existen los requisitos que exige la incapacidad (cfr. art. 762.1 LEC, que señala que podrá promover la incapacidad "si lo estima procedente").

No obstante, la incapacidad de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC).

E) Comparecencia del presunto incapaz.

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

F) Pruebas y audiencias preceptivas.

En los procesos de incapacidad, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en la LEC (art. 752), el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz²⁸, examinará a éste por sí mismo²⁹ y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, de manera que nunca se decidirá sobre la incapacidad sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal (art. 759. 1 *in fine* LEC)³⁰.

27 Pero no podrán solicitarla otras personas no señaladas en la ley (salvo a través del Ministerio Fiscal). En este sentido la STS 7 julio 2004 (Tol 483.369) desestimó la demanda de incapacidad por falta de legitimación activa de la demandante (sobrina de las declaradas incapacitadas), sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa legal de incapacidad.

28 En este sentido se manifiestan las SSTS 20 marzo 1991 (Tol. 1.728.239), 19 febrero 1996 (Tol 216.861) y 4 marzo 2000 (Tol. 1.471).

29 Así lo señalan las SSTS 15 octubre 2001 (Tol 66.418) y 14 octubre 2002 (Tol 225.498), entre otras.

30 Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Incapacidad. Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal del presunto incapaz; limitación de la incapacidad a las actuaciones procesales

Si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno (art. 759 LEC)³¹, de manera que la inobservancia de estos trámites puede ser apreciada *ex officio*³².

G) Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.

Como se ha señalado anteriormente, será el Juez quien declare la incapacitación de una persona mediante sentencia (art. 199 CC). Dicha sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 (art. 760. I LEC).

Dicha incapacitación produce efecto desde su firmeza, no desde el momento en que se produjo la circunstancia que dio lugar a la causa de incapacitación. Así lo entiende el TS que considera que la sentencia de incapacitación es constitutiva de la misma e irretroactiva³³.

En relación a los actos realizados por el declarado incapaz antes de la sentencia de incapacitación, se puede solicitar por las personas afectadas la declaración de nulidad o anulabilidad de los mismos conforme al régimen jurídico aplicable a cada situación (arts. 6.3 y 1300 y ss. CC).

V. ALCANCE DE LA INCAPACITACIÓN.

Como se acaba de indicar, el alcance de la incapacitación viene determinado en la sentencia dictada por el Juez (art. 760. I LEC). En dicha sentencia, el Juez puede señalar la extensión y los límites de la incapacitación, el régimen de tutela o curatela a que debe quedar sometido el incapacitado y el posible internamiento del mismo. El alcance de la incapacitación depende de la situación y circunstancias concretas en que se halle el incapacitado, y queda al arbitrio judicial.

por querulancia; sometimiento a curatela". CCJC (2001). 56°, 821-832.

31 La STS 15 julio 2005 (Tol 674.287) declaró la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, por infracción del art. 759 LEC, pues era evidente la indefensión producida por la declarada incapacitada atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos.

32 V. en este sentido las SSTS de 20 febrero y 12 junio 1989 (Tol 228.283, Tol 1.723.590), 20 marzo y 24 mayo 1991 (Tol 1.728.239), 30 diciembre 1995 (Tol. 1.667.719) y 4 marzo 2000 (Tol 1.471).

33 En este sentido las SSTS 19 febrero 1996 (Tol 216.861), 19 mayo 1998 (RJA 1998, 3378) y 26 abril 2001 (Tol. 63.693), entre otras.

I. Extensión y límites de la incapacidad.

La incapacidad es graduable ya que el Juez en la sentencia puede establecer una privación plena de la capacidad de obrar o una privación parcial de la misma, pudiendo decretar incluso el internamiento del incapacitado, si lo considera oportuno.

Dado que es el Juez el que fija la extensión de la incapacidad, en la jurisprudencia de nuestros tribunales se constata que hay casos en los que el tribunal ha decretado una incapacidad total de la persona³⁴, otros en los que ha establecido una incapacidad parcial³⁵, señalando una serie de actos y/o negocios jurídicos que el incapacitado no puede realizar³⁶, y, en ocasiones, ha modificado el alcance de la incapacidad solicitada por los peticionarios³⁷.

Ahora bien, el Juez puede establecer en la sentencia de modo preciso los actos que el incapacitado puede o no realizar, o puede que no realice esta puntualización. En este último caso puede plantearse la duda de cuales serían los actos que el incapacitado podría realizar o no.

Parece obvio que si el Juez establece la privación de la capacidad de obrar sin señalar excepciones, el incapacitado no podrá realizar actos jurídicos válidos.

34 Establecen la incapacidad total las SSTs 16 septiembre 1999 (Tol 2.320), 29 abril 2009 (Tol 1.514.778) y 17 julio 2012 (Tol 2.635.528), y SSAP Barcelona 7 mayo 2004 (EDJ 2004/52295), en la que apreció incapacidad total pues considero que la presunta incapaz padecía un trastorno de personalidad por abuso de drogas, que requería control, peligrando incluso su integridad física., y 27 julio 2006 (EDJ 2006/383190), por considerar que el incapacitado no podía gobernarse por sí mismo, entre otras.

35 V. en relación a la incapacidad parcial las SSAP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222) y 17 febrero 2004 (SAP B 1921/2004), y SAP Álava 23 junio 2005 (Tol 702.955), en la que la Sala estima que, teniendo la demandada, consumidora de drogas, capacidad para regir su persona, no procede declarar su incapacidad total, debiendo declararse únicamente su incapacidad parcial y sometimiento a curatela, pues únicamente tiene problemas para controlar el dinero y llevar una vida organizada, lo que puede corregirse por medio de una curatela correctamente ejercida.

36 Así, la SAP Barcelona 23 septiembre 2002 (EDJ 2002/66122) declaró la incapacidad absoluta del demandado para la administración y disposición de sus bienes y recursos económicos, y la parcial respecto de sus asuntos personales, exceptuando que pudiera vivir solo sin control de ningún tipo.

37 En este sentido, en la STS 16 marzo 2001 (Tol 26.965), el propio Tribunal sustituyó una incapacidad total por una incapacidad parcial; y en la SAP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222), en el caso de un joven de 23 años drogodependiente en tratamiento de rehabilitación con metadona (aunque seguía consumiendo), cuyo padre solicitaba la incapacidad total, la rehabilitación de la patria potestad y el internamiento en un centro para curarse, atendiendo al Ministerio Fiscal, que se oponía por considerar que el joven no estaba afectado de una enfermedad síquica o neurológica que produjeran un deterioramiento cognitivo de tal magnitud que no pudiera autogobernarse, al propio drogodependiente, que entendía no se daban causas de incapacidad, y a los informes tanto del médico forense como la pericial psiquiátrica, que estimaban que no padecía enfermedad de suficiente entidad que le impedía gobernarse por sí mismo, la Sala estimó que debía situar a dicha persona en una incapacidad parcial en orden al gobierno de su propia persona, nombrándole un representante legal para que le ayude en el tratamiento comenzado y en el gobierno de su propio patrimonio, puesto que consideraba que todavía existía una posibilidad de disposiciones inadecuadas para aprovisionarse de sustancias tóxicas, prorrogando la patria potestad del padre.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el CC hay preceptos que parecen permitir al incapacitado la realización de determinados actos, y otras normas en las que prohíbe al incapacitado la ejecución de otros actos.

Así, el art. 267 CC establece que: "El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación". En cuanto a los actos que el incapacitado puede realizar por disposición de la ley, entre ellos se encuentran los actos de carácter personalísimo³⁸, dado que se establece que el tutor o el curador no pueden realizar dichos actos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que determinados actos de carácter personalísimo los pueden realizar los tutores en nombre del incapacitado pues, en caso contrario, se produciría una conculcación de los derechos del mismo³⁹. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina quien estima que una interpretación estricta de este precepto daría lugar a que el incapacitado se viera privado de tales derechos por no poderlos ejercitar, y que, por lo tanto, debe permitirse el ejercicio de las facultades y las acciones necesarias para defender la persona del incapacitado, cuando las circunstancias concretas así lo requieran⁴⁰.

En otros casos, sin embargo, el CC establece para el incapacitado la prohibición de realizar actos concretos (así, la celebración de contratos en el at. 1263.2°; o el otorgamiento de testamentos en el art. 663.2°).

2. Referencia a la constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.

Como se ha indicado, el Juez puede someter al incapacitado a un régimen de tutela (art. 222.2° CC) o a un régimen de curatela (art. 287 CC), según sea la privación de la capacidad de obrar que haya establecido. Si en la demanda de incapacitación se hubiere solicitado nombramiento de tutor o representante del

38 Así, el ejercicio de los derechos de la personalidad, la posibilidad de contraer matrimonio, la interposición de la demanda de separación matrimonial, divorcio o nulidad, el otorgamiento de testamento, entre otros. En otras normas de nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de tener en cuenta, aunque no sea determinante, la opinión de los incapaces o incapacitados. Así, por ejemplo, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (y legislación autonómica concordante), cuyo art. 5, 2, establece que "El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal".

39 Así la STC 18 diciembre de 2000 (EDJ 2000/40310) consideró permisible que la tutora de una mujer incapacitada (su madre) pudiera interponer una acción de divorcio ya que en caso contrario, señala el Tribunal, se produce una negación rigurosa y desproporcionada de la tutela judicial efectiva, y una conculcación del principio de igualdad entre los cónyuges, en defensa de sus intereses patrimoniales y personales. Y en el mismo sentido se pronunció también la STS 21 septiembre 2011 (Tol 2.248.621), aunque puntualizó que se exigía autorización judicial para poder interponer cualquier tipo de acción.

40 En este sentido se manifiesta Villagrasa Alcaide, C. "Los actos personalísimos del incapacitado", *Noticias jurídicas* (junio 2002).

incapacitado, el tribunal nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (art. 760.2 LEC).

La tutela se regula en los arts. 215 y ss. y 222 a 285 CC.

El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (art. 231 CC). Ello se realizará en audiencia pública y con la asistencia del Ministerio Fiscal.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, pudiendo exigir del tutor en cualquier momento que le informe sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración de la tutela (art. 232 CC).

El nombramiento del tutor debe realizarlo el Juez, siempre en interés y beneficio del tutelado⁴¹, atendiendo al orden establecido en el art. 234 CC. Los cargos tutelares son siempre de carácter obligatorio (art. 216 CC), salvo si existieren causas de excusa. Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra ninguna causa de inhabilidad (art. 241 CC).

El citado art. 234 CC señala que: "Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º) Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223.- 2º) Al cónyuge que conviva con el tutelado.- 3º) A los padres.- 4º) A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.- 5º) Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez".

Establece el art. 223.4º CC que en los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones de los padres en relación a nombramiento de tutores que hayan realizado éstos con referencia a sus hijos. Pues todas las disposiciones relativas al nombramiento de tutores por los padres son vinculantes para el Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada (art. 224 CC).

Por otra parte, si el incapacitado fuese un menor de edad, señala el CC en el art. 171 que la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad.

41 Pone de relieve que el nombramiento de tutor se debe realizar en beneficio del tutelado, entre otras, las SSAP Islas Baleares 28 abril 2009 (Tol 1.565.559) y Palencia 13 diciembre 2011 (Tol 2.340.547), y SSTS 11 octubre 2012 (Tol 2.674.037) y 5 febrero 2013 (Tol 3.010.824), entre otras muchas.

Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad⁴².

En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del título relativo a las relaciones paterno-filiales.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (art. 171.3° CC)⁴³.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento permite también que sea la propia persona que en un futuro pueda ser incapacitada quien designe para sí mismo un tutor. Así, el art. 223 CC (en relación con el 234.I CC) establece que "Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.- Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado". Se trata de la figura denominada autotutela (que fue introducida en el CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), y cuya disposición debe tener en cuenta el Juez. Aunque la jurisprudencia señala que si éste considera perjudicial para los intereses del incapacitado dicho nombramiento podrá rechazarlo⁴⁴.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar este orden o prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere (art. 234.II CC)⁴⁵. En defecto de las personas mencionadas, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC).

42 Así se estableció en las SSAP Asturias 13 abril 2000 (SAP O 1555/2000), Soria 12 marzo 1998 (SAP SO 58/1998), Jaén 4 marzo 1998 (SAP J 283/1998), y Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222), donde se prorrogó la patria potestad del padre de su hijo toxicómano de 23 años.

43 Señala el art. 171.2° CC que "La patria potestad prorrogada terminará: 1° Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2° Por la adopción del hijo. 3° Por haberse declarado la cesación de la incapacidad. 4° Por haber contraído matrimonio el incapacitado".

44 Así en la STS 17 julio 2012 (Tol 2.635.528) no se aceptó el nombramiento del tutor efectuado por el interesado porque se consideró perjudicial para los intereses de la persona incapacitada, dado los intereses económicos en juego que no gestionó correctamente la tutora designada por el propio incapacitado, nombrando como tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

45 De hecho, en la SAP Baleares 7 mayo 2004 (Tol 447.802) la Sala nombró tutora a la hermana de la incapacitada, que presentaba trastorno de personalidad por abuso de drogas, con preferencia al padre de la misma por entender que aquélla podría dedicarle mayor atención que éste; en la SAP Valencia 23 noviembre 2006 (Tol 1.022.178) se prefirió a la hija menor de la incapacitada, en base al informe pericial del Juzgado que la consideró más idónea, con preferencia a su hermana mayor.

Hay que añadir que pueden ser tutores tanto las personas físicas como las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de incapacitados (art. 242 CC)⁴⁶. Como regla general, la tutela se desempeñara por un solo tutor, salvo en algunos casos en que se puede ejercer por varios tutores conjuntamente (art. 236 CC)⁴⁷.

El tutor se constituye en representante legal del incapacitado en todos aquellos actos que éste no pueda realizar por sí mismo (art. 267 CC), ejerciendo su cargo de acuerdo con la personalidad de su pupilo y respetando su integridad física y psicológica (art. 268.I CC). Aunque necesita autorización judicial para realizar determinados actos (entre ellos, internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios del incapacitado, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, hacer gastos extraordinarios en los bienes, o disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, según el art. 271 CC). Deben hacer inventario de los bienes del incapacitado y rendir cuenta general justificada de su administración en el término de tres meses desde que cesó en sus funciones (plazo prorrogable con justa causa). Asimismo, el tutor está obligado a velar por el tutelado y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, y a informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración (art. 269 CC).

Por otra parte, el Juez en la sentencia de incapacidad puede haber establecido la curatela (normalmente en los casos de incapacidad no total sino parcial)⁴⁸. Su régimen jurídico es mucho más breve que el de la tutela (sólo abarca los arts. 286 a 291 CC), señalando el art. 291.I CC que se aplicaran a los curadores las normas de la tutela en lo relativo al nombramiento, inhabilidad, excusa⁴⁹ y remoción de los mismos⁵⁰.

46 De esta manera en las SSAP Barcelona 27 julio 2006 (EDJ 2006/383190) y 7 marzo 2008 (EDJ 2008/43610) el Tribunal atribuye la tutela del incapacitado total a Fundaciones privadas. En la SAP Islas Baleares 28 abril de 2009 (Tol. I.565.559), la Sala prefirió otorgar la tutela a una fundación privada antes que a las hijas de las incapacitadas por considerar que ofrecía mejores condiciones que éstas en cuanto al cuidado personal y patrimonial de aquélla, pues una de las hijas estaba enferma y la otra la había desatendido reiteradamente. La STS 22 julio 1993 (Tol. I.655.828) confirma el nombramiento como tutor a persona jurídica especializada en problemas de salud mental por ser más beneficiosa para la incapaz que la tutela de otros parientes.

47 Serían ejemplos de ello la concurrencia de un tutor en los aspectos personales y otro en los aspectos patrimoniales del tutelado, concurrencia de los dos progenitores, nombramiento del tutor y de su cónyuge, o designación de varios tutores por los padres. Sin embargo, en la jurisprudencia se señala que no existiendo circunstancia excepcional que lo exija no debe dividirse la tutela personal y patrimonial: así, SAP Zaragoza 8 noviembre 1999 (Tol 391.695).

48 Señala la doctrina que esta solución es la que se ha venido propugnando últimamente para determinados tipos de anomalías que, en un enorme porcentaje de los casos, pueden ser tratadas desde el nacimiento, y que mediante la educación y estimulación temprana se puede llegar a conseguir fomentar las potencias de una persona (por ejemplo, síndrome de Down, retraso mental leve o moderado, autismo).

49 Así, en la SAP Burgos 20 abril 2004 (EDJ 2004/409009), la Sala admitió una causa de excusa de la curatela que se había atribuido a una Fundación que tenía como finalidad la atención a las personas deficientes mentales que hubieran sido declaradas incapaces (la tutelada era una mujer que consumía tóxicos, drogas y alcohol, lo que afectaba, según el informe del médico forense, a su dinámica vital y a su rendimiento intelectual) porque el Tribunal estimó que necesitaba ayuda externa distinta a la que podía proporcionar la Fundación.

50 En este sentido, por aplicación del art. 244 CC, en la SAP Valencia 28 marzo 2003 (Tol I.114.452) el Tribunal

La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (arts. 289 y 290 CC)⁵¹.

Por último, el Juez puede nombrar Defensor Judicial cuando existan conflictos de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador, o cuando éstos, por cualquier causa, no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa, o se designe a otra persona (art. 299 CC).

3. Internamiento del incapacitado.

Establece el art. 760 LEC que en la sentencia de incapacitación el Juez se puede pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del declarado incapacitado. Dicho pronunciamiento se realizará a la vista de las pruebas que se hayan presentado, en donde tendrá un peso específico el dictamen de los peritos⁵².

4. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado prohibidos por la sentencia de incapacitación.

Respecto a la realización por el incapacitado de un acto jurídico pese a la privación de la capacidad de obrar en la sentencia de incapacitación, el régimen jurídico de la incapacitación recogido en el CC y en la LEC no tiene una norma concreta.

Si el régimen establecido para el incapacitado fuera el de la tutela, el CC no establece de modo claro si se puede ejercitar una acción de nulidad absoluta o relativa para invalidar el acto realizado por el incapaz. Aunque del art. 1301 CC, que se refiere a la acción de nulidad por causas de nulidad relativa (la denominada anulabilidad), en su apartado segundo, señala que el tiempo de dicha acción empezará a correr "Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela", por lo que parece deducirse que los actos realizados por el incapacitado sometido a tutela son anulables, y no nulos, aunque existen opiniones contradictorias al respecto en la doctrina.

Si el régimen establecido para el incapacitado fuera el de la curatela, el art. 293 CC establece que "Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la

excluyó de la curatela del incapacitado a la hermana por tener importantes conflictos de intereses con el mismo y a la madre por imposibilidad física dado que se encontraba enferma e iba en silla de ruedas, designando curadora a la Generalitat Valenciana.

51 En este sentido, STS 20 mayo 1994 (Tol 1.656.535), y SSAP La Rioja 30 octubre 2003 (Tol 332.690), Barcelona 29 julio 2005 (Tol 793.090), Badajoz 27 febrero 2006 (Tol 879.694), y Castellón 16 enero 2012 (Tol 2.532.550).

52 Así lo consideró el Tribunal en la citada SAP Barcelona 27 julio 2006, por ejemplo.

persona sujeta a curatela, de acuerdo con los arts. 1301 y ss. de este Código”. Por lo que, en este caso, no cabe duda de que el efecto de tales actos es la anulabilidad de los mismos.

VI. REVISIÓN DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN.

La sentencia donde se declara la incapacidad no es inamovible, es revisable, ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas del declarado incapaz pueden variar (para mejorar o para empeorar), necesitando, por tanto, un ajuste del contenido de la sentencia. Así el art. 761 LEC establece que “La sentencia de incapacidad no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida”.

La petición de este nuevo proceso pueden instarla las personas que formularon la demanda anterior; las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, el Ministerio Fiscal y el propio incapacitado.

La sentencia que se dicte en este nuevo proceso deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacidad, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta (art. 761.3 LEC)⁵³.

VII. RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO.

El internamiento de una persona por trastornos psíquicos se puede producir en diversas circunstancias.

Puede darse el caso de que sea la misma persona quien ante una situación de ciertos trastornos no puede superar por si misma, solicite voluntariamente el internamiento (supuesto al que se denomina internamiento voluntario).

Asimismo, puede darse el supuesto de que, como se ha indicado, sea el Juez, en la sentencia de incapacidad, el que establezca el internamiento del incapacitado si lo estima oportuno en beneficio del mismo (internamiento designado forzoso ordinario)⁵⁴.

Además, puede darse también el caso de que, ante ciertos trastornos de la persona los especialistas que la tratan consideren conveniente el internamiento de la misma, aún cuando no haya sentencia de incapacidad.

53 Véase García-Lubén Barthe, P. “Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacidad”. *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* (2003). 1º.

54 Véase Elosegui Sotos, A. “El internamiento forzoso ordinario”, en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*. Logroño (2005): Fundación Tutelar de la Rioja, 76-80.

Y, por último, cabe que se produzcan situaciones de urgencia en las que sea necesario, para proteger a la persona afectada o a terceros, el internamiento de una persona en establecimiento adecuado al caso, aún cuando no exista sentencia de incapacitación ni tampoco, por tanto, consiguiente internamiento determinado por el Juez⁵⁵ (en caso, por ejemplo, de síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o en el caso de Delirium Tremens o ciertos tipos de demencias)⁵⁶.

La LEC regula de modo detallado el internamiento no voluntario de una persona por razón de trastorno psíquico en el art. 763.

Señala este precepto, en su núm. 1, que el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento⁵⁷ (en consonancia con el art. 271.1º CC).

Precisa la Ley que, como regla general, dicha autorización será previa al internamiento.

Pero exceptúa de esta regla la existencia de situaciones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida⁵⁸. En este caso, el responsable del

55 La doctrina defiende una alternativa al internamiento psiquiátrico, sea consentido o forzoso: se trata del denominado tratamiento ambulatorio que tiende a evitar la privación de libertad del paciente, aplicándose cuando se constata que el ingreso es innecesario por la correcta adherencia a la terapia señalada al paciente, aunque hay discrepancia entre los especialistas. Cfr. Serrano Bernal, V. "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*. Logroño (2005): Fundación Tutelar de la Rioja, 107-108.

56 Los expertos señalan cuatro situaciones como susceptibles de ser objeto de internamiento psiquiátrico urgente: riesgo de autoagresividad (suicidio, tentativa de suicidio); riesgo de heteroagresividad, en el que existe peligro para terceros; pérdida o grave disminución de autonomía personal, que impide realizar las tareas de cuidado personal más básicas y necesarias; y grave enfermedad mental con riesgo de agravarse en caso de no tratarse adecuadamente. Así, Serrano Bernal, V. "El internamiento no voluntario", cit., 104-106.

57 El TC en su sentencia 2 diciembre 2010 (EDJ 2010/268826), consideró inconstitucional el art. 763.1 LEC porque estimó que esta materia debía haberse regulado por Ley Orgánica, aunque no declaró nula la norma, instando al legislador a regular dicho internamiento por aquel tipo de ley.

58 La STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 octubre 2000 (EDJ 2000/74930) abordó la necesidad de un internamiento involuntario por razones de urgencia, que no apreció. Este recurso trata de la reclamación por parte de una madre al Servicio Vasco de Salud de una indemnización pecuniaria por el fallecimiento de su hijo por presunta negligencia de dicho Servicio. El fallecido seguía tratamiento en un Centro de Drogodependencias, al principio por su toxicomanía y después por un trastorno depresivo. En varias ocasiones, en momento temporal anterior a su fallecimiento, había acudido al Servicio de Urgencias del Hospital por sobreingesta medicamentosa, acompañada de bebida alcohólica de alta graduación y gestos parausuicidas. En todas las ocasiones, los médicos que le atendieron le aconsejaron ingreso psiquiátrico, pero el paciente se negó, y con el consentimiento de la familia, le dieron el alta. Poco tiempo después el paciente falleció por sobredosis, señalándose en la autopsia que pudo ser accidental o un suicidio. El TSJ concluyó que el ingreso involuntario, siendo aconsejable (como así lo entendieron los diferentes facultativos del Servicio de Urgencias que propusieron el ingreso al paciente, rechazándolo éste en todas las ocasiones), no era una medida de obligada adopción por parte de los facultativos, puesto que el paciente conservaba el juicio y la capacidad de control, contando con apoyo familiar, circunstancias que permitían continuar con el tratamiento ambulatorio y posponer el ingreso en un centro psiquiátrico, aunque señaló que el único elemento de juicio con el que contaban para tal conclusión era el informe del perito, pero, ello no obstante, era a la parte actora a la que competía acreditar el nexo causal, sin que se hubiera probado en el presente proceso ni la ausencia de control del enfermo ni la falta de capacidad de la familia para hacer frente a su situación, máxime cuando no constaba

centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal⁵⁹.

Con respecto a los menores, especifica la Ley que el internamiento de éstos se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, la Ley establece que el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa (según se establece en el art. 758 LEC).

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

Debido al carácter graduable y revisable de la sentencia de incapacidad, la Ley indica que en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Dichos informes 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.

Por otra parte, la Ley también estipula que cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

que la madre, que acompañó a su hijo a los Servicios de Urgencia, efectuara entonces manifestación alguna en tal sentido, asumiendo, al menos de modo implícito, su cuidado. Por todo ello, desestimó el recurso presentado por la madre.

59 En los casos de internamientos urgentes, señala la Ley en el art. 763.1.3º LEC que la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento y que dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 LEC.