

CAPACIDAD. DISCAPACIDAD. INCAPACITACIÓN. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD*

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN**

Resumen: La elaboración de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar tiene su origen en la Pandectística alemana y en la tradición romanística. La relación entre discapacidad y incapacidad es poliédrica, si bien cabe decir que la discapacidad es una situación administrativa y la incapacidad un estado civil. La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en 2008, supone en cambio de paradigma que obliga a modificar y adaptar la legislación española al respecto.

Palabras clave: Capacidad jurídica, capacidad de obrar, Convención Internacional, derechos de las personas con discapacidad, proceso de incapacitación.

Abstract: The elaboration of the concepts of juridical capacity and legal capacity has its origin in German Pandectists and the Roman law tradition. The relation between disability and incapacity is polyhedral, although it can be said that disability is an administrative situation and incapacity is a civil state. The 2006 International Convention on rights of handicapped people, ratified by Spain in 2008, entails a change in the paradigm that will force a modification and adaptation of Spanish legislation on the subject.

Keywords: Juridical capacity, Legal capacity, International Convention, Rights of handicapped people, Process of incapacitation.

SUMARIO: I. CAPACIDAD JURÍDICA. CAPACIDAD DE OBRAR. DISCAPACIDAD. INCAPACIDAD; II. PROCESO DE INCAPACITACIÓN.- 1. Concepto, causas y garantías del proceso de incapacitación.- 2. Legitimación. Postulación, pruebas, sentencia, graduación de la incapacitación: tutela o curatela y recursos; III. PROCEDIMIENTO DE REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD Y MODIFICACIÓN DEL ALCANCE DE LA INCAPACITACIÓN; IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD; V. BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE MARZO DE 2011 DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD: PRINCIPALES NOVEDADES CONTENIDAS EN EL DOCUMENTO PRELEGISLATIVO.

* Fecha de recepción:

Fecha de aceptación:

** Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto de Investigación: "La jurisdicción voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. DER2008-06460-CO2-01, del que su Autor es el Investigador Principal. Fecha recepción: 30/05/11; Fecha admisión: 13/09/11.

I. CAPACIDAD JURÍDICA. CAPACIDAD DE OBRAR. DISCAPACIDAD. INCAPACIDAD

Los conceptos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que, formulada, en buena medida, por la pandectística alemana del XIX, tiene su fundamento esencial en las fuentes romanas y en la tradición romanística. Conforme a estos conceptos, propios de la ciencia jurídica europea, la capacidad, en abstracto, para ser sujeto de derechos y obligaciones, se conoce bajo la denominación de capacidad jurídica, que tiene todo ser humano, desde su nacimiento—incluso desde la concepción, para los efectos que le sean favorables—por el mero hecho de serlo, que no podrá ser suprimida, ni limitada, sino por causa de muerte. La aptitud o capacidad, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos u obligaciones específicas, como pueden ser otorgar un testamento, comparecer en concepto de testigo, intervenir en calidad de fiador, contraer matrimonio, o ser constreñido a la devolución de un préstamo, se denomina capacidad de obrar. Cabría pues hablar, en relación con la capacidad jurídica de poder de titularidad y, respecto a la capacidad de obrar, de poder de ejercicio.

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

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

El término incapaz se utiliza, por el contrario, de forma más difusa, para aludir a diferentes situaciones: a) A las personas incapacitadas por sentencia, así en los artículos 121 o 199 del CC, o el artículo 428.2 C. Penal, b) A las personas que se encuentran en la situación prevista en el artículo 200 del CC, sin que medie sentencia, es decir, a los incapacitados de

hecho, así en el artículo 303 CC, c) A quienes no están capacitados para realizar un acto concreto, así en el art. 745 CC, en el que se prevé quienes son incapaces de suceder, y d) A las personas con discapacidad, con carácter general.

En todo caso, ha de señalarse que, en sentido técnico, la discapacidad es una situación administrativa y la incapacitación un estado civil, que deriva de la existencia de una sentencia firme¹. Ninguna persona puede, por tanto, ser considerada incapacitada, sin una sentencia firme que lo declare, lo que parece abonar la tesis del carácter constitutivo de esta resolución judicial. El carácter exclusivamente judicial de la incapacitación, contrasta con las facultades de suspensión de la patria potestad o la tutela que se otorgan a las entidades públicas de la Administración, respecto de los menores en situación de desamparo².

La relación entre incapacidad y discapacidad es poliédrica. Así, no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial. Constituye, por ello, lo usual, que las personas incapacitadas, cuya tutela ha sido conferida a una persona jurídica fundacional, sufran algún tipo de discapacidad³.

¹ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, introdujo un nuevo sistema de protección para personas con discapacidad, sin que exista resolución de incapacitación, que se configura como una situación administrativa y no un estado civil, y que se atribuye a quienes están afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una minusvalía física o sensorial igual o mayor al 65 %. Conforme al art. 1 de la Convención de 2006: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

² DE LA CUESTA Y AGUILAR, *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 17-21; VARGAS CABRERA, “Aspectos civiles y procesales de la discapacidad”, en *la Protección Jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional, coordinador IGNACIO SERRANO GARCÍA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 126; PEREÑA, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, *Actualidad Civil*, 15, 2004, pp. 1758-1772.

³ En el sentido expresado, cabe afirmar, con IGNACIO SERRANO, “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/ 2003 de 28 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado*, 52, octubre-diciembre 2004, pp. 231 ss., que el perfil de las personas tuteladas por Fundaciones tutelares de personas con deficiencia mental, es el de una persona mayor de edad, huérfana o no, desamparada e incapacitada por discapacidad intelectual, en definitiva, una persona mayor, discapacitada y desamparada. Por su parte, MILLÁN MOYA, en su intervención ante la Subcomisión para el estudio de la discapacidad en el Congreso de los Diputados, en mayo de 2002, en su condición de Secretario General del CERMI, Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad, señala que <el retrato robot de la persona discapacitada española es el de una mujer, de entre treinta y cuarenta y cinco años, con una discapacidad física o psíquica, de mediana o severa intensidad, sin estudios o como mucho con estudios primarios, sin experiencia laboral, que normalmente vive en el hogar de sus padres, en situación de dependencia de éstos>. Cabe subrayar, por otra parte, que la primera causa de discapacidad se refiere a las deficiencias osteoarticulares, más de la cuarta parte de las deficiencias registradas. Le siguen en importancia, las deficiencias visuales y auditivas, alrededor del 18 % de las discapacidades, y las mentales, en torno al 11%.

Consideran VARGAS CABRERA y SAINZ DE ROBLES, preferible el término de discapacitado al de incapacitado, para referirse a la persona que se somete a un proceso de incapacitación⁴. En opinión de VARGAS CABRERA, el término disminuido utilizado por la CE resulta más moderado que el de incapacitado empleado por el CC y la LEC⁵. Considera este autor, que ha de partirse de un concepto de discapacidad inspirado en la CE y en los textos internacionales, modulando respuestas flexibles y acompasadas desde los distintos ámbitos legislativos, administrativos y judiciales. Propone, para el logro de la finalidad señalada, la elaboración de un estatuto general sobre la discapacidad, que considere al discapacitado como sujeto protagonista del proceso de incorporación al medio en el que vive. Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ aboga por una mayor desjudicialización y flexibilización del funcionamiento de la tutela y un desplazamiento del control judicial al ámbito familiar⁶.

El número total de personas con discapacidad para realizar alguna de las actividades de la vida diaria asciende a algo más de 2.285.000. *Vid.* al respecto en JIMÉNEZ LARA y HUETE GARCÍA, “Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999”, en *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Real Patronato sobre Discapacidad*, Madrid, 2003, pp. 119 ss.

⁴ *Vid.* en VARGAS CABRERA, “Aspectos civiles y procesales de la incapacidad”, en AAVV, *La Protección Jurídica del Discapacitado*, I Congreso Regional, cit., pp. 121 ss.; SAINZ DE ROBLES, “Una perspectiva histórica”, *La Protección Jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 25 ss.; LÓPEZ FRÍAS, “El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos”, en *Revista de Derecho Privado*, abril 1999, pp. 296-320; MARTÍNEZ DíEZ, *Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección*, Ed. Universidad Internacional Menéndez y Pelayo-Consejo General del Notariado, Madrid, 1999.

⁵ En todo caso, la segunda de las acepciones del término incapacitado contenida en el DRAE –la primera alude a “falta de capacidad o aptitud para hacer algo” – debería ser actualizada en su referencia a la interdicción civil: “dícese de la persona sujeta a interdicción civil”, y resultaría asimismo deseable una armonización en la utilización de los términos incapacitado y discapacitado en los textos legales. Acerca de la posición jurídica de los discapacitados en el Ordenamiento Jurídico Español, *vid.*, con carácter general, en LÓPEZ GUERRA, “Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la administración de justicia”, en *La administración de justicia y las personas con discapacidad*. Ed. Escuela Libre, Fundación Once-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; VARELA AUTRÁN, *La discapacidad en el Derecho Español y en la Constitución Española, Discapacidad Intelectual y Derecho*, Aequitas, Madrid, 2004; MARTÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Fundación Aequitas-Edt. Ramón Areces, Madrid, 2005; ROVIRA SUEIRO, *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia incapacidad*, Fundación Aequitas-Edt. Ramón Areces, Madrid, 2005; DELGADO y C. GALLÉN, Coords., *Normalidad y límite. Construcción e integración social del borderline*, Fundación-Aequitas, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.

⁶ *Vid.* al respecto en LEÑA FERNÁNDEZ, “Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos”, en *La protección jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 251 ss. A propósito de la tutela como institución protectora de menores e incapaces en la historia de las legislaciones de los países europeos, *vid.* en GARCÍA CANTERO, “Estudio comparado de la tutela”, en *La protección jurídica del discapacitado I*, cit., pp. 85-120. Señala este autor, que en la era codificadora, la tutela en Europa se decanta en torno a dos modelos, uno de carácter preferentemente familiar (privado) y otro en el que priman, a primera vista, los intereses públicos, sea en forma de tutela judicial o encomendada a órganos administrativos. La posición jurídica de las personas con discapacidad psíquica, en perspectiva histórica, es analizada por MARTÍNEZ DE MORENTIN, en “De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Abril-junio 2004, pp. 775-825.

En relación con aquellas personas que sufren una discapacidad psíquica, sin entrar en la discapacidad de tipo físico o sensorial, cabe subrayar que la terminología empleada para referirse a las mismas ha sufrido un profundo cambio, que ha tendido a la dignificación del nombre con que se las designa y así, desde la utilización de vocablos como anormales, subnormales, deficientes mentales o minusválidos psíquicos, se ha llegado a la actual denominación de discapacitados psíquicos. Se ha producido asimismo una evolución tanto en la clasificación científica de los distintos tipos de discapacidades, como en el tratamiento y la ayuda requerida por las personas que se encuentran en estas situaciones. Cabe subrayar, por otra parte, que existen discapacidades de muy diferente naturaleza y que, en consecuencia, requieren un tratamiento específico y diferenciado, así en los supuestos de: demencia, sordomudez, prodigalidad, discapacidad cíclica, casos límite, paranoia, esquizofrenia, oligofrenia, depresiones profundas, psicopatías varias, drogodependencia, alcoholismo, etc⁷.

II. PROCESO DE INCAPACITACIÓN

1. Concepto, causas y garantías del proceso de incapacitación

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

⁷ El 22 de mayo de 2001, la Organización Mundial de la Salud, aprobó mediante Resolución adoptada en su 54 Asamblea Mundial, un elenco clasificatorio de las distintas discapacidades y situaciones que afectan a la salud, con la denominación de Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, conocida por las siglas CIF. El año 2003 fue declarado por la Unión Europea como: «Año europeo de las personas con discapacidad», conforme a la Decisión 2001/51/CE, de 20 de diciembre, del Consejo. El Consejo de la Unión y los representantes de los Gobiernos han expresado, con este motivo, la reafirmación de “los derechos básicos de las personas con discapacidad en lo relativo a la igualdad de acceso a las actividades sociales y económicas”, y la creación de un programa de acción comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Con carácter general, en materia de discapacidad, puede consultarse: el elenco de disposiciones citadas por IGNACIO SERRANO, en *Revista Jurídica del Notariado*, 52, 2004, pp. 235 ss., y en *Protección Personal de las Personas con Discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, 2008; DÍAZ-ALABART, *Legislación básica sobre discapacitados*. Técnos, Madrid, 2004; ALCAÍN MARTÍNEZ, *Legislación sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi-CERMI, Navarra, 2005.

incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad, conforme al art. 171 CC.

El proceso de incapacitación está regulado en el Capítulo segundo, del Título primero, del libro IV de la LEC, bajo la rúbrica de “De los procesos sobre la capacidad de las personas”, junto con el proceso de prodigalidad, el proceso de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación y el proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. El articulado correspondiente a estos procesos comprende los artículos 756 a 763 LEC. La sustanciación del proceso de incapacitación se realiza por los trámites del juicio verbal⁸. Como previsión de futuro, hay que tener en cuenta, por otra parte, que la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, autoriza al Gobierno a que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar⁹.

Sobre la oportunidad de sustanciar las solicitudes de incapacitación no contradictorias por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, como así sucede en la legislación alemana, y acontecía en la legislación española con anterioridad a la LEC de 2000, se ha pronunciado una parte de la doctrina e instituciones que representan a los familiares y allegados a las personas afectadas, lo que parece razonable en atención a la mayor agilidad y economía de medios que supone el procedimiento voluntario y a lo penoso que resulta demandar y cumplir los trámites que supone el proceso de incapacitación, cuando las partes y el Ministerio Fiscal manifiestan su conformidad o la no oposición a la declaración de incapacidad¹⁰.

El artículo 199 CC prevé como garantías del proceso: a) la necesidad de una resolución judicial en forma de sentencia firme, dictada por juez competente, en un proceso declarativo y contradictorio, que declare la incapacitación, b) la tipicidad –sólo las causas establecidas–, y c) la reserva de ley formal, es decir, las causas deben ajustarse a las contempladas en la ley que en este caso se corresponde con lo previsto en los artículos 200 y 201 CC, que recogen la base fáctica de la incapacidad: enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a las personas gobernarse por sí mismas¹¹. Conforme a la

⁸ Vid. en CALAZA LÓPEZ, *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid 2007, pp. 130 ss. y, con carácter general, sobre la nueva concepción garantista de la jurisdicción voluntaria, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, II, *La Ley*, 6.600, de 28 de noviembre de 2006, pp. 11 ss.

⁹ Con carácter general, *vid.*, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacitación*, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 2004, y en IGLESIAS CANLE y CANDAL JARRÍN, *Los procesos sobre capacidad de las personas. Especial referencia a las personas dependientes*, Tirant, Valencia 2009.

¹⁰ *Vid.*, con carácter general, sobre la nueva concepción garantista de la jurisdicción voluntaria, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, II, *La Ley*, 6.600, de 28 de noviembre de 2006, pp. 11 ss.

¹¹ En relación con los artículos 199 a 201 CC, *vid.*, con carácter general, DIEZ-PICAZO, L., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, AMORÓS, M. y BERCOVITZ, R. (Coords.), Madrid, 1986, pp. 175- 183;

actual redacción, que deriva de la reforma de 1983, la configuración de las causas puede ser concebida como abierta, a diferencia de lo que ocurría con la anterior regulación, que preveía una lista determinada de causas.

Si bien el texto del artículo 200 se refiere a enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, cabe señalar que el carácter físico no es suficiente por sí mismo para determinar una incapacitación, en la medida en que no repercute en la naturaleza psíquica de la deficiencia o enfermedad¹². En este sentido, cabe señalar con DÍEZ-PICAZO, que quedan englobados en la fórmula abierta que utiliza el art. 200, los trastornos físicos que impiden completamente la comunicación o el desarrollo de la personalidad, como pueden resultar un prolongado coma profundo o una hemiplejía¹³.

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

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

PARRA, M. A., “Comentario del Título IX del Libro Primero del CC., De la Incapacitación”, *Comentarios al Código Civil*, RAMS, J. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1651 ss.

¹² El porcentaje de incapacitaciones motivadas por deficiencias psíquicas es muy superior al de las fundadas en enfermedades psíquicas, *vid.*, en este sentido en DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, “Aspectos Médico-legales del internamiento y de la incapacitación”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, 22, CGPJ, Madrid 1999, pp. 65 ss.; RAMOS CHAPARRO, “Enfermedad física, autogobierno e incapacitación (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de enero de 1994)”, *Poder Judicial*, 35, Madrid, 1994, pp. 397-412.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios al art. 200”, *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, cit., pp. 178 ss.; SANTOS URBANEJA, “Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas de la Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pp. 25 ss.

ción de incapacitante de un supuesto en el que la situación de incapacidad no es constante o permanente, sino esporádica, pero en el que las fases clínicas o críticas se repiten.

En cuanto a la idea de gobernarse a sí mismo cabe señalar, con DÍEZ-PICAZO, que constituye el centro de gravedad de todo el artículo 200, y lo que quiere decir es que dejada la persona a merced de sus propios impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma, por eso el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial. Sólo cuando la incidencia que la enfermedad física o mental persistente o la deficiencia ejerza en el autogobierno de la persona se produzca, y se produzca en grado estimable, la incapacidad será procedente.

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

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

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

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

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

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada. En una primera valoración, parece que podría afirmarse que la actual configuración jurídica de la incapacitación, no obstante la positiva valoración que merece su regulación para la mayoría de la doctrina y el carácter garantista del proceso de incapacitación, no goza, de forma generalizada, de suficiente confianza por parte de las familias afectadas.

En relación con este aspecto, ha sido subrayado por la doctrina, que es patente el rechazo sociológico a la incapacitación de una persona, conforme se avala con los datos proporcionados por la Encuesta sobre Discapacidad realizada en 1968-1988 por el Consejo Económico y Social, en la que consta que en España existen 800.000 personas discapaces

necesitadas de tutela, de las cuales el número de incapacitados no llega al 15 %¹⁴. Pues bien, el mencionado rechazo tiene como motivación, a juicio de FERNÁNDEZ PRIDA, el hecho que el procedimiento de incapacidad no resulta adecuado dado que las garantías que ofrece al declarado incapaz son más aparentes que reales, y no existe una especialización judicial a la hora de administrar el patrimonio de los incapacitados, ya que tan sólo se limita a aprobar o denegar las autorizaciones solicitadas. Se ha abogado, por ello, desde un sector de la doctrina, por la regulación de procedimientos de incapacidad diferenciados, frente al actual modelo de un procedimiento de incapacidad indiferenciado¹⁵. La persona incapacitada mantiene su capacidad jurídica y se ve limitada, de forma total o parcial, en su capacidad de obrar, mediante el régimen de tutela o curatela.

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

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

- Iniciativa de la propia persona afectada: el presunto incapaz, conforme a la disposición introducida al efecto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre¹⁶.
- Parentesco: descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz.
- Afectividad: el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable.

¹⁴ Vid., al respecto en SEGURA ZURBANO, “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Discapacitado, patrimonio separado y legitima*, n. 20, Madrid, 2005. En el mismo sentido, *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004; GONZÁLEZ PORRAS, “Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas”, en *Personalidad y capacidad jurídica*, T. II, Ed. Universidad de Córdoba, 2005.

¹⁵ FERNÁNDEZ PRIDA, “La autotutela”, VVAA, *La protección jurídica del discapacitado*, op. cit., pp. 60 ss.; SORIANO CAMPOS, “Autotutela, Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004; O’CALLAGHAN, “Autotutela: propuesta de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Economist & Iuris*, n. 100, Madrid 2006; BERROCAL LANZAROT, “Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre: la institución de la autotutela”. *Anuario de derechos humanos*, n. 9, 2008, pp. 15-141.

¹⁶ Observa GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil, T. II, Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid 2005, pp. 249 ss., que la posibilidad de que el presunto incapaz pueda instar su propia incapacidad, convirtiendo al demandante en actor contra sí mismo, desdibuja aún más los contornos de este proceso en el que –como en los procedimientos de jurisdicción voluntaria– no existe conflicto de intereses, sino una única finalidad de protección de los derechos del presunto incapaz.

- Patria potestad o tutela: quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del presunto incapaz cuando este fuere, al propio tiempo, menor de edad, para promover su propia incapacitación.
- Cargo público: el Ministerio Fiscal, quién deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757 LEC –presunto incapaz, y personas ligadas por vínculos de parentesco o afinidad–, no existieran o no la hubieran solicitado¹⁷.

Como señala DÍEZ-PICAZO, el llamamiento a los descendientes se hace de forma global y sin referencia alguna al grado de parentesco en la línea descendiente, en la que se encuentran con el presunto incapaz. Están, por tanto, llamados los hijos, los nietos y, en su caso, los biznietos y no hay ninguna excepción según el tipo de relación de filiación que se haya producido¹⁸.

En el apartado tercero del art. 757 se establece, por otra parte, que “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal¹⁹”. Se trata, por tanto, de personas que no están legitimadas, sino tan sólo facultadas u obligadas por razón de su cargo, para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible causa de incapacitación que, a su juicio, afecta al presunto incapaz.

Se establece en el art. 757, apartado 2, que el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación, si las personas para ello legitimadas, cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz, no existieran o no lo hubieran solicitado²⁰. Se establece asimismo la posibilidad de que cual-

¹⁷ Acerca de la distinción entre legitimación y capacidad de conducción procesal, *vid.*, en GIMENO SENDRA y CALAZA LÓPEZ, “¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?”, *La Ley*, 6.125, de 11 de noviembre de 2004. En relación con el concepto de capacidad procesal, *vid.* asimismo en MENÉNDEZ GARCÍA, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, AAVV, Civitas, Madrid, 1999, pp. 213 ss.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios al artículo 202 CC”, *op. cit.*, pp. 183 ss. La disposición derogatoria única, apartado 2.1 de la LEC de 2000, derogó los artículos 202 a 214 CC, lo que supuso el traslado a la legislación procesal, de las normas de procedimiento referidas a los procesos sobre la capacidad de las personas, contenidas en el Código Civil.

¹⁹ *Id.*, con carácter general, sobre el proceso de incapacitación en DE LA OLIVA-DÍEZ PICAZO GIMENEZ-VÉGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª ed, 2005, pp. 420 ss; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. Vol. II. Los procesos especiales*, Ed. Colex. Madrid 2005; ORTELLS Y CUCARELLA, *Proceso civil práctico*, Tomo IX, Ed. La Ley, Madrid, 2006, *vid. arts.* 756 ss.

²⁰ Como señala DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios al artículo 202 CC”, *op. cit.*, p. 186, la idea que parece presidir esta regla es la de un difuso interés público; que toda situación determinante de incapacitación produzca la incapacitación; que exista certidumbre en todas las situaciones jurídicas personales en bien de las personas para el autogobierno, pero también en interés de la generalidad.

quier persona pueda poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad, en consonancia con el papel del Ministerio Público como defensor legal de los intereses de las personas discapacitadas e incapacitadas, conforme al art. 757, apartado 3. En cuanto a la legitimación pasiva cabe señalar que corresponderá a la persona respecto de la cual se aduce la causa de incapacitación.

El presunto incapaz puede actuar con su propia defensa y representación²¹, si así no lo hiciese, su defensa corresponderá, con carácter imperativo, al Ministerio Fiscal y, si éste hubiera sido el promotor del procedimiento, a un defensor judicial, conforme se dispone en el art. 758 LEC: “El presunto incapaz... puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado²²”.

El procedimiento para la declaración de incapacidad está regulado en los arts 756 a 763 LEC, que se encuadran en el capítulo II del Libro IV de la LEC, que lleva por rúbrica De los procesos especiales, y la tramitación se ajusta a las normas del juicio verbal, con peculiaridades²³. En este sentido, se dispone en el art. 753 LEC que: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días...”.

La iniciación del proceso de incapacitación se produce, conforme al art. 399.1 LEC, al igual que en los demás procesos civiles, por interposición de la demanda, que deberá contener la petición de incapacitación y la causa concreta la motiva, si bien el tribunal podrá declarar la incapacitación en atención a una causa diferente a la alegada por el demandante²⁴. El demandante podrá asimismo proponer al tribunal la persona o personas que desempeñen,

²¹ En relación con la asistencia jurídica gratuita respecto de las personas con discapacidad, *vid.*, en IGLESIAS CANLE Y CANDAL JARRÍN, “Los procesos sobre la capacidad de las personas”, *op. cit.* pp. 51 ss.

²² El presunto incapaz, escribe Díez-PICAZO, en “Comentarios al artículo 207 CC”, *op. cit.*, pp. 191 ss., cualquiera que sea su estado natural de conocimiento y de voluntad, puede constituirse como parte en el proceso a través de su propia defensa y su propia representación. Lo dice así el inciso final del artículo 207. Y ello es lógico porque no hay que pensar sólo en los casos normales en que el incapaz presunto se va a transformar en incapaz definitivo. Hay que pensar también en los casos anómalos o patológicos que alguna vez se presentan en los que se pretende hacer pasar por incapaz –por enfermo mental o persona mentalmente disminuida– a quien no lo es en realidad.

²³ Para un examen detallado del procedimiento, *vid.*, en CALAZA LÓPEZ, *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, *op. cit.*, pp. 125-223.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El procedimiento de incapacitación”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacitación*. Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004; BERROCAL LANZAROT, “De nuevo sobre el proceso de incapacitación”, *Revista de Derecho Procesal*, 1, 2005, pp. 21-100.

²⁴ Observa MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*. Tirant, Valencia, 2005, pp. 43 ss., que el legislador se separa tanto de la forma de demanda sucinta, como de la posibilidad de presentar una demanda formularia, por lo que es preciso entender que el escrito de demanda habrá de ser suficientemente razonado y fundamentado.

en su caso, la tutela o curatela de la persona declarada incapaz. En todo caso, en atención al principio de oficialidad que caracteriza al proceso de incapacitación, el tribunal no se encuentra vinculado por las alegaciones de los intervinientes, una vez que el proceso de incapacitación se promueve, eso sí necesariamente, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, dado que en ningún caso puede iniciarse de oficio.

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

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

Por su parte, el art. 756 de la LEC dispone que: “Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite”. En aquellas localidades en las que existen Juzgados especializados en materia de capacidad de las personas, corresponderá a estos órganos judiciales el conocimiento de las causas de incapacitación²⁵. El Tribunal examinará de oficio su competencia para conocer del asunto, y su falta de competencia podrá asimismo ser apreciada a instancia de parte.

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

²⁵ *Vid.*, en relación con los Juzgados especializados en incapacidades y tutelas y su posición en relación con los Juzgados de Primera Instancia en ENTRENA KLETT, “Un problema de Derecho intertemporal: el órgano competente para deferir la tutela”, *Jornadas de Derecho Procesal, CGPJ*, Madrid, 1984, pp. 92 ss; LETE DEL RÍO, “Pasado y presente de la tutela o guarda de los menores o incapacitados, Líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela”, *Documentación Jurídica*, 41, tomo XI, enero-marzo 1984, pp. 35 ss.

Una vez interpuesta la demanda el Juez dará traslado de la misma al presunto incapaz, al Ministerio Fiscal, cuando proceda y a todos los legitimados, en atención al interés que pueden tener estar personas en defender la plena capacidad o la incapacidad del presunto incapaz, en el curso del procedimiento, si bien cabe también asimismo que las personas legitimadas se limiten a declarar en el curso del proceso como personas allegadas al presunto incapaz sin adoptar una posición activa a favor o en contra de la demanda de incapacitación²⁶.

El demandado dará contestación a la demanda por escrito en un plazo de 20 días, conforme señala el art. 753 LEC y podría formular, por medio de reconvencción, la pretensión o pretensiones que considere que le competen respecto del demandante. Formulada la contestación a la demanda, la no asistencia del demandado a la vista del juicio oral no supone su declaración en rebeldía y, en sentido contrario, la falta de asistencia del demandante a la vista equivale a su desistimiento, conforme al art. 442 LEC, siempre que cuente con la conformidad del Ministerio Fiscal, conforme al art. 751.2 LEC. Con carácter general, a la indisponibilidad del objeto del proceso en esta materia, se refiere el apartado 1 del art. 751 LEC: “En los procesos a que se refiere este Título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”.

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

- Procederá al examen directo del presunto incapaz²⁷.
- Oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz²⁸.

²⁶ *Vid.*, en COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “El ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación”, en MORÓN PALOMINO (Coord.), *El proceso civil y su reforma*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pp. 83-108.

²⁷ En relación con el peculiar carácter de medio de prueba del examen por el juez del presunto incapaz, *vid.* SSTS de 2 de febrero y 12 de junio de 2008 y SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2006. *Vid.* asimismo, STS de 31 de diciembre de 1991, acerca de la consideración del examen de la persona con discapacidad, no como reconocimiento judicial, ni inspección personal, sino como un medio de prueba directa, legal y obligada para dictar la resolución judicial.

²⁸ *Vid.*, al respecto SSTS de 20 de febrero de 1989, de 12 de junio de 1989, de 20 de marzo de 1991, de 24 de mayo de 1991, de 15 de diciembre de 1996, de 4 de marzo de 2000, acerca del carácter imperativo y de orden público del examen directo del presunto incapaz y de la audiencia a sus parientes más próximos. *vid.* asimismo, SSTS de 19 de febrero de 1996, sobre la no procedencia de la audiencia, en el proceso de incapacitación, de aquéllos parientes que actúen en el procedimiento como demandantes, ni la de los que intervengan en situación de litigantes demandados. en relación con la audiencia a los parientes más próximos, considera DíEZ-PICAZO, L., “Comentarios al art. 208 cc”, *op. cit.*, p. 193, que debe tratarse, como es obvio, de parientes distintos de aquéllos que hayan promovido el proceso de incapacitación, aunque nada impide que el juez interroge también a éstos. asimismo, como opina este autor, dado que la ley no aclara los límites que circunscriben el conjunto de “parientes más próximos”, ello permite un buen margen de arbitrio judicial, siempre que sea oído un buen número de personas.

- Valorará los preceptivos dictámenes periciales médicos, sin perjuicio de cualesquiera otros dictámenes médicos que, de oficio o a instancia de parte, en relación con las pretensiones de la demanda²⁹.

En caso de apelación de la sentencia, el tribunal de segunda instancia deberá proceder a una nueva valoración de las pruebas³⁰, conforme al art. 759.3 LEC. El procedimiento de incapacitación concluye mediante sentencia, que tiene carácter constitutivo y no tiene efectos retroactivos. La previsión legal relativa a la sentencia de incapacitación, se contiene en el art. 760. 1 LEC, conforme al cual: “La sentencia que declare la incapacitación deberá graduar la extensión y límites de la incapacidad, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”³¹.

La determinación del grado de incapacidad, su extensión y límites, en expresión legal, deberá realizarse en atención a la intensidad de la enfermedad o deficiencia en la capacidad intelectual y volitiva de la persona incapacitada. LEÑA FERNÁNDEZ ha subrayado las tres principales barreras con las que se encuentra el tribunal en el ejercicio de la obligación de graduación: a) La traslación del campo clínico, que corresponde a los médicos que dictaminan sobre la enfermedad o deficiencia del presunto incapaz, al campo jurídico, que corresponde al Juez, en colaboración con el Fiscal, resulta siempre difícil y problemática, b) La práctica judicial demuestra que la realidad es siempre más rica que cualquier previsión teórica, de manera que la enumeración, en la sentencia, a modo de listado cerrado, de los actos que puede realizar el incapacitado deviene insuficiente, c) La experiencia demuestra que los medios personales y materiales de los Juzgados son absolutamente insuficientes para abordar, con honestidad y rigor, un tema tan complejo como lo es la incapacitación y su adecuada graduación³².

²⁹ *Vid.*, al respecto en SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005.

³⁰ *Vid.*, en este sentido, SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005.

³¹ En relación con el texto del art. 210 cc, introducido por la ley de 24 de octubre de 1983, que se mantiene inalterado en el primer párrafo del apartado 1 del art. 760 LEC, escribe Díez-PICAZO, en “Comentario al art. 210 cc”, op. cit., que la sentencia, ante todo, determina la extensión de la incapacitación ordenando una incapacitación plena, para todos los actos de la vida jurídica, o una incapacitación de carácter limitado. En este último caso habrá de puntualizarse un elenco de los actos para los que se reconoce capacidad a la persona y aquéllos otros respecto de los cuales la incapacitación funciona. Lógicamente puede no tratarse de un sistema de lista y podrán los actos incluidos en uno y otro punto designarse con sus rasgos generales.

³² *Vid.*, en LEÑA FERNÁNDEZ, *Graduación de la incapacidad*, Jornadas de la Fundación-Aequitas, Madrid, 2004, pp. 208 ss; LÓPEZ FRÍAS, “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Actualidad Civil*, 2, Madrid, 2003, pp. 327-338; CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, 2ªed, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004; CABRERA MERCADO, “La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacitación”, en *Discapacidad intelectual y derecho*, IV Jornadas de la Fundación-Aequitas, Madrid, 2004; ROVIRA SUEIRO, *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 38-40; PEREÑA VICENTE, *Dependencia e incapacidad. Libre elección del cuidador o del tutor*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

La graduación de la incapacidad ha de guardar, por otra parte, una estrecha relación con el régimen de protección establecido por la sentencia de incapacitación, de tutela o curatela³³. A estas razones de coherencia interna de la sentencia se refiere la doctrina cuando subraya que el Juez, al fijar la extensión y los límites de la incapacitación, debe determinar el órgano de guarda, en atención a aquéllos límites que él mismo fijó; consecuentemente, existirá una proporción lógica entre el alcance de la incapacitación y el tipo de guarda determinado, no siendo posible, por ejemplo, declarar la incapacidad total y determinar como órgano adecuado a aquélla incapacidad la curatela³⁴. En la STS 282/2009, referida a un proceso de incapacitación, en el escrito de contestación correspondiente al trámite de traslado al Ministerio Fiscal del recurso de casación y del de infracción procesal, se afirma que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor, y añade que “la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las preferencias del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los que se le marquen sea revisable por los tribunales”.

El nombramiento de tutor o curador puede efectuarse en la propia sentencia de incapacitación, o bien, con posterioridad, en procedimiento de jurisdicción voluntaria³⁵. En relación con el primero de los supuestos, el art. 759.2 LEC dispone que: “Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviere suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno”. En todo caso, en la constitución de la tutela o curatela, debe primar, ante todo, el interés de la persona incapacitada, por encima de cualquier otra consideración. En este sentido se pronuncia la STS de 22 de julio de 1993, cuando afirma que el concepto de “beneficio del incapacitado” es el que debe presidir la designación del cargo tutelar, frente a otras preferencias de tipo familiar. La tutela y la curatela se confi-

³³ A propósito de un deseable, de lege ferenda, tratamiento conjunto de la discapacidad y la incapacidad, en el marco del proceso civil especial de incapacitación, en los casos en que así lo pretendiesen y declarasen los particulares, *vid.*, en CALAZA LÓPEZ, *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, op. cit. pp. 197-198; En relación con un posible cambio legislativo en materia de tutela, *vid.* en LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, op. cit., pp. 149 ss.

³⁴ *Vid.*, en el sentido expresado, en MARTÍN GUILARTE, “Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC”, *Actualidad Civil*, 3, Madrid, 2001, pp. 1170 ss.; En relación con disposiciones específicas relativas a la incapacitación de una persona, *vid.* en SOTO RUIZ, “El estatus jurídico de las personas con discapacidad”, en *Tratado sobre Discapacidad*, R. DE LORENZO y L.C. PÉREZ BUENO (Dirs.), Madrid, 2007, pp. 592 ss.; *Vid.* asimismo en O’CALLAGHAN, “La declaración de incapacidad”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Consejo General del Notariado. Ed. Civitas, Madrid, 2000, pp. 48-58.

³⁵ *Vid.*, al respecto en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*, II, Ed. Iustel, Madrid 2008, pp. 225 ss.

guran, por tanto, como instituciones que suplen o complementan, mediante el asentimiento, el consentimiento o la autorización del tutor o curador, las limitaciones a la capacidad de obrar de la persona tutelada o sometida a curatela, derivadas de la sentencia de incapacitación, deben ejercerse siempre, y con carácter prioritario a cualquier otra consideración, en beneficio de dicha persona, así como tender a la recuperación de su capacidad³⁶.

El régimen de tutela que provoca la incapacitación afectará, en mayor o menor grado, a la persona y patrimonio de menores o mayores de edad, según los casos, mientras que el régimen de curatela, se constituirá en aquellos supuestos en los que el grado de discernimiento de la persona suponga una atenuación de su capacidad que afecte no tanto a su autogobierno, como a la administración de sus bienes. El proceso de incapacitación dará lugar, por tanto, a la constitución de la tutela cuando queda acreditada una limitación funcional de la persona para regir su capacidad y administrar sus bienes, y a la constitución de la curatela en relación con aquellas personas que, en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad en el marco patrimonial.

La constitución de la tutela o de la curatela, deberá promoverse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como ya ha sido señalado, como remedio a las limitaciones a la capacidad de obrar derivadas de la sentencia de incapacitación, siendo el juez una pieza clave en el nuevo sistema de tutela de autoridad, conforme al art. 231 CC, establecido a partir de la reforma de 1983, en contraposición a la anterior concepción de tutela de familia. La determinación de la tutela o la curatela depende pues de la valoración que el juez realice del supuesto de hecho planteado como objeto de su conocimiento. Conforme al art. 287 del CC “[...] procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de procedimiento en atención a su grado de discernimiento”. En tales supuestos, la curatela de la persona incapacitada “tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”, conforme al art. 289 CC, y se suele denominar curatela impropia, respecto de los supuestos propios de curatela, contemplados en el art. 286 CC³⁷.

A la delimitación entre tutela y curatela, en el marco de la incapacitación, se hace referencia en la STS 282/2009, Fundamento de Derecho Octavo, “La incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas en su entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados

³⁶ *Id.*, en el sentido expresado, en SERRANO GARCÍA, Prólogo a la *Protección Jurídica del Discapitado*, op. cit., pp. 14 ss.

³⁷ *Id.*, al respecto en GUILARTE MARTÍN CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 289 CC; la curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad”.

La doctrina española, en general, acogió de forma favorable, el riguroso control por parte de la Autoridad Judicial del ejercicio de la función tutelar, implantado por la reforma de 1983³⁸, frente al anterior sistema de tutela de familia, y la práctica confirmó la visión positiva de la doctrina, si bien, con el paso de los años, se han ido manifestando diversas voces críticas, entre las que cabe mencionar a R. LEÑA y SALINERO ROMÁN, que han puesto de relieve que la actual complejidad de las situaciones que se le plantean al juez en las tutelas e incapacitaciones, requieren una formación específica y una dedicación, de la que el titular de la potestad jurisdiccional no está, en la mayoría de las ocasiones, en condiciones de disponer. El debate sobre el grado de judicialización aconsejable para la tutela vuelve pues a plantearse casi treinta años después de la reforma del Derecho de Familia en este punto³⁹.

Conforme a la previsión contenida en el nuevo art. 242 del C.C., introducida por la Ley 13/ 1983, la tutela puede recaer en personas jurídico-públicas, o en personas jurídico-privadas, como pueden ser corporaciones, asociaciones o fundaciones de interés público, que tengan entre sus fines la protección de menores o incapaces⁴⁰. Son asimismo destinatarios de la tutela, conforme al art. 222 CC, además de los incapacitados, cuando así lo establezca la sentencia de incapacitación:

³⁸ La reforma de la incapacitación y tutela materializada en la Ley 13/1983, tiene su antecedente en las conclusiones publicadas en 1975 por un equipo de trabajo, constituido en 1975 por iniciativa de la Fundación General Mediterránea, presidido por el profesor LUIS DíEZ-PICAZO y formado por los profesores BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA. El texto articulado elaborado por este equipo de profesores, que se conformó en la práctica como un anteproyecto privado sobre la materia, se sustituye el sistema de unidad de guarda –tutela–, por el de pluralidad de guarda –tutela, curatela y, eventualmente, defensor judicial y guardador de hecho–, el sistema de tutela orgánica, de tutor, protutor y consejo de familia, por el de tutela individual, tutor o curador, y la tutela de familia por la tutela de autoridad. *Vid.* al respecto en “Tutela e instituciones afines”, TIII, de la obra *El nuevo régimen de familia*, 1990, pp. 50 ss.

³⁹ *Vid.*, al respecto en LEÑA, “Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos”, en *Protección jurídica del discapacitado I*, op. cit., pp. 251 ss., y en SALINERO ROMÁN, “Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica”, en *La Protección Jurídica del Discapacitado I*, op. cit., pp. 133 ss. Con carácter general sobre la reforma en materia de tutela, *vid.* en GARCÍA CANTERO, “Los principios de la nueva normativa sobre la tutela”, en *RGLJ*, julio 1985, pp. 85 ss.

⁴⁰ MUÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994; MÁS MAYORAL, “La asunción de la tutela por ministerio de la ley: intervención de entidad pública tutelar”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas Fundación-Aequitas, Madrid, 2004; GIL RODRÍGUEZ, “La <Entidad Pública> y las <Entidades Privadas> en la tutela de incapaces desamparados”, en *VVAA, La protección jurídica del discapacitado*, II, op. cit., pp. 21 ss.

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

La tutela por parte de una persona jurídica pública se produce, conforme al art. 239 del CC cuando ninguna de las personas previstas en el art. 234 CC asume la condición de tutor y cuando el incapaz se encuentra en situación de desamparo. Entre las ventajas de las personas jurídicas tutores pueden contarse la posible duración indefinida de éstas, con lo que ello supone de estabilidad, en relación con las personas físicas, y su previsible especialización, entre los inconvenientes más notorios suele aducirse el de la despersonalización en las relaciones con la persona tutelada, lo que ha hecho escribir a Ignacio Serrano que no debería haber ningún discapacitado incapacitado sin –una persona física– un delegado tutelar, que le dé cariño, que le visite y, en definitiva, que le acompañe.

El art. 303 CC, por otra parte, prevé la realidad fáctica que se produce cuando la Autoridad Judicial tiene conocimiento de la existencia de un guardador de hecho de un presunto incapaz⁴¹. Ante esta situación, el juez:

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

⁴¹ Vid., al respecto en VENTOSO ESCRIBANO, *La reforma de la tutela*, Ed. Colex, Madrid 1985, p. 127. HEREDIA PUENTE, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, en *La Ley: Revista jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, Madrid, 1998, pp. 2090-2095. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Fundación-Aequitas, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.

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

La sentencia en los juicios de incapacitación, que puede ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial y, en su caso, en casación, ante el Tribunal Supremo, produce efectos de cosa juzgada de la misma forma que en cualquier otro juicio jurisdiccional, si bien en la medida en que se revise y gradúe la incapacitación en atención a la modificación de las circunstancias que dieron lugar a la incapacidad, se producirá una variación de los límites objetivos de la cosa juzgada. Así conforme al art. 761.1 LEC: “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida⁴²”.

La sentencia dictada en el proceso de incapacitación, así como las posteriores modificaciones que, en su caso, se produzcan en su alcance y contenido, se inscribirán de oficio en el Registro Civil y, a petición de parte, en los Registros de la Propiedad y Mercantil, si hubiese circunstancias que lo justificare, conforme a lo dispuesto en el art. 755 LEC⁴³.

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

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

III. REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD Y MODIFICACIÓN DEL ALCANCE DE LA INCAPACITACIÓN

Conforme al art. 761.1 LEC: “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida⁴⁴”.

⁴² En relación con la particular configuración legal otorgada a la cosa juzgada derivada de las sentencias de incapacitación, *vid.*, CALAZA LÓPEZ, *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, op. cit. pp. 222 ss y, con carácter general, de la misma autora, en, *La cosa juzgada*, La Ley-actualidad, Madrid, 2009.

⁴³ *Vid.*, al respecto en GÓMEZ GÁLIGO, “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado”, en *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

⁴⁴ *Vid.*, con carácter general, en BANACLOCHE PALAO, *El proceso de reintegración de la capacidad*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 88 ss.

Si en la sentencia por la que se concluye el nuevo proceso de revisión de la incapacitación de una persona se dispone la reintegración de su capacidad, se produce la extinción de la tutela, o su sustitución por la curatela, si en la nueva sentencia se dispone la modificación del alcance de la capacidad y ello resultase lo más conveniente a la situación del incapacitado, conforme al art. 277 CC: “se extingue la tutela: 2. Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituya la tutela por la curatela”. La desaparición del régimen de guarda y protección, tutela o curatela, establecido en la sentencia de reintegración de la capacidad, supondrá, por tanto, el pleno restablecimiento de la capacidad de la persona incapacitada en el anterior proceso de incapacitación⁴⁵.

La pretensión de modificación del alcance de la capacidad, en el caso de que se estime, puede suponer una mitigación o un agravamiento del régimen de incapacitación y, por tanto, una variación de las facultades que configuran el grado de capacidad de obrar atribuido por sentencia a la persona incapacitada, así como el mantenimiento o la sustitución del régimen de guarda y de la persona o personas que ostenten la titularidad de los cargos de tutor o curador. En todo caso, el Juez no está vinculado por la petición del demandante, sino que deberá atender ante todo al interés de la persona incapacitada, por lo que deberá proceder a la reintegración de su capacidad o la minoración o agravamiento de su capacidad de obrar.

Dictada la sentencia en el proceso por el que se incapacita a una persona, cualquier variación que suponga una desaparición, una disminución o un agravamiento del alcance de la causa de incapacidad y se considere previsible que se mantenga en el tiempo, deberá materializarse en la incoación de un nuevo proceso, mediante el que se procederá o bien a la reintegración de la capacidad de la persona o bien a la modificación de su grado de incapacidad, en función de las nuevas circunstancias de hecho⁴⁶, cuyo desconocimiento supondría un contravención radical de la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del incapacitado⁴⁷.

Las nuevas circunstancias deben suponer una influencia positiva o negativa en el autogobierno de la persona incapacitada y, en consecuencia, tener el adecuado reflejo en la nueva sentencia⁴⁸. Si se trata de una mejoría total o considerable, ello debe materializarse

⁴⁵ En la SAP de Barcelona, de 14 de noviembre de 2003 se subraya la idea de la total rehabilitación producida por la sentencia de reintegración de la capacidad.

⁴⁶ Como subraya GARCÍA y GARCÍA SOTUGA, en *Comentarios a la LEC*, coordinados por CORDÓN MORENO, MUERZA ESPARZA, ARMENTA DEU y TAPIA FERNÁNDEZ, Vol. II., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 772 ss, las circunstancias sobrevenidas configuran la causa petendi de una nueva pretensión en la que está inherente el mismo interés público, o incluso mayor, que la primera.

⁴⁷ En relación con el escaso número de procesos de reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación, *vid.* SANCHO GARGALLO, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, Iurgium editores, Barcelona, 2000, pp. 3455 ss.

⁴⁸ A la necesidad de que existan circunstancias nuevas y diferentes a las existentes en el momento de la incapacitación, para que se produzca una reintegración de la capacidad, se hace referencia en la SAP de Lleida de 22 de marzo de 2006.

en una reintegración de la capacidad⁴⁹. Si se tratase de una recuperación parcial, la nueva sentencia deberá rehabilitar al incapacitado en su capacidad, en la medida en que se corresponda con la nueva situación. Si la persona incapacitada hubiese sufrido una pérdida de autogobierno, la nueva sentencia debería proceder a una modificación restrictiva y proporcional de su capacidad⁵⁰.

La legitimación para iniciar el nuevo proceso corresponde:

- Al cónyuge de la persona incapacitada o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable.
- A los descendientes.
- A los ascendientes.
- A los hermanos de la persona incapacitada.
- A quienes ejercieran cargo tutelar o tuvieren bajo su guarda al incapacitado, conforme a los arts. 228 y 269.3 CC.
- Al Ministerio Fiscal.
- Al propio incapacitado, que deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo, si se le hubiera privado, en la sentencia de incapacitación, de capacidad para comparecer en juicio, conforme al 761.2º párrafo 2º LEC.

Si la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación se solicitase respecto de un menor de edad incapacitado, la legitimación correspondería tan sólo a quienes ejerciesen la patria potestad o la tutela, por aplicación analógica del art. 759.4 LEC.

En sentido estricto, el verdadero legitimado pasivo, en este tipo de procesos, es la propia persona incapacitada, si bien cabe que puedan adherirse a su posición quienes están legitimados para promover el juicio de reintegración o modificación de la capacidad. Si es el propio incapacitado el que solicita la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación, lo hará frente a sí mismo, lo que supondrá la ausencia de contradicción. Nos encontraríamos de hecho en un supuesto característico de jurisdicción voluntaria.

⁴⁹ *Vid.*, al respecto en la STS de 20 de noviembre de 2002, y en relación la misma en MARTÍNEZ DE MORENTÍN, “De la cura furiosi en las XII Tablas a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002”, *op. cit.*, pp. 41 ss.

⁵⁰ A la restricción de la capacidad y a la revisabilidad de la sentencia de incapacitación se hace referencia en la STC 174/2002, de 9 de octubre: “La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable”.

Los trámites propios del procedimiento son los ya analizados al respecto en el proceso de incapacitación. La doctrina ha recalcado la necesidad de que el Juez facilite al máximo el inicio de este proceso revisorio, dada la relevancia de los derechos fundamentales en juego⁵¹, así como ha subrayado que no se trata de un proceso corrector de las deficiencias acaecidas en el proceso de incapacitación, para lo cual existen mecanismos específicos de control, sino de un nuevo proceso, incoado con la finalidad de reintegrar a una persona en su primigenio estado civil o de adaptar mediante, resolución judicial, la posición de la persona incapacitada a las nuevas circunstancias acaecidas desde la sentencia de incapacitación⁵².

Cabe la posibilidad de acumular varias peticiones por parte del demandante, así puede solicitar la reintegración de la capacidad y, en su defecto, la aminoración de su régimen de incapacitación o el reconocimiento de concretas facultades, o bien la sustitución de la persona que ejerza la tutela o la curatela. Cabe asimismo que se solicite un agravamiento de la posición de una persona incapacitada y al propio tiempo una restricción de ejercicio de determinadas facultades reconocidas al incapacitado en la sentencia de incapacitación. Por su parte, el demandado puede adoptar diversas posiciones frente a la demanda, así puede manifestar su deseo de que se mantenga su actual situación, o que se aumente o disminuya su grado de incapacitación. Si el demandado incapacitado, fuese asimismo el demandante en el proceso, procederá a manifestar que está de acuerdo con la petición correspondiente, lo que ciertamente convertirá en formal la dualidad de partes en el proceso.

En materia probatoria se procederá a la práctica de todas aquellas pruebas, propuestas por las partes o decretadas de oficio por el juez, necesarias para formar la convicción del juez y apropiadas para el descubrimiento de la verdad material acerca del objeto del proceso. La sentencia por la que se estima la reintegración de la capacidad o la modificación de su alcance, tiene carácter constitutivo, eficacia erga omnes, a partir de su inscripción en el Registro Civil correspondiente y efectos de cosa juzgada. Será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y, en su caso, de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su Protocolo Facultativo, fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ambos, son tratados internacionales que recogen los derechos de

⁵¹ *Vid.*, en APARICIO AUÑÓN, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.IV, LORCA NAVARRETE (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 4020 ss.

⁵² *Vid.*, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, "Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002, STC 174/2002", en *Actualidad Civil*, Madrid, 2, 2003, pp. 633-646.

las personas con discapacidad así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar esos derechos.

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

La aprobación por parte de la ONU de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, ha escrito CASTRO GIRONA, ha supuesto un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa la discapacidad en el ámbito de los Derechos Humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad⁵³.

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

Especial protección dispensan a las personas con discapacidad los artículos 14 y 49 del Ordenamiento Constitucional español: Artículo 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Supone el contenido de este artículo la integración de las personas con discapacidad, al no permitir la discriminación de personas por ninguna razón.

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

Artículo 49: Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los

⁵³ *Vid.*, en este sentido en, CASTRO GIRONA, “La convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario <ombuds-man social>”, en MIGUEL ÁNGEL CABRA, FRANCISCO BARIFFI y AGUSTINA PALACIOS (Coords.), *Derechos humanos de las Personas con Discapacidad, La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Fundación-Aequitas, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007 y, con carácter general, la misma obra en su conjunto, *Derechos humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Fundación Aequitas-Ramón Areces, Madrid, 2007.

derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. Este artículo ha propiciado la modificación de numerosos preceptos estatales y autonómicos con el objeto de adaptarse a lo en él preceptuado, a fin de garantizar a los discapacitados el ejercicio de todos los derechos.

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

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

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

- a) La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. En su Disposición final primera, que lleva por rúbrica: Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, se establece que: “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.
- b) El Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, por el que se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y se encomendó a los entonces Ministerios de Sanidad y Política Social; Ciencia e Innovación; Cultura; Defensa; Economía y Hacienda; Educación; Fomento; Igualdad; Industria, Turismo y Comercio; Interior; Justicia; Medio Ambiente y Medio Rural y Marino; Presidencia; Política Territorial; Trabajo e Inmigración y Vivienda, que, en el ámbito de sus competencias, impulsasen las reformas comprometidas en el mismo, siempre dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes en cada momento.

- c) El Proyecto de Ley, de 17 de diciembre de 2010, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el que se encomienda su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Sanidad, Política Social y Consumo, encontrándose, en el momento de redactarse estas páginas, en periodo de ampliación de enmiendas⁵⁴.
- d) El Borrador, de marzo de 2011, del Anteproyecto de ley, de reforma del código civil, del estatuto orgánico del ministerio fiscal y de la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente.

V. EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY EN MATERIA DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD: PRINCIPALES NOVEDADES CONTENIDAS EN EL DOCUMENTO PRELEGISLATIVO EN RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN DE 2006

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

⁵⁴ El objetivo de esta Ley es, según se afirma en su Exposición de Motivos, imprimir un nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogiendo las pertinentes adaptaciones en diez artículos. En cuanto a su contenido, se modifican distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, destacando el ajuste de la definición legal de “persona con discapacidad” a la contenida en la Convención. También se incorpora un nuevo supuesto de sanción accesoria en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En materia de sanidad, se modifican diversas leyes de modo que se incluye la discapacidad como nueva causa de no discriminación de la persona en su relación con las distintas administraciones públicas sanitarias, y se regula el derecho a la información en formatos adecuados que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, así como la prestación del consentimiento en diversos campos sanitarios. En materia de empleo, se aumenta, en las ofertas de empleo público, el cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad al siete por ciento contenido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y se crea, por vez primera con rango legal, una cuota específica, dentro de la genérica, para personas con discapacidad intelectual. Además, se regulan protocolos de actuación específicos en materia de protección civil para las personas con discapacidad, y en el ámbito de la cooperación internacional se incluye la discapacidad de un modo expreso y diferenciado. Por último, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con discapacidad 2008-2012 se incentiva el cumplimiento del Objetivo 4 de promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, ordenando al Gobierno la revisión de la normativa legal y reglamentaria y la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores. Esta norma ha sido informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad, en el que participan las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

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

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

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

- En el apartado 2 del art. 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad.
- En el apartado 3 del art. 12 se opta por un modelo de apoyo en la toma de decisiones, que supone una novedad respecto del actual modelo fundamentado, con carácter general, en la representación o sustitución de la persona con discapacidad.

- En el apartado 4 del art 12 al referirse a que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, parece asumir la posibilidad de que un profesional, diferente de la Autoridad Judicial, intervenga en la determinación y el control de la actuación de las personas de apoyo de la persona con discapacidad.

En relación con la posible intervención de un profesional diferente del Juez, en el marco de las actuaciones mencionadas en el art. 12.4., cabe observar que los notarios ostentan la doble condición de funcionarios públicos investidos de autoridad en el marco de sus competencias, que ejercitan, por delegación del Estado, con independencia e imparcialidad, y profesionales del derecho, respecto de los que cabe la libre elección por parte de los ciudadanos, y operan, en este ámbito, en estrecho contacto con la realidad social, económica y familiar de la discapacidad y con los derechos individuales de las personas, así en relación con las capacidades mencionadas en la Convención en el art 12.5., por lo que podría conformarse, a mi juicio, en el marco del Ordenamiento Jurídico español, como la autoridad independiente e imparcial a la que, en concurrencia con el órgano judicial competente, podría atribuirse, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, la competencia para garantizar, mediante la autorización de escritura pública, el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad⁵⁵.

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

⁵⁵ CASTRO GIRONA, “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad: el notario <ombudsman social>”, op. cit.