**EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y TUTELA**

Durante mucho tiempo se ha considerado el procedimiento de incapacitación como algo negativo, incluso cruel para las personas que adolecían de algún tipo de patología.

Pero esto, afortunadamente, pertenece a un pasado superado. Desde hace años los avances científicos y psicopedagógicos han dado lugar a que muchas personas que por las deficiencias sufridas eran postergadas, puedan hoy tener su propia vida digna, independiente en muchos casos y llena de perspectivas de futuro en algunos casos, y de un presente digo.

La intención es poner en claro unas ideas fundamentales; estas ideas se podrían resumir en las dos siguientes: la primera de ellas quiere resaltar el hecho de que la incapacidad es una medida de protección que, para que verdaderamente cumpla su misión, ha de adaptarse a la situación concreta del presunto incapaz. La segunda hace referencia a que a mayor educación y prevención o, en su caso, prevención, diagnóstico y tratamiento precoz, menor incapacitación.

El incremento de la esperanza de vida que tenemos afortunadamente, supone un envejecimiento de la población, y el llamado estado de bienestar que ha logrado llenar la vida de años, exige que trabajemos para garantizar que los sistemas de protección de esas personas que por razones de edad, por razones de discapacidad, necesitan completar su capacidad a la hora de poder ejercitar algunos de sus determinados derechos.

Entremos de lleno en el procedimiento de incapacitación y tutela: un paseo por este proceso complejo en ocasiones y tan peculiar para nuestro derecho civil.

**1. Procedimiento de incapacidad. Concepto de incapacidad**

El Código Civil, en su artículo 199, dispone que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley.

El artículo 200 establece que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma.

Por tanto, son tres los requisitos que deben concurrir para que se pueda considerar que concurre causa de incapacitación:

* 1. ***Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico***

Para que prospere la acción de incapacitación es preciso que se acredite una base patológica que sea persistente y resulte invalidante, en relación de causa-efecto. No todas las enfermedades o deficiencias son causas de incapacitación, sino sólo aquéllas que restrinjan o anulen la capacidad de autogobierno.

Por tanto, podemos concluir que la incapacidad supone necesariamente la limitación de la capacidad jurídica de un individuo mayor de edad que, sin embargo, tiene limitado o restringido su autogobierno y, en consecuencia, la posibilidad de decidir por sí mismo sobre su persona y bienes o bien sólo sobre su persona o sólo sobre sus bienes.

Las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que dan lugar a la incapacitación generalmente son déficit sensoriales, retrasos mentales, deterioros cognitivos o demencias y trastornos psicóticos (esquizofrenias, trastornos de ideas delirantes, psicosis maníaco-depresivas). Las demandas se promueven también, aunque en menor grado, en supuestos de determinados trastornos de la personalidad, alcoholismo o toxicomanía crónicos.

Dentro de las patologías que pueden dar lugar a una causa de incapacitación es cada vez más frecuente en nuestra sociedad que se aprecien como tales los deterioros cognitivos propios de la vejez que degeneran en demencias seniles o enfermedades como el Alzheimer. Son enfermedades y patologías que se manifiestan con la edad y que tienen creciente incidencia en sociedades como la nuestra, que cuenta con una población cada vez más envejecida.

* 1. ***Carácter persistente de la patología diagnosticada***

La enfermedad ha de tener una duración prolongada, si bien eso no implica necesariamente que sea irreversible, pero sí que durante un periodo de tiempo prolongado el individuo sea incapaz de decidir por sí mismo sobre su persona o sobre sus bienes o bien sobre ambas cosas a la vez, o, lo que es lo mismo, sobre sus propios intereses.

Presupuestos del carácter persistente:

a) Duración prolongada. En algunos casos este criterio no ofrece dudas cuando la enfermedad ha alcanzado un grado máximo de desarrollo, como por ejemplo en las demencias degenerativas. Existen más dudas en cuanto a las deficiencias psíquicas de carácter transitorio (brotes psicóticos temporales y esporádicos), las cuales no dan lugar a incapacitación.

Por otro lado están las deficiencias psíquicas de carácter cíclico que cursan por brotes (esquizofrenia o trastorno bipolar de la personalidad), respecto de las que la jurisprudencia ya se ha pronunciado (STS 10/02/86) en el sentido de que sí que pueden ser causas de incapacitación, si bien ha de delimitarse el alcance de dicha incapacidad, por ejemplo, en la medida necesaria para controlar la medicación o bien para someter al sujeto a un tratamiento coercitivo.

b) la enfermedad o deficiencia debe ser apreciable en el momento de iniciarse el procedimiento, ya que la sentencia carece de efectos retroactivos y lo realizado hasta ese momento es plenamente válido y no se vería afectado por la declaración de incapacitación. El hecho de que la enfermedad o deficiencia sea persistente no implica que ésta pueda desaparecer posteriormente, y el propio ordenamiento jurídico ha previsto esta posibilidad articulando un mecanismo en el artículo 761 de la LEC, que regula el procedimiento específico para modificar la incapacidad previa e incluso para rehabilitar la capacidad restringida.

* 1. ***Privación o restricción del autogobierno***

El autogobierno sería la actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial (Elena Comes y Blanca Escalonilla). Podría definirse como la aptitud del sujeto para guiarse o dirigirse por sí mismo en el ejercicio

de los derechos civiles (Manresa).

El juez será el que determine la extensión de la incapacitación conforme al artículo 760

de la LEC, por lo que no es preciso que la limitación del autogobierno sea total. En efecto, la patología puede ser causa de una limitación parcial del autogobierno y hacer

aconsejable una incapacitación limitada a determinados actos de la vida cotidiana o de

administración del patrimonio.

Para determinar el grado de autogobierno, el juez deberá contar con los correspondientes informes médicos que examinarán las circunstancias sociales, laborales y familiares del presunto incapaz y deberán reflejar en el informe emitido cuál es el grado de discernimiento del sujeto a la hora de asumir las funciones que impliquen una mayor o menor responsabilidad.

1. **Presupuestos procesales**
   1. ***Jurisdicción y competencia***

Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia habitual del presunto incapaz. Los tribunales españoles son competentes si el presunto incapaz tiene residencia en España, independientemente de su nacionalidad.

Si existe Juzgado de Primera Instancia especializado en incapacidades y tutelas, será éste el competente.

* 1. ***Personas que pueden interponer la demanda de incapacidad).***

Existen tres posibilidades: interposición de la demandad por determinados parientes,

por el Ministerio Fiscal o por el propio incapaz (Ley 41/2003).

**2.2.1. Parientes**

Se puede instar la demanda de incapacitación por parte del cónyuge o pareja de hecho.

Pueden iniciar también la incapacitación los descendientes, así como los ascendientes y hermanos. No pueden instar la incapacitación los parientes colaterales o lejanos (primos, tíos, yernos, sobrinos etcétera). A éstos sólo les queda la posibilidad de acudir al Ministerio Fiscal para que sea él el que inicie el procedimiento de incapacitación.

**2.2.2. Ministerio Fiscal**

El Ministerio Fiscal tiene el deber de promover la incapacitación siempre que tenga noticia de que en una persona existe causa para ello. Podrá informar de esta causa de incapacitación al Ministerio Fiscal cualquier persona, incluidos los parientes que no pueden instarla por sí mismos. Las autoridades y los funcionarios públicos tienen la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de un presunto incapaz, lo que en la práctica se resume en: médicos, psicólogos, trabajadores sociales,

responsables de bienestar social, etc.

Para que el Ministerio Fiscal inicie un procedimiento de incapacitación necesita una mínima base documental. A tal fin podrá recabar informes médicos o incluso ordenar que el médico forense examine al presunto incapaz y realice un informe previo.

**2.2.3. El presunto incapaz**

El artículo 223 del CC establece que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá adoptar, en documento público notarial, cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

* 1. ***Demanda y emplazamiento***

Para interponer la demanda debe estarse a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su artículo 753 establece que los trámites del procedimiento de incapacitación son los trámites del juicio verbal. En un principio, este procedimiento exige una demanda sucinta , pero en los procesos de incapacitación es preciso que se especifique la persona a la que se quiere incapacitar y, además, la demanda debe ser presentada por una persona legitimada para ello. En caso de que la presente una persona sin la legitimación necesaria, es posible archivar el procedimiento y dar traslado de todo al Ministerio Fiscal para que sea él quien, en su caso, interponga la demanda de incapacitación.

La demanda debe acompañarse de certificado literal de nacimiento del demandante, del demandado y del especificado en su caso como tutor.

La condición de demandado y, por tanto, la persona frente a la que se dirige el procedimiento la tiene el presunto incapaz, que puede comparecer en juicio si su grado de enfermedad le permite comprender el contenido de la demanda, con su propia defensa y representación. Es decir, debe comparecer con abogado y procurador cuyo apoderamiento podrá efectuar ante notario, o bien en comparecencia ante el Juzgado (apud acta), o bien solicitarlo de oficio, en el cual caso se suspenderá el procedimiento a la espera de que los Colegios designen a los profesionales correspondientes.

Cuando la demanda la interpone el Ministerio Fiscal, al demandado deberá nombrársele un defensor judicial que le representará en juicio y defenderá sus intereses. El defensor judicial será nombrado de entre los parientes más cercanos al presunto incapaz y, a falta de éstos, se nombrará a la entidad pública correspondiente. Si la demanda se interpone a instancia de parte, el defensor de los intereses del incapaz es el Ministerio Fiscal. No cabe el emplazamiento del incapaz por edictos, ya que éste debe tener conocimiento de que se está tramitando su incapacidad.

* 1. ***Contestación a la demanda***

La contestación también tendrá que reunir los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una de las especialidades en materia de incapacitación es que la contestación a la demanda debe presentarse por escrito en el plazo de veinte días a contar desde el emplazamiento, sin que sea necesario hacerlo de manera oral como en el resto de los juicios verbales. El objeto de la contestación a la demanda no puede ser otro que oponerse a la incapacitación, ya que este tipo de procesos quedan fuera del ámbito de disposición de las partes. No tendrá efecto el allanamiento o reconocimiento del presunto incapaz de su propia falta de autogobierno, ni la admisión tácita o expresa de los hechos por el propio demandado o por el defensor judicial.

* 1. ***Desarrollo del juicio y prueba***

En este tipo de procedimientos, el juez no se limita a ser un mero árbitro, ya que le interesa la verdad material y el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de solicitar

pruebas de oficio para poder llegar al convencimiento real de que en la persona en cuestión concurre una causa de incapacitación (STS 3/12/1991). En cada proceso de incapacitación, además de las pruebas pertinentes que sean acordadas de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, deberá practicarse: el reconocimiento del incapaz por el propio juez, audiencia de los parientes más cercanos y dictámenes periciales necesarios, que necesariamente deberán incluir el dictamen del médico forense adscrito a los Juzgados.

Practicadas las pruebas y oídos el Ministerio Fiscal y las partes sobre la graduación y los límites de la incapacidad o, en su caso, sobre la desestimación de la demanda, se dará por terminada la vista y el juez deberá dictar sentencia en el plazo de diez días. Los juicios y audiencias pueden celebrarse a puerta cerrada si el juez así lo acuerda por

providencia.

* + 1. **Examen del presunto incapaz**

Se trata de una garantía para evitar abusos cuya realidad puede ser percibida por un profano en medicina como el juez (STS 10/2/1986). Dentro de esta exploración por el juez se ha de atender a datos referentes a la vida personal: orientación de la persona («cómo se llama»), memoria inmediata («qué ha desayunado»), capacidad de abstracción («interpretación de refranes»), apreciación de ideas delirantes o sobrevaloradas, habilidades en la vida diaria (bañarse), aspecto y cuidado personal, afectividad, conciencia de la enfermedad. También se debe atender a datos de la esfera patrimonial: valor del dinero, moneda de curso legal, operaciones aritméticas, capacidad de administrar sus bienes de uso y consumo diario, y operaciones más complejas como una compraventa. (Argumentos expuestos por Elena Comes y Blanca María Escalonilla.)

* + 1. **Audiencia a los parientes**

En esta exploración se trata de obtener un dato más sobre el grado de deficiencia que presenta el presunto incapaz en cuanto a su autogobierno, así como de poder especificar sus habilidades a la hora de administrar sus propios bienes.

No se especifica quiénes deben ser los parientes, aunque siempre se alude a los más próximos. No es necesario explorar a todos, sobre todo cuando han sido citados y no han comparecido voluntariamente.

La audiencia a los parientes también es útil para poder designar el que deba ser el tutor o curador en su caso.

* + 1. **Dictamen de un facultativo o facultativos necesarios**

Es un elemento esencial para el juez a la hora de determinar el grado de discernimiento y autogobierno que tiene la persona presuntamente incapaz, ya que en la sentencia se deberá establecer el grado de incapacidad y la extensión necesaria. Para ello, es preciso contar con el informe médico más objetivo de todos, que es el que puede elaborar el médico forense como perito imparcial.

* 1. ***Sentencia***

La sentencia de incapacitación deberá determinar la extensión y los límites de la incapacidad. Además, deberá pronunciarse sobre el sistema de tutela o guarda al que debe quedar sometido el incapaz, produciéndose con ello una acumulación de acciones. Por otro lado, podrá pronunciarse sobre la necesidad de internamiento del incapaz, entendiendo como tal un internamiento residencial de carácter duradero, ya que el internamiento urgente en centro psiquiátrico no siempre está previsto para los incapaces, sino que puede ser para personas que sufran un trastorno psíquico de carácter temporal.

La sentencia de incapacitación, así como el régimen de tutela al que queda sometido, deberá inscribirse de oficio en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento.

Asimismo, la sentencia de incapacitación deberá pronunciarse sobre si procede privar a la parte incapacitada del derecho de sufragio activo y pasivo, privación que debe acordarse en todo caso cuando la incapacidad es total.

Otra de las acciones que puede ser acumulada a la demanda de incapacidad es la petición de esterilidad de incapaces contemplada en el artículo 156.2 del Código Penal,

el cual prevé expresamente que pueda solicitarse en el mismo procedimiento de incapacidad.

Si no se acumulan las demandas de designación de tutor o curador, de esterilización de

incapaces o de internamiento en un centro adecuado, se deberá articular mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria correspondiente.

No podrá producirse una acumulación subjetiva de acciones, es decir, no se puede tratar en un mismo procedimiento la incapacidad de dos personas, aunque sean hermanas y padezcan la misma afección. Cada una de ellas deberá tener su propio proceso de incapacitación.

* 1. ***Otros procesos***

Además del procedimiento de incapacitación, en la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan otros dos procedimientos: la adopción de **medidas cautelares** y el procedimiento para la **rehabilitación de la capacidad o modificación** de la ya acordada. Empezando por este último, su tramitación y requisitos son idénticos a los seguidos para el trámite de la incapacitación, por lo que no nos vamos a detener en su estudio. Por otro lado, previamente a la demanda de incapacitación, así como de manera simultánea o posterior, se pueden adoptar medidas cautelares tendentes a la protección de la persona o de los bienes del incapaz, bien de oficio, bien a instancia de parte o bien a petición del Ministerio Fiscal. Se rigen estas medidas cautelares por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el resto de las medidas, y siempre se deberá dar audiencia al demandado, sea con carácter previo, sea posteriormente ofreciéndole la oportunidad de oponerse a las medidas acordadas in audita parte.

Las medidas podrán ser el internamiento involuntario, el nombramiento de un administrador de su patrimonio o de un defensor judicial para acudir a juicio, la anotación preventiva de demanda, la suspensión de poderes que el incapaz hubiese otorgado, etc.

* 1. ***Medidas de protección de las personas mayores de edad con enfermedad de alzheimer***

El proceso de incapacitación es un mecanismo idóneo para poder proteger a las personas mayores de edad que tienen y han alcanzado un grado de deterioro suficiente, sea físico o mental, como para necesitar de alguien que supla esta merma de capacidad.

Cuando el anciano se encuentra inmerso en un proceso de deterioro cognitivo y físico o solamente físico o solamente psicológico, el proceso de incapacitación se evidencia como mecanismo adecuado para poder proteger debidamente su persona y, además, su patrimonio. No debe entenderse el proceso de incapacitación como mecanismo para proteger la herencia futura de los parientes que están llamados a sucederle, pero

sí como el mecanismo adecuado para poder proteger el patrimonio del incapaz de tal manera que con él pueda tener asegurada su debida asistencia.

Cuando se diagnostica una demencia en una persona de edad avanzada que, por su propia naturaleza, excluye su recuperación y cuyo proceso supone un deterioro progresivo no sólo de las capacidades intelectuales, sino también de los aspectos físicos, es preciso iniciar el correspondiente procedimiento de incapacitación de la forma en la que ha sido descrita anteriormente. Este procedimiento culmina con una sentencia en la que se determina el grado de discernimiento del incapaz y se establece el sistema de guarda al que ha de quedar sometido el declarado incapaz. Este sistema de guarda, en el caso de las personas mayores, debe ser necesariamente la designación de un tutor o un curador, en función de si la incapacitación es total o sólo parcial, como se describirá más adelante. Con ello, la persona mayor que ya no puede gobernarse por sí misma tiene asegurado que vele tanto por su persona como por su patrimonio, con un control por parte del juzgado.

* **Medidas cautelares**

El problema se plantea desde el momento en que se ha diagnosticado la enfermedad y culmina el proceso de incapacitación. Nos podemos encontrar con diferentes situaciones en las que es preciso adoptar medidas de carácter urgente. Se trata de las medidas cautelares que se regulan en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que pueden ser adoptadas de oficio, a instancia de parte o bien solicitadas por el Ministerio Fiscal. La ley dispone que podrá adoptarse cualquier medida necesaria para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

Es preciso que el juez tenga conocimiento de la existencia de una **causa de incapacitación**, para lo cual deberá tener en su poder informes de tipo social o médico

que revelen, aunque sea de manera indiciaria, que en cierta persona podría concurrir una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico persistente que limitasen en cierta medida su autogobierno. Esta información podrá ser elevada al Juzgado por trabajadores sociales, médicos que reconozcan habitualmente al paciente, parientes etc. Por tanto, el primero de los requisitos es que en la persona se aprecie la existencia de una causa de incapacitación. No puede ser utilizado este mecanismo, por ejemplo, para ingresar médicamente a un paciente en un determinado centro sanitario a fin de aplicarle un tratamiento que él voluntariamente no quiere asumir. Si la persona es plenamente capaz para decidir que no quiere someterse a tratamiento alguno y no se halla incursa en causa de incapacitación, el Juzgado no es competente para adoptar medida alguna, ya que esta circunstancia entraría dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Autonomía del Paciente.

Tiene que existir un mínimo de **prueba documental**, que podrá ser recabada por las personas o entidades que estén en contacto con los ancianos; por ejemplo, los servicios sociales o los centros de salud.

Las medidas pueden ser solicitadas en el mismo momento en el que se inicia la demanda de incapacitación y junto con ella (en este caso se denominan **medidas cautelares coetáneas**), o bien pueden solicitarse antes de iniciar el proceso de incapacitación (en este caso serían **medidas cautelares previas** a la demanda), y es preciso que la demanda principal de incapacitación se interponga en el plazo de veinte días.

La ley dispone, como regla general, que las medidas cautelares se **adopten previa audiencia de las personas afectadas**, y para ello exige la celebración de una vista con audiencia del presunto incapaz así como al resto de las personas que puedan verse afectadas. No obstante, existen momentos en los que la adopción de la medida debe ser urgente y no admite demora alguna (piénsese en el caso del anciano que reside solo en su domicilio sin familia que le pueda atender y que no se medica adecuadamente, poniendo en riesgo su salud). En este caso, si existe una posible causa de incapacitación, puede adoptarse la medida cautelar sin audiencia de la parte, ya que las razones de urgencia así lo aconsejan y la ley expresamente no lo prohíbe. Adoptada en este caso la medida cautelar, se notificará debidamente al afectado, así como a todas las personas que tengan interés legítimo y que podrán oponerse a la medida adoptada, tras lo cual se celebrará una vista y se resolverá mediante auto, apelable ante la Audiencia Provincial.

**Las medidas que pueden ser acordadas** son tendentes a la protección de la persona, del patrimonio o de ambas cosas. Entre estas medidas están el internamiento en un centro geriátrico adecuado a sus necesidades, el nombramiento de un administrador de los bienes, la anotación preventiva de demanda, la revocación de poderes otorgados con anterioridad por el presunto incapaz y el nombramiento de una persona que atienda de manera provisional todas las necesidades tanto personales como patrimoniales y a la que en nuestro Juzgado llamamos «tutor provisional», que acepta el cargo, realiza inventario de los bienes y va efectuando una gestión provisional de la persona y de los bienes del incapaz presunto mientras se tramita la incapacitación. Esta figura del «tutor provisional» no se encuentra recogida expresamente en el ordenamiento jurídico, pero tampoco está expresamente prohibida. El hecho de nombrar a una persona o entidad tutor de manera provisional, y mientras se tramita el procedimiento de incapacitación, ofrece la ventaja de que, en el transcurso del plazo hasta que el proceso termina, se le exigen unas garantías beneficiosas para el presunto incapaz, ya que existe un control por parte del juzgado y del Ministerio Fiscal del patrimonio del presunto incapaz y de la manera en la que éste se está empleando mientras dura el proceso de incapacitación. Finalizado este proceso, si el tutor provisional no es designado definitivamente tutor, se efectúa un control por parte del juzgado de lo realizado hasta el momento, con traspaso de las gestiones realizadas al nuevo tutor. Lo mismo ocurre si definitivamente la persona no resulta incapacitada: en

tal caso, el control de su patrimonio por el juzgado permite que se puedan exigir las responsabilidades pertinentes.

La figura del «tutor provisional» es más amplia que la del mero guardador de hecho, la del defensor judicial y la del administrador del patrimonio, que son las reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico. Primeramente, y en lo que la guardador de hecho se refiere, el «tutor provisional» se diferencia de éste por cuanto al guardador de hecho el ordenamiento jurídico le somete a un control posterior. Es decir, actúa antes de que el proceso haya iniciado, antes de que el juzgado tenga conocimiento de la situación, y posteriormente ratifica o no lo efectuado por éste.

El «tutor provisional» es designado por el juzgado y existe un control desde el principio de su actuación. Del defensor judicial, el «tutor provisional » se diferencia porque el defensor se nombra para que defienda y represente al presunto incapaz dentro del procedimiento y en actuaciones concretas para las que se designa (por ejemplo, la aceptación de una herencia de un incapaz cuando existe conflicto de intereses con el tutor), mientras que el «tutor provisional» actúa en todos los ámbitos personales y patrimoniales durante el breve periodo de tiempo que dura el trámite del procedimiento.

Del administrador del patrimonio, el «tutor provisional» se diferencia porque su cometido es mucho más amplio, ya que no solamente tiene encomendada la gestión del patrimonio, sino que además ha de velar por la persona del incapaz.

Por todo ello, en nuestro Juzgado, como medida cautelar y cuando el caso lo requiere, se nombra «tutor provisional» a una determinada persona o bien a una institución pública que actúa dentro del ámbito jurídico en defensa de la persona y del patrimonio de quien se halle incurso en un proceso de incapacitación y hasta que éste haya quedado resuelto, momento en el que «el tutor provisional» es nombrado tutor definitivo o es sustituido por el tutor que haya designado la sentencia. Esta «tutela provisional» no se inscribe en el Registro Civil hasta que no deviene definitiva.

1. **Las Instituciones de Guarda y Protección del Incapaz: patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial, guarda de hecho**
   1. ***Patria potestad***

Los menores de edad están representados por sus padres, quienes ostentan la patria potestad. Ésta se concibe como una función que engloba una serie de derechos y deberes destinados a cubrir las necesidades del menor. Corresponde conjuntamente al

padre y a la madre, salvo que alguno de ellos esté privado de la patria potestad.

Cuando uno es menor de edad, esté o no incapacitado, se encuentra sujeto a la patria potestad, de tal manera que durante la minoría de edad no existe diferencia entre los incapacitados y los que no lo están. Al alcanzar la mayoría de edad se extingue la patria

potestad, a no ser que el menor de edad haya sido ya incapacitado y se prevea que la causa de incapacidad perdurará en el tiempo y persistirá tras la mayoría de edad. En tal caso, **la patria potestad quedará prorrogada**. También puede ser que se solicite la

incapacitación del hijo mayor de edad y soltero que convive con los padres, lo que da

lugar a **una rehabilitación de la patria potestad**.

La función de la patria potestad, ya sea prorrogada o rehabilitada, es idéntica a la que

los padres tenían cuando el hijo era menor de edad, sin las garantías que se le exigen al tutor. Los titulares de la patria potestad deben actuar como un buen padre de familia, sin necesidad de hacer inventario de los bienes ni rendir cuentas anuales, debiendo pedir autorización meramente para los supuestos que prevé el Código Civil (artículos 164 y ss.).

***3.2.Tutela***

Personas sujetas a tutela

• Los menores de edad no emancipados que no estén bajo la patria potestad. Esta tutela será plena, abarca tanto la tutela de la persona como la de los bienes.

• Los incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, y los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.

• Los menores desamparados; en tal caso se aplica la tutela automática y la guarda sin perjuicio de un posterior acogimiento residencial o familiar que puede desembocar en adopción.

La tutela puede ser desempeñada por persona física, por persona jurídica privada y por persona jurídica pública.

1. **Persona física**

El cargo de tutor se desempeña siempre bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y bajo control judicial.

La regla general es que se nombre un solo tutor, que debe tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en causa de incapacidad especial (artículo 241 del CC) y no alegar excusa que sea aceptada. El nombramiento de tutor implica asumir la obligación

de cuidar a la persona y el patrimonio del tutelado, bajo control judicial.

Excepcionalmente se puede nombrar más de un tutor en los siguientes casos:

• Cuando se separa el tutor de la persona del tutor de los bienes. Cada uno actúa independientemente, salvo cuando la decisión afecta a ambos. Cuando hay varios tutores para los bienes, éstos deben actuar conjuntamente o con el acuerdo del mayor

número; si no hay acuerdo, resolverá el juez. Si los desacuerdos son reiterados, el juez puede reorganizar la tutela o proveer nuevo tutor (artículo 237 del CC).

• Si se nombra tutores a los padres. En este caso el ejercicio de la tutela es conjunto, de manera similar al ejercicio de la patria potestad, aunque el juez, si los padres lo solicitan, puede acordar que el ejercicio se produzca de manera solidaria.

• Si se nombra tutor a un **pariente (tío) u otra persona de confianza y a su cónyuge**,

en estos casos la actuación siempre es conjunta y, si hay desacuerdo, resuelve el juez, quien podrá proveer nuevo tutor si los desacuerdos son constantes.

Puede suceder que una persona disponga de bienes a favor de un incapacitado a título gratuito y determine quién será el administrador de los bienes, así como las reglas de su administración. En todo lo que no esté atribuido expresamente, corresponderá al tutor.

***Cargo de tutor***

El cargo de tutor recaerá:

1) Sobre la persona que haya designado el propio incapacitado en documento público o notarial ante la perspectiva de su futura incapacitación. El Juez deberá nombrar tutor a esta persona, salvo que en resolución motivada declare que es perjudicial para el incapaz. Este documento público deberá haber quedado inscrito en el Registro Civil de oficio por el propio notario, al margen de la inscripción de nacimiento.

2) El cónyuge con quien conviva el tutelado, siempre que no se estén separados y que el matrimonio no haya sido disuelto por divorcio ni haya sido declarado nulo.

3) Los padres que no tengan la patria potestad por ser el hijo mayor de edad y ser incapacitado después sin que se le pueda rehabilitar la patria potestad.

4) Las personas designadas por los padres en testamento o en documento público, cuyo notario lo comunicará de oficio al Registro Civil, donde constará al margen de la inscripción de nacimiento.

5) Los descendientes, ascendientes o hermanos que designe el juez.

6) La persona que, por su relación con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo el juez.

El juez puede alterar el orden de llamamientos en resolución motivada en beneficio del incapaz. Se considera beneficioso para el menor que éste se integre en la vida familiar del tutor. Cuando sean varios hermanos se procurará que sea un solo tutor para todos ellos.

***Incapacidad para ser tutor***

• Los suspendidos de la patria potestad o de su ejercicio.

• Los removidos de tutela anterior.

• Los condenados por cualquier delito que hagan suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela. Esta causa no se aplica cuando el tutor es designado en testamento por los padres y éstos conocieran esta situación, aunque el juez puede no nombrarlo en interés del incapaz o menor.

• Las personas con mala conducta o que no tengan manera de vivir conocida.

• Los que tengan enemistad manifiesta con el tutelado.

• Los que estén en conflicto de intereses con el tutelado, mantengan con él pleitos o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que adeuden sumas de consideración. Tampoco se aplica si los padres eran conocedores de esta circunstancia y los nombraron tutores. El Juez puede no nombrarlo en beneficio del menor o incapacitado.

• Los quebrados o concursados, salvo que la tutela sea solo para la persona.

• Las personas en las que concurra imposibilidad absoluta de hecho.

• Los que estén cumpliendo pena privativa de libertad.

• Los excluidos expresamente por el padre o madre en testamento o documento notarial. El Juez puede ignorarla en beneficio del tutelado y en resolución motivada.

***Excusas de tutela***

Las cargas tutelares constituyen un deber y no se admiten más excusas que en los

supuestos legalmente previstos.

Son causas alegables como excusa:

• Que el ejercicio de la tutela sea excesivamente gravoso por edad, enfermedad, ocupaciones profesionales o personales, falta de vínculos con el tutelado, etc.

• Que se carezca de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. La excusa puede alegarse al principio o cuando surja la causa, y siempre que haya persona de parecidas condiciones para sustituirla. Las personas jurídicas no pueden alegar una excusa sobrevenida. Mientras no se nombre nuevo tutor o defensor judicial, el tutor debe continuar con sus funciones y, si la excusa resulta desestimada, deberá correr con los gastos ocasionados.

***Remoción del tutor***

• Cuando concurra una causa de incapacidad especial después de referida la tutela.

• Cuando se conduzca mal en el desempeño de la tutela de cualquier forma, bien por incumplimiento de los deberes propios del cargo o bien por notoria ineptitud en su ejercicio.

• Cuando surjan problemas de convivencia que sean graves y continuados.

La remoción del tutor se realiza en juicio contradictorio oyendo a todas las partes intervinientes (artículo 1879 de la LEC 1881). Puede ser instado por el tutor, por el tutelado, por el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de otra persona interesada. Se deberá dar audiencia a todos los intervinientes y, mientras se resuelve, el Juez debe nombrar defensor judicial.

1. **Persona jurídica**

Para que una persona jurídica pueda ser tutora es preciso que no tenga ánimo de lucro; pueden ser asociaciones y, especialmente, fundaciones, pero no sociedades civiles y menos sociedades mercantiles. Además, deben tener entre sus fines la protección de menores e incapaces, lo cual se debe entender como un fin benéfico o asistencial genérico.

Las personas jurídicas privadas pueden excusarse del cargo de tutor cuando no tengan medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.

La persona jurídica pública que ejerce las funciones tutelares es la competente para la

protección de menores o incapaces en el territorio que asuma la tutela automática hasta que se establezca la tutela ordinaria o se establezca el adecuado ejercicio de ésta.

**Desempeño de la tutela**

*Obligaciones y garantías previas de la tutela*

Tres son las garantías previas al desempeño del cargo de tutor:

**Fianza**: El Juez tiene discrecionalidad para exigir la fianza, y puede no exigirla al principio y exigirla con posterioridad.

**Inventario:** Esta garantía es obligatoria y debe establecerse en el plazo de sesenta días a contar desde la toma de posesión del cargo. Si el tutor no incluye en el inventario créditos que tuviese contra el tutelado, se entiende que renuncia a ellos. Es una garantía de la gestión del tutor. Si la tutela es sólo de la persona, no será necesario realizar este inventario.

**Depósito:** Significa que ciertos bienes se depositan en establecimiento destinado al efecto. Es una medida potestativa y no obligatoria. Los bienes depositados pueden ser: dinero en metálico, alhajas (joyas), objetos preciosos (que son los que tienen alto valor económico), valores mobiliarios (cuyo concepto es amplio y no sólo incluye títulos, sino también acciones, obligaciones de sociedades etc.) y documentos de gran valor por sí mismos o por su contenido (manuscritos, planos de una finca, etc.). Se trata de bienes que son de fácil circulación y que pueden desaparecer. Los gastos de este depósito serán a cargo del patrimonio del tutelado.

***Contenido Personal de la Tutela***

La tutela se asemeja a la patria potestad. El tutelado tiene que guardar respeto y debe obediencia al tutor, con el límite de la licitud.

El tutor debe (artículo 269 del CC):

• velar por el tutelado, y esto abarca el cuidado material y la atención moral;

• integrarlo en su familia;

• procurarle alimentos;

• educarle y procurarle una formación integral. Si el tutor necesita internarlo en un centro de educación especial o de salud mental, precisará autorización judicial;

• promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en

la sociedad;

• informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado, sin perjuicio de que el juez o el Ministerio Fiscal puedan solicitarle en cualquier momento que informe sobre la situación personal o patrimonial del tutelado.

El tutor tiene como derechos:

• Recabar el auxilio de la autoridad judicial cuando sea necesario para cumplir sus deberes. También podrá recabar el auxilio de otras autoridades gubernativas y administrativas.

***Contenido Patrimonial***

El tutor tiene facultad de administración, entendiendo por tal la administración ordinaria.

Quedan fuera de esta administración los bienes adquiridos por el tutelado a título gratuito de un tercero que hubiera designado persona para administrarlos.

También los padres pueden establecer órganos de fiscalización y ordenar cualquier disposición sobre los bienes, excluyendo algunos de la administración del tutor. Por último, el patrimonio especialmente protegido del discapacitado queda sometido a un régimen especial de administración.

La administración extraordinaria necesita autorización judicial y comprende los

siguientes negocios:

• contratos de arrendamiento como arrendador por tiempo superior a seis años;

• contrato de préstamo como prestamista o como prestatario;

• gastos extraordinarios en los bienes del tutelado;

• aceptación de una herencia sin beneficio de inventario;

• formular demanda en nombre del tutelado, salvo que sea urgente o de escasa cuantía.

El poder de disposición del tutor queda limitado a los actos a título oneroso de bienes muebles que no sean de especial valor.

Actos de disposición para los que el tutor necesita autorización judicial:

• disposición de cualquier bien o derecho del tutelado a título gratuito;

• disposición a título oneroso de créditos, bienes muebles preciosos y valores mobiliarios,

o de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles e industriales;

• actos y contratos susceptibles de inscripción;

• contratos de transacción o arbitraje;

• renuncia de derechos, repudiación de la herencia y no aceptación de liberalidades.

La división de la cosa común y la partición de la herencia no precisan autorización judicial, pero sí aprobación judicial una vez practicadas.

El tutor debe informar anualmente al juez de la gestión de patrimonio, bajo control

del Ministerio Fiscal. Éste y aquél podrán reclamar este informe en cualquier momento.

***Actos prohibidos al tutor***

Existen determinados actos prohibidos para el tutor que, si se efectuasen, adolecerían

de nulidad absoluta, que es apreciable de oficio e imprescriptible. Se trata de actos en los que el tutor no debe intervenir por existir un conflicto de intereses con el tutelado. Si se aprecia un conflicto de intereses, el tutor debe solicitar el nombramiento de un defensor judicial.

El tutor, curador o defensor judicial tiene prohibido recibir bienes o derechos por contrato a título gratuito de la persona tutelada. Se excluyen los regalos sin trascendencia económica. Esta prohibición se mantiene no sólo mientras dura la tutela, sino hasta que se aprueba la cuenta del tutor.

El tutor tiene prohibida la adquisición y transmisión a título oneroso de bienes del tutelado o al tutelado.

***Responsabilidad del tutor***

Si el pariente que debe ser llamado a desempeñar la tutela no la promoviera, responderá de los daños y perjuicios.

Durante la tutela debe rendirse cuenta anual del estado del tutelado y de su patrimonio, y siempre que sea requerido por el Juez y el Ministerio Fiscal. Si en el desempeño de la tutela no actúa correctamente, podrá ser removido.

Al extinguirse la tutela, el tutor debe rendir cuenta final y responder de los daños y perjuicios que haya podido causar al tutelado. Tiene responsabilidad por mora en el pago del saldo deudor resultante de las cuentas finales. La rendición de cuentas no impide el ejercicio de las acciones que puedan corresponder al tutelado frente al tutor por razón de la tutela.

***Retribución***

El tutor puede tener derecho a una remuneración, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita.

La cuantía la fija el juez, que procurará ser entre el 4 % y el 20 % del rendimiento líquido de los bienes del tutelado. Para fijarla se tendrá en cuenta el trabajo que debe realizar el tutor y la rentabilidad de los bienes. Si cambian las circunstancias, el juez puede modificarla e incluso suprimirla.

El tutor que sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte tiene derecho a ser indemnizado con cargo a patrimonio del tutelado, si no puede obtener otro modo de resarcimiento.

* 1. ***Guarda de hecho***

Se trata del ejercicio de hecho de un derecho: es la gestión, por parte de una persona que no es tutor, de la persona y el patrimonio de un menor o incapacitado (Xavier O’Callaghan). Este guardador de hecho tiene la obligación de promover la declaración

de incapacidad y el deber de constituir la tutela. El Juez puede pedirle que informe de

su gestión y puede imponerle medidas de control o vigilancia.

Mientras se resuelve sobre la incapacidad o la constitución de la tutela, se nombrará un administrador, que podrá ser el propio guardador de hecho si es la persona idónea para el cargo. El guardador cuidará de los bienes, mientras que el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa.

Las disposiciones del Código Civil sobre esta figura constituyen una regulación una vez que se ha producido la situación: en definitiva, tratan de legitimar lo que se ha realizado con anterioridad, exigiendo, en su caso, las responsabilidades que se hubiesen podido derivar.

El guardador de hecho debe actuar de buena fe y con la diligencia de un buen padre de

familia, defendiendo los intereses del guardado y pudiendo responder de los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar como consecuencia de su actuación, siempre

que haya mediado culpa.

Si los actos realizados por el guardador son beneficiosos para el guardado, no podrán ser impugnados. Si son perjudiciales, sí pueden ser impugnados por haber sido realizados por una persona sin mandato ni representación legal (artículo 1259 del CC).

***3.4. Curatela***

El curador es la persona que complementa la capacidad del sujeto que no tiene plena capacidad. No cuida de la persona curada, ni la representa, ni cuida de su patrimonio; simplemente complementa su capacidad, ya que el curado no es un incapaz como el menor de edad o el incapacitado total, pero para determinados actos necesita un complemento de capacidad o autorización (García Quintero y Moreno Quesada).

El curador interviene en aquellos actos que el menor, el pródigo o el incapacitado parcial no pueden realizar por sí solos.

Están sometidos a curatela:

• Los menores de edad emancipados que carezcan de padres y los habilitados de

edad (menores sujetos a tutela que han sido judicialmente emancipados), los cuales

tienen capacidad de obrar pero para determinados actos necesitan la asistencia

del curador.

• Los declarados pródigos, que son aquellos que dilapidan el patrimonio en perjuicio

de las personas que tienen derecho a reclamarles alimentos. La sentencia

deberá indicar los actos que el pródigo no puede hacer por sí solo y, en caso de que

no diga nada, serán aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

• Los incapacitados que no hayan sido incapacitados totalmente, sino que se haya

dispuesto que para determinados actos necesitan un complemento de capacidad.

Para constituir la curatela se atenderá a las disposiciones del Código Civil sobre la

tutela. No obstante, existen dos normas especiales para los curadores respecto de los

tutores. Primero, no pueden ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.

Segundo, cuando el sometido a tutela ahora deba estar sometido a curatela, será

el mismo que ejerciera los cargos de tutor, salvo que se disponga otra cosa.

El curador debe actuar en los actos en los que el curado necesite el complemento de

capacidad, autorizando fehacientemente el acto en cuestión. El ejercicio de la curatela

está sometido también a control judicial. Si el curado realiza un acto sin la preceptiva

autorización del curador, éste será anulable.

Le afectan las mismas prohibiciones que al tutor en lo que se refiere a recibir liberalidades, actos a título oneroso, adquisición o transmisión de bienes y actos en que exista conflicto de intereses.

La curatela se extingue:

• por llegar el emancipado a la mayoría de edad;

• por dejarse sin efecto la declaración de prodigalidad;

• por dejarse sin efecto la declaración de incapacitación;

• por adopción del sometido a curatela;

• por fallecimiento.

***3.5. Defensor judicial***

Es la persona que representa y ampara temporal y provisionalmente a un menor o incapacitado, supliendo por falta de patria potestad, tutela o conflicto de intereses a los titulares de la patria potestad, al tutor o al curador (Xavier O’Callaghan).

Es una función que se desempeña de manera provisional: está prevista para el caso concreto de que exista un conflicto de intereses o sea necesaria la representación de menor o incapaz en juicio, o cuando se encuentre sin cubrir la función de patria potestad o el cargo tutelar y sea preciso representar al menor de edad o incapacitado.

El juez nombra defensor judicial a quien estime más idóneo para el cargo, pudiendo ser cualquier persona, sin necesidad de que sea pariente o allegado del sujeto a patria

potestad, tutela o curatela. El nombramiento se realiza en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que se inicia de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, del propio

menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio.

La capacidad general, la especial, la remoción y las excusas son las mismas que las previstas para los tutores.

El defensor judicial tiene la obligación de velar por los intereses personales y patrimoniales de un menor de edad o incapacitado como si de un padre o tutor se tratase, pero para un asunto determinado. Tiene las atribuciones que le haya concedido el juez, y a éste deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

Las distintas deficiencias de que pueden adolecer las personas son tan diferentes unas de otras que es imposible un tratamiento jurídico genérico y global. Esto lo ha entendido bien el legislador y lo ha venido aplicando el juez teniendo en cuenta el desarrollo y madurez del presunto incapaz según su propio juicio (a través de la comparecencia) y sobre todo mediante las pruebas periciales. En esta línea, el Art. 760 de la LEC de 2000 recoge la doctrina del Art. 210 del CC en el sentido de que la sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de guarda o tutela a que quedará sometido el incapacitado.

Por ello, como es claro que en un proceso de incapacitación lo que se está poniendo en tela de juicio es restringir la capacidad de obrar de una persona, las garantías a adoptar han de ser extremas; con esto se quiere decir que el juez que conoce el caso deberá procurarse de la mayor información posible. El juez no es un experto y a veces los juzgados no cuentan con el personal necesario (psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales...) que puedan asesorar a aquél en una materia de tan marcado carácter interdisciplinar. Así es fundamental que las partes y en general todos los intervinientes en el proceso (los demandantes o solicitantes de la incapacitación, el fiscal, que normalmente asumirá la defensa del presunto incapaz, y la propia autoridad judicial) presenten o soliciten toda clase de pruebas que puedan hacer posible que la sentencia de incapacitación se adapte perfectamente a la situación del presunto incapaz sin incurrir en imprecisiones. Efectivamente, esta última fue la causa del recurso de casación resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1999 , ya que el tipo de actos que no puede realizar el incapacitado han de estar determinados con la mayor precisión, incluso con el máximo detalle posible para que la medida sea realmente protectora y cumpla su misión.

No podemos olvidar que cuando hablamos de anomalías, enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas estamos metiendo en un mismo cajón de sastre situaciones que son de lo más heterogéneas. Un análisis pormenorizado de éstas desbordaría el presente trabajo y rebasaría completamente la finalidad del mismo, pero lo que sí se puede hacer es, teniendo en cuenta la gobernabilidad, madurez e independencia del sujeto, clasificar la incapacitación en dos tipos claros según su extensión:

Personas que no puedan en absoluto gobernarse por sí mismas dado el grado de incidencia de su anomalía (debido, por ejemplo, a un retraso mental grave o severo, parálisis cerebral como deficiencia congénita o genética o bien, en personas mayores, Alzheimer o cualquier tipo de demencia senil salvo que esté en sus comienzos, o quizás deficiencias que, hoy en día, sean susceptibles de educación y de fomento de potencialidades pero que no hayan sido desarrolladas con una educación especializada). Lógicamente, el juez no decretará la incapacitación sino después de valorar prudentemente ésta, pensando en lo que le ocurre o puede ocurrir al demandado cuando se enfrente con la realidad de la vida.

Como ahora veremos, en estos casos procederá la incapacitación en cuanto medida protectora y conllevará como forma de guarda la constitución de una tutela. Ello, salvo que se trate de una situación de prórroga o rehabilitación de la patria potestad, como tendremos ocasión de ver y de la que se harán las oportunas matizaciones necesarias.

Puede ocurrir, por el contrario, que la persona a incapacitar, aun adoleciendo de algún tipo de deficiencia (síndrome de Down, retraso mental leve o moderado...), haya recibido desde su nacimiento un tratamiento de estimulación temprana que le haya hecho progresar y madurar lo suficiente como para regir por sí mismo muchos aspectos de su vida. En estos casos además de contar –posiblemente– con algún tipo de pensión podrá contar con un trabajo que le estimule reportándole su correspondiente sueldo o gratificación permanente. Por otro lado, puede también tratarse de personas que no teniendo una deficiencia genética o a consecuencia del parto, la sufran posteriormente derivada de cualquier motivo como ocurre, por poner un ejemplo, con la anorexia nerviosa que no impide, en principio, un autogobierno de la persona de manera total, pero sí para determinados aspectos de su vida como lo es fundamentalmente el seguir su tratamiento de recuperación.

Es indudable que, para estos casos, no sería conveniente declarar una incapacitación total atendiendo a la específica situación del sujeto pues nunca está de más recordar que la incapacitación supone una restricción de la capacidad de obrar de la persona que sólo puede realizarla la sentencia judicial cuando realmente quede acreditada su falta absoluta de gobernabilidad. Por lo tanto, procedería una incapacitación sólo parcial respecto de los actos para los que no tenga plena capacidad intelectiva y volitiva (podrán llegar a realizar actos de administración de su propio patrimonio), por lo que, como mucho, sólo sería necesaria una incapacitación parcial para determinados actos (por ejemplo de disposición) instituyendo para ellos una tutela o una curatela. Como dicen Miguel TORRE y Mª Victoria TRONCOSO, referido al síndrome de Down, no es justo ponerles la etiqueta de «incapacitación total», por el mero hecho biológico de tener 47 cromosomas. Hasta hoy, bastaba «ver la cara»; ahora hay que «conocer su interior».

En íntima conexión con lo anterior, la sentencia deberá establecer el tipo de guarda a que se somete el incapaz (tutela o curatela). Concretamente, podrá nombrar un tutor

cuando por el tipo de incapacitación de que se trate sea necesaria la intervención de un representante legal (que sustituya al incapacitado en la realización de actos jurídicos); o bien podrá nombrar un curador si se considera que el incapacitado necesita sólo un complemento de capacidad, alguien que le asista y aconseje a la hora de prestar su consentimiento en la realización de determinados actos (como se sabe, si hay tutela, el que actúa es el tutor; si hay curatela, el que actúa es el incapacitado, aunque asistido por el curador).

Por ello, ya adelantaba que para las personas que se encuentren en el primer grupo mencionado, creo que la medida a adoptar sería una incapacitación total con la consiguiente constitución del régimen de guarda de la tutela con todas las precisiones que el juez estime convenientes, aunque si se trata de un mayor de edad soltero que conviva con sus padres, la medida será la de rehabilitar la patria potestad. Y, lógicamente, ello sin perjuicio de que los padres, en su testamento, nombren tutor a la persona que más garantía y confianza le merezca sin que éstos, los tutores testamentarios, tengan –sin embargo– que iniciar el proceso porque el hijo ya está incapacitado en vida de sus padres.

Para las personas del segundo grupo, se podrá pensar, para algunos casos, que es más apropiada una incapacitación parcial, en la que, o bien se restringe la capacidad de obrar para determinados actos (generalmente de disposición) y en los que necesitará de la representación de un tutor. O bien, se podría pensar en la constitución de una curatela si el sujeto ha llegado a lograr una madurez y una integración social efectiva, por lo que para que sus actos sean válidos sólo necesitará de la asistencia de su curador y no a nadie que le represente. Actualmente, para muchas personas con síndrome de Down, por ejemplo, lo preferible y adecuado es la incapacitación parcial y el establecimiento de la curatela y no de la tutela, porque son capaces para gobernar su persona en gran parte de los actos de su vida, pero sin embargo son incapaces o, más bien, tienen una capacidad de obrar limitada para la comprensión y ejecución de gestiones económicas de carácter complejo, superior al ejercicio de actos de simple administración y de uso cotidiano, tales como compras de escaso valor, utilización de medios de transporte público, mantenimiento de cuentas bancarias de escasa cuantía, y otros pequeños actos de simple administración, en el entorno social en el que se desenvuelven diariamente. Son, las de este grupo, personas que cuentan con un trabajo propio en talleres, fábricas, empresas, Ayuntamientos.... De todas formas, ayudará mucho conocer la vida que desarrolla el demandado, el ambiente en que se mueve, los posibles problemas y abusos que hayan podido sufrir y cómo repercutirá la incapacidad en su ánimo vital.

**Pero, ¿Es conveniente la Incapacitación?**

Creo que ha quedado claro que la incapacitación, si se toma en su recto sentido, no es más que una medida de protección para el sujeto que la necesita y para todo el que se mueve en el tráfico jurídico pues así conoce la situación real de la persona con la que contrata.

La expresión incapacitación ha arrastrado desde tiempos remotos connotaciones claramente negativas. Si se oye a los padres con hijos afectados con cualquier deficiencia se escuchará afirmaciones como éstas: «bastante es con lo que ya tiene como para que encima le añadamos más». Sin embargo, ciertamente la mentalidad va cambiando poco a poco pues se va comprendiendo, sobre todo en estos casos, que no se trata de negar más al hijo sino de protegerlo. Parece claro que hay que afrontar la situación concreta del hijo con realismo y estar bien informados sobre la realidad de la persona para la que se inicia un proceso de incapacitación.

Esa incapacitación podrá venir para solventar situaciones en principio coyunturales de enfermedades que requieren un tratamiento médico específico y que en ocasiones el sujeto no quiere o no tiene la suficiente voluntad para seguirlo. Si en estos supuestos se produce una incapacitación que, en la generalidad de los casos sería parcial, la sentencia extinguirá tal incapacitación cuando el sujeto consiga de nuevo tomar las riendas de su vida. En estos casos, aunque lo que se afecta es la esfera personal del sujeto y para los actos relacionados con ella la prestación del consentimiento es personalísima, parece necesario admitir la sustitución o complemento del mismo por quien sea su tutor o curador, ya que se trata de prestarle o conseguirle un beneficio claro, objetivo e indubitado para él, cual es la recuperación de su salud. Éste sería uno de los supuestos en que se admitiría la sustituibilidad en la prestación del consentimiento y para el que es conveniente la incapacitación.

Hay otra idea muy extendida entre los padres con hijos afectados con deficiencias congénitas que va referida a la innecesidad de la incapacitación porque ellos (sus padres) se ocuparán de todo, de que nada les falte mientras vivan y, para cuando mueran, ya les nombrarán en su testamento alguna persona que los cuide y proteja (posibilidad contemplada en el Art. 234 del CC). Creo que esta postura es errónea porque, precisamente, una vez que los padres hayan fallecido habrá que iniciarse el procedimiento de incapacitación y ya no van a gozar de la posibilidad de ser oídos en el proceso para adoptar las medidas que más protejan y beneficien a sus hijos. Si realmente lo necesitan, es mucho mejor que sea en vida de los padres cuando se incapacite al hijo pues éstos podrán intervenir en el procedimiento lo que supone una enorme garantía de que su hijo quedará suficientemente protegido en el futuro, porque quiénes mejor que ellos conocen las posibilidades de su hijo y hasta dónde es capaz de llegar, y tan importante información será, lógicamente, tenida especialmente en cuenta por el juez.

Por otro lado, si se trata de incapacitar a mayores de edad, es cierto que, en ocasiones quienes han iniciado el procedimiento se han movido en interés propio más que en el del presunto incapaz. Actualmente, sin embargo, dadas las garantías que respecto a este proceso ha previsto la ley, el juez cuenta con específicos mecanismos para evitar tales actuaciones que merman los derechos de igualdad y libertad y restringen el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Brevemente esas medidas fundamentales se pueden resumir en las siguientes:

Al tratarse de un proceso contradictorio, en él tiene intervención el presunto incapaz, que podrá hacerlo con su propia defensa y representación (Art. 757 LEC).

En caso contrario asumirá su defensa el Ministerio Fiscal con el fin claro de que no se le incapacite, si no se necesita esta medida, o, en su caso, que se evite que se le incapacite ampliamente si sólo necesita de la asistencia de otra persona para realizar determinados actos (Art. 749 LEC).

Junto a la audiencia a los parientes, es fundamental oír el dictamen de los facultativos, pues son los que aportarán los datos sobre el aspecto patológico del caso. Y sobre todo el juez deberá examinar por sí mismo al presunto incapaz que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1997, es una norma de ius cogens al efecto de comprobar la realidad de las declaraciones anteriores. Este trámite constituye una garantía para el presunto incapaz de que el juez puede conocer la veracidad y autenticidad de su situación (Art. 759 LEC)

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil ordinario, el juez puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias (Art. 759). E igualmente puede adoptar las medidas cautelares necesarias para la protección del presunto incapaz o de su patrimonio (Art. 762).

Precisamente, teniendo en cuenta estas garantías, se comprueba que son también muchas las sentencias de los distintos tribunales que han rechazado la demanda de incapacitación, insisto, sobre todo respecto a persona mayores (en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de julio de 1993 que afirmaba que el sujeto no padecía deficiencia persistente y grave que justifique la incapacidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de febrero de 1995 que reconoció que el hecho de tratarse de una persona de edad no afecta a su capacidad; en igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de marzo de 1997 que insiste en que las limitaciones propias de la edad no impiden el autogobierno, por lo que hay que rechazar la incapacitación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 1998 que consideró que la situación de soledad y desamparo con moderados trastornos de memoria que no implican desorientación tempo-espacial no implican pérdida de la capacidad). Con estos ejemplos quiero indicar que difícilmente se incapacitará a quien no lo necesite y que, hoy día, toda declaración judicial sobre estos temas se realiza de manera concreta y con las garantías establecidas por la Ley. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo cuando, en sentencia de 28 de julio de 1998, considera que para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico sino que lo verdaderamente importante es que no pueda gobernarse por sí misma (en el caso concreto a que iba referida esta sentencia la enfermedad padecida era controlable terapéuticamente).